





## INTRODUCCIÓN AL DERECHO ROMANO

## Derecho **Lo Esencial del Derecho** 44

### **Comité Editorial**

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

ELVIRA MÉNDEZ CHANG

INTRODUCCIÓN  
AL DERECHO ROMANO



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Méndez Chang, Elvira, 1963-  
L Introducción al derecho romano / Elvira Méndez Chang.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).  
44 213 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 44)  
"Glosario de términos en latín": p. [187]-197.  
Bibliografía: p. [199]-209.  
D.L. 2019-13024  
ISBN 978-612-317-522-1  
1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho romano - Estudio y enseñanza I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie  
**BNP: 2019-139**

*Introducción al derecho romano*

Elvira Méndez Chang

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 44

© Elvira Méndez Chang, 2019

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-522-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-13024

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900965

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## Índice

ABREVIATURAS UTILIZADAS	11
PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>¿POR QUÉ ESTUDIAMOS DERECHO ROMANO HOY?</b>	17
1. Acerca del derecho romano	17
2. Precisiones sobre las fuentes jurídicas	20
3. El estudio del derecho romano en la actualidad	22
4. Preguntas	24
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>BREVE DESARROLLO HISTÓRICO-JURÍDICO DEL DERECHO ROMANO</b>	25
1. Los reyes	26
2. La República	29
3. El Principado	35
4. El Imperio	38
5. La codificación de Justiniano I	41
6. Preguntas	43
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>PRINCIPALES CONCEPTOS DEL DERECHO EN ROMA</b>	45
1. <i>Ius</i>	46
2. <i>Iustitia</i>	46

3. <i>Iurispraecepta</i>	47
4. <i>Iurisprudencia</i>	47
5. <i>Lex</i>	47
6. <i>Ius publicum</i>	49
7. <i>Ius privatum</i>	50
8. <i>Ius naturale</i>	51
9. <i>Ius gentium</i>	52
10. <i>Ius civile</i>	53
11. <i>Ius honorarium</i>	54
12. Preguntas	56
<b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS</b>	57
1. El concepto de persona	58
2. Los estados de la persona: <i>libertatis, civitatis, familiae</i>	63
3. Los cambios en los estados: <i>capitis deminutio</i>	74
4. Preguntas	76
<b>CAPÍTULO 5</b>	
<b>LA FAMILIA</b>	77
1. El concepto de familia	77
2. Los miembros de la familia	79
3. La configuración de la familia	82
4. Los cambios en el <i>status familiae</i>	102
5. La tutela y curatela de los <i>sui iuris</i>	105
6. La situación jurídica de la mujer en el derecho romano	114
7. Preguntas	121
<b>CAPÍTULO 6</b>	
<b>SOBRE LAS COSAS (RES)</b>	123
1. Concepto de <i>res</i>	123

2. Las principales clasificaciones de las cosas en las fuentes jurídicas romanas	125
3. Sobre la propiedad	130
4. <i>Iura in re aliena</i>	147
5. Preguntas	151
<b>CAPÍTULO 7</b>	
<b>SOBRE OBLIGACIONES (<i>OBLIGATIONES</i>)</b>	153
1. La definición de obligación ( <i>obligatio</i> )	153
2. Las clases de obligaciones	159
3. Las fuentes de las obligaciones	165
4. Preguntas	178
<b>CAPÍTULO 8</b>	
<b>EL ROL DEL DERECHO ROMANO EN LA ACTUALIDAD</b>	179
1. La recepción del derecho romano en Latinoamérica	179
2. Las funciones del derecho romano	183
3. Preguntas	185
<b>EPÍLOGO</b>	187
<b>GLOSARIO DE TÉRMINOS EN LATÍN</b>	189
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	199
<b>VOLÚMENES PUBLICADOS</b>	211

Fondo Editorial PUCP

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

C.	<i>Código</i> de Justiniano
<i>Cic.</i>	Cicerón
<i>C.Th.</i>	<i>Codex Theodosianus</i>
D.	<i>Digesto</i>
<i>De off.</i>	<i>De officiis</i> de Cicerón
<i>De re pub.</i>	<i>De re publica</i> de Cicerón
<i>Dom.</i>	<i>De domo sua</i> de Cicerón
<i>Ep. Gai.</i>	<i>Epítome</i> de Gayo
<i>Fasti</i>	<i>Fasti</i> de Ovidio
<i>Gai.</i>	<i>Instituciones</i> de Gayo
I.	<i>Instituciones</i> de Justiniano
N.	<i>Novelas</i>
<i>Noctes Atticae</i>	<i>Noctes Atticae</i> de Aulo Gelio
<i>Tab.</i>	<i>Ley de las XII Tablas</i>
<i>Varr. D.l.lat</i>	<i>De lingua latina</i> de Varrón
<i>Vita Caesarum</i>	<i>De Vita Caesarum</i> de Suetonio

Fondo Editorial PUCP

## PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

## INTRODUCCIÓN

Este libro tiene como objetivo servir de introducción al estudio y comprensión del derecho romano. La necesidad de conocerlo en la actualidad se fundamenta en que el derecho romano es la base de los ordenamientos jurídicos que forman parte de la familia romano-germánica y, por ello, del derecho peruano. Si queremos conocer mejor el derecho peruano y hacer aportes congruentes con sus raíces, no podemos dejar de lado su estudio e investigación.

El derecho romano se aplicó a un pueblo cuya organización política, social y religiosa cambió a lo largo del tiempo. En atención a estos cambios, el sistema jurídico vigente en Roma también se modificó y adaptó, regulando instituciones del derecho público y del derecho privado que evolucionaron para responder a las necesidades del pueblo romano y alcanzar la justicia. Por ello, fue un gran reto tratar de sintetizar en este libro los más de doce siglos en los que este derecho se formó y consolidó.

Si bien el derecho romano es complejo y amplio, es formativo para quien quiere saber acerca del derecho; también contribuye a construir los conocimientos jurídicos y desarrollar la argumentación. Para lograrlo, es indispensable realizar un estudio de las fuentes romanas, que permitirá aproximarnos directamente a los textos normativos y entenderlos en su contexto histórico.

En la medida que este libro ha sido elaborado para que sea una primera aproximación al derecho romano, no es un texto para especialistas ni pretende abarcar todos los temas abordados en las fuentes jurídicas romanas. Tampoco busca comparar el derecho romano con el derecho actual. Dada las características editoriales de la Colección Lo Esencial del Derecho, he colocado pocas notas en el texto. Además, las referencias a las fuentes jurídicas romanas y a los textos en latín son las que considero básicas e indispensables para la adecuada comprensión del derecho romano. Al final, hay una lista de términos en latín que he utilizado con una sencilla traducción al español; espero que contribuya a facilitar la lectura y comprensión de los temas tratados. A quien quiera profundizar el estudio de algún tema o le interese encontrar respuestas a un determinado problema jurídico lo invito a revisar las fuentes jurídicas romanas y la doctrina especializada mencionada en la bibliografía, que pueden ser un punto de partida para una investigación.

A continuación, se presentarán algunos temas a modo de una introducción al derecho romano, que nos permitirán conocer sus principales instituciones y entender cuál es su influencia en el derecho actual.

## CAPÍTULO 1

### ¿POR QUÉ ESTUDIAMOS DERECHO ROMANO HOY?

Para responder esta pregunta, es necesario conocer qué es el derecho romano y cuál es la importancia de estudiarlo en nuestros días. Por ello, haré algunas precisiones sobre qué entiendo como derecho romano, qué fuentes jurídicas serán utilizadas para presentar los conceptos, instituciones y principios en este libro, así como la función que tiene en nuestros días.

#### 1. ACERCA DEL DERECHO ROMANO

Cuando nos referimos al derecho romano, se podría pensar que hay un concepto único. Sin embargo, hay varias maneras de entenderlo y, por ello, es necesario precisar qué es lo que se abordará en este texto.

En un sentido restringido, el derecho romano es el sistema jurídico que nació con la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a.C. y fue evolucionando a través del tiempo; fue el derecho que estuvo vigente en la parte occidental del Imperio romano hasta el año 476 d.C., y en la parte oriental hasta el año 1453 d.C. Este derecho se formó a partir de varias fuentes de producción jurídica a lo largo de los siglos y se expresó por escrito en varias codificaciones como la *Ley de las XII Tablas*, el *Codex Theodosianus* y el *Digesto* del emperador Justiniano I, por señalar algunos ejemplos. En síntesis, es el derecho que se aplicó por las autoridades romanas a quienes se encontraban en el territorio romano.

En un sentido amplio, el derecho romano es aquel que se aplicó tanto en territorio romano por autoridades romanas, así como aquel que fue empleado por los bárbaros en Europa occidental tras la caída de esa parte del imperio. Este derecho comprendió, además de las normas que surgieron de las fuentes del derecho en Roma, las llamadas leyes romano-bárbaras (*leges barbarorum*). Estas leyes incorporaron conceptos, instituciones y principios romanos a las normas locales con el fin de aplicarlas a la población sometida a los bárbaros. Algunos ejemplos de las leyes romano-bárbaras son la *Lex Romana Wisigothorum* o *Breviario de Alarico* (506 d.C.), que fue aplicada en la península ibérica; la *Lex Romana Burgundionum* (al inicio del siglo VI d.C.), para quienes estaban bajo la autoridad borgoñona en territorio francés; y el *Edictum Theodorici* (500 d.C.), que se aplicó a los ostrogodos y romanos.

Luego de una reflexión sobre las fuentes jurídicas disponibles, en este libro me referiré al derecho romano en sentido restringido: el sistema jurídico vigente en el territorio romano y aplicado por las autoridades romanas.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que el sistema jurídico en Roma no permaneció inalterado en el tiempo. Por el contrario, sufrió constantes cambios debido a causas sociales, económicas y políticas. Esta continua y fructífera evolución llevó al desarrollo de conceptos, instituciones y principios que han tenido una influencia importante en el derecho contemporáneo. En consecuencia, no existe «un» derecho romano, lo que encontramos es un sistema jurídico que evoluciona en el tiempo y responde a las necesidades de justicia y de soluciones de controversias existentes.

Esta constatación nos plantea un reto muy importante: ¿qué momento histórico tomamos en cuenta para estudiar el derecho romano? ¿Qué marco jurídico se analizará? Al momento de elaborar este libro, me di cuenta de que sería imposible sintetizar el desarrollo histórico de todas las instituciones jurídicas romanas en muy pocas páginas. Al revisar la doctrina romanista más importante, se puede apreciar que esto no sería posible.

Así, Savigny (1878) y Mommsen (1889), dos destacados especialistas en el derecho romano, hicieron obras monumentales en las que analizaron muchas fuentes jurídicas romanas; sin embargo, no lograron abordar todos los temas regulados por el derecho romano a lo largo de varios siglos.

En otras palabras: abordar adecuadamente todos los temas que fueron tratados en el derecho romano tomaría varios volúmenes para poder hacer un estudio profundo de cada uno, con lo cual no se cumpliría el objetivo de esta colección. Por ello, he decidido dar un especial énfasis al estudio del sistema jurídico romano que tuvo una influencia directa en los ordenamientos de Europa y Latinoamérica: el derecho romano que fue codificado en el *Corpus Iuris Civilis*.

Un punto importante de recordar es que el derecho romano no se limitó a regular relaciones privadas. Aunque pareciera poco conocido o tratado por la doctrina especializada, en el sistema jurídico romano se desarrollaron una serie de normas e instituciones de derecho público que pueden servir de antecedentes y referentes actualmente. Esto se puede apreciar en las obras de romanistas (Lobrano, 1983; Poletti, 1996; Rinaldi, 2017), así como en investigaciones recientes de docentes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que analizan instituciones constitucionales romanas (Rubio Correa, 2017; Silés Vallejos, 2014). En esta línea, en las fuentes históricas, literarias y jurídicas romanas, se encuentra un desarrollo constitucional interesante en la República, cuando se limita el ejercicio del *imperium* (poder) y se hace efectiva la responsabilidad política y jurídica de quien incumple la constitución romana, como fue el caso de las acciones del cónsul Cicerón frente la conspiración de Catilina en el año 63 a.C.

De este modo, si consideramos algunos temas que corresponden al derecho público en Roma, veremos que hubo un desarrollo importante. A continuación, algunos ejemplos:

- Respecto al derecho constitucional, existieron disposiciones sobre senadores y la delegación del poder.
- Sobre el derecho penal y el derecho procesal penal, hubo normas que establecieron los crímenes y los juicios públicos —como el

crimen de peculado, establecido por *Lex Iulia*; o el crimen de adulterio—.

- En relación con el derecho administrativo, se encuentran disposiciones para el nombramiento de funcionarios y qué funciones correspondían a quienes ejercían los diversos cargos públicos.
- En cuanto al derecho procesal, se otorgaron diversas *actiones* (acciones) e interdictos.
- Sobre el derecho tributario, se establecieron distintos tributos para los ciudadanos romanos.
- En aplicación del *ius fetiale*, los romanos celebraron *foedera* (acuerdos) con otros pueblos.

Por ello, es importante poner atención respecto a cuáles fueron los conceptos e instituciones que existieron en el derecho romano y qué significaron en su momento. Como se puede apreciar, no se limitaban a las relaciones entre privados, ya que se encargaban también del poder, su ejercicio y límites, así como las relaciones de los romanos con otros pueblos. Por ello, el estudio del derecho romano no puede centrarse solamente en el derecho privado; debe tener en cuenta el derecho público.

## 2. PRECISIONES SOBRE LAS FUENTES JURÍDICAS

Uno de los principales retos para reconstruir el desarrollo del sistema jurídico romano es el acceso a las fuentes romanas y, en especial, a las fuentes jurídicas. Debe tenerse en cuenta que no todas las normas romanas fueron escritas; además, muchas de ellas no llegaron hasta nuestros días o solamente tenemos referencias indirectas de estas a partir de obras posteriores, como sucede con la *Ley de las XII Tablas*.

Si bien un sector de especialistas del derecho romano resalta la importancia del estudio de la jurisprudencia clásica, encuentro una dificultad en el acceso a las fuentes para poder analizar los planteamientos

de estos juristas romanos. Esto se debe a que, a lo largo de la historia de Roma y por diversos factores (Fascione, 1994), muchos textos de los jurisperitos romanos se perdieron y solamente nos han llegado referencias indirectas a través de otras fuentes. En el *Digesto*, codificación que fue elaborada en el siglo VI d.C. por orden del emperador Justiniano I, se encuentran las opiniones de los jurisperitos sobre diversos temas y la obra a la que pertenecen. Sin embargo, estos textos fueron modificados a través de las interpolaciones por los codificadores justinianos y, en consecuencia, no necesariamente corresponden a los originales.

En la medida que hay una gran limitación para acceder a las fuentes jurídicas romanas, decidí considerar para este libro a las codificaciones que estuvieron vigentes en el territorio romano y, entre ellas, la codificación del emperador Justiniano I, que es conocida como el *Corpus Iuris Civilis*. Mi elección por esta fuente jurídica se fundamenta en lo siguiente: la codificación fue ordenada por Justiniano I y, en consecuencia, el *Digesto*, las *Instituciones*, el *Código* y las *Novelas* entraron en vigor oficialmente en el territorio romano en el siglo VI d.C. Además, estos códigos fueron estudiados por los glosadores y posglosadores, tuvieron una importante influencia en el *ius commune* en Europa y fueron considerados en la construcción de los derechos locales de los reinos que se expandieron al resto del mundo a partir del siglo XV d.C. Posteriormente, el derecho romano justiniano fue recibido en distintos territorios como parte de la acción colonizadora. En Latinoamérica, estos códigos fueron conocidos y estudiados; en el caso del Perú, hay referencias al estudio del *Digesto* y las *Instituciones* en las universidades (Méndez Chang, 1993).

Estos argumentos se pueden complementar con la lectura del capítulo 2, en el que se presentará el desarrollo histórico-jurídico del derecho romano y se podrá apreciar cómo los cambios en la organización política tuvieron impacto en las fuentes del derecho y la decisión de realizar codificaciones. Posteriormente, en el capítulo 8 se reflexionará sobre cómo el derecho romano ha llegado a nuestro país.

### 3. EL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO EN LA ACTUALIDAD

Resulta innegable la importancia del derecho romano en la formación de la familia jurídica romano-germánica y su influencia directa en las legislaciones europeas y latinoamericanas republicanas. No obstante, nos podríamos preguntar cuál es el motivo por el cual se estudia hoy.

Si tenemos en cuenta a las discusiones jurídicas actuales, pareciera que el derecho romano no tendría mucho que aportar, en la medida que nos enfrentamos a un mundo globalizado de relaciones complejas, distinto al que existía siglos atrás. Por ejemplo, los trasplantes de órganos no se dieron en Roma, por el grado de desarrollo de la medicina en ese momento; entonces, no hubo una regulación sobre estos. Sin embargo, aún se podrían aplicar conceptos y principios que tienen su origen en el derecho romano en varias instituciones y negocios jurídicos actuales como, por ejemplo, la clonación o la compra de un *software* por internet.

En la medida que el derecho romano es la base de la familia romano-germánica, resulta indispensable conocerlo para poder comprender los conceptos, las instituciones y los principios de nuestro derecho; es decir, de dónde provienen. Esta idea puede entenderse mejor con lo siguiente: podemos imaginar al derecho romano como la raíz de un árbol muy frondoso, que es el conjunto de ordenamientos jurídicos que han nacido y se han desarrollado a partir de él con el transcurso del tiempo. Esta raíz nutre al árbol con una serie de conceptos, instituciones y principios que han crecido, desarrollado y fortalecido durante siglos, a pesar de haber enfrentado situaciones tan distintas a las que se dieron en Roma, como la Revolución francesa en el siglo XVIII, la independencia de las colonias latinoamericanas en el siglo XIX y la protección de los derechos humanos en el siglo XX. Sus ramas son, en algunos casos, más robustas y grandes, ya que se puede constatar que hay derechos internos que han recibido y adoptado mejor el derecho romano; otras ramas son más pequeñas. Sin embargo, en todos ellos se encuentra su huella marcada de manera indeleble. Si bien ha habido casos en los que se han producido injertos

e intentos de mejoras —como se hace en jardinería—, el éxito de estos siempre ha dependido de la coherencia y consistencia con la raíz del árbol.

Como hemos visto, no se puede negar aquello de lo cual proviene un ordenamiento jurídico, así como un árbol no puede sobrevivir sin su raíz. Negar la importancia de conocer y estudiar el derecho romano para el aprendizaje y comprensión del derecho contemporáneo es pretender ignorar su base. Por ello, el estudio y la investigación del derecho romano no es mera erudición, ambos llevan a entender mejor de dónde viene nuestro derecho y qué podemos hacer para mejorarlo.

Ahora, quiero responder para qué se estudia el derecho romano, es decir, cuáles son sus funciones hoy. Me permito sumarme a lo que señalan varios destacados romanistas (Catalano, 2006; Schipani, 2015) quienes afirman que el estudio del derecho romano es importante para la formación jurídica porque nos permite:

- a) Identificar la base jurídica común que tienen los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo.
- b) Criticar al ordenamiento jurídico, en especial el derecho positivo, ya que nos brinda herramientas para dar una respuesta consistente cuando se da un quiebre conceptual o de principios jurídicos.
- c) Contribuir a dar respuestas a los problemas actuales.

Considero importante hacer una advertencia a quien le interesa estudiar e investigar en derecho romano: hay que ser muy cuidadoso al referirnos a lo que existía en Roma y no caer en imprecisiones y anacronismos. A veces, surge la tentación de considerar romana toda expresión o término en latín, no siempre es así. Por ejemplo, hay términos jurídicos en latín que no se encuentran en las fuentes jurídicas romanas como *nasciturus* (concebido) y *specificatio* (especificación).

Además, hay conceptos y definiciones que surgen posteriormente, como consecuencia de una serie de factores históricos y que no tuvieron un antecedente en Roma. Un ejemplo es traducir *status* como el Estado, es

decir, una persona jurídica de derecho público que surgió siglos después. *Status* era el estado o situación, no una entidad con derechos u obligaciones. No existió un «Estado» en Roma; afirmarlo es anacrónico e incorrecto. No obstante, sí existieron las *res publicae* (cosas públicas) en las fuentes jurídicas romanas y eran las que pertenecían al *populus romanus* (pueblo romano).

Finalmente, hay que recordar que el derecho romano llegó más allá de las fronteras de Roma debido a las guerras de expansión. Posteriormente, cuando los Estados europeos se proyectaron en el mundo, llevaron consigo sus derechos que tenían una indeleble impronta romana. Esta es la base de los ordenamientos jurídicos de los Estados que pertenecen a la tradición jurídica romano-germánica.

A continuación, presentaré de manera breve los puntos más relevantes del desarrollo político romano y cómo estos cambios incidieron en las fuentes y la codificación del derecho. Luego, señalaré cuáles eran algunos conceptos principales en el derecho romano y finalmente analizaré los conceptos e instituciones que considero esenciales: las personas, familia, las cosas y los derechos sobre estas, y las obligaciones. Hay muchos temas que no serán abordados en este libro, como la sucesión, las acciones y los crímenes, debido a los objetivos de esta colección. Invito a quienes estén interesados en profundizar su conocimiento a revisar las fuentes jurídicas romanas y la bibliografía especializada.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué es el derecho romano?
2. ¿Qué fuentes se estudian para conocer el derecho romano?
3. ¿Por qué se estudia el derecho romano en la actualidad?

## CAPÍTULO 2

### BREVE DESARROLLO HISTÓRICO-JURÍDICO DEL DERECHO ROMANO

Los juristas romanos decían que se debe empezar por el principio, que es la parte más importante de cualquier cosa. Así lo señaló el jurisprudente Gayo, quien vivió en el siglo II d.C., según el *Digesto* (D.1.2.1). Por ello, el inicio de una aproximación al derecho romano requiere conocer cómo surgió y respondió a los principales cambios políticos y sociales que se dieron a lo largo de los siglos. No cabe duda de que el desarrollo político de Roma tuvo una influencia directa en el derecho romano, especialmente en sus fuentes y su codificación. Además, ello llevó a modificaciones en sus conceptos e instituciones que presentaré más adelante.

No quiero dejar de mencionar que hay otras clasificaciones acerca de los períodos del derecho romano, tales como el derecho antiguo —desde el año 753 a.C. hasta el siglo II a.C.—, el derecho clásico —del siglo I a.C. al siglo III d.C.—, el derecho posclásico —desde el siglo III d.C. al siglo VI d.C.— y el derecho justiniano —siglo VI d.C.—. Sin embargo, en esta parte he querido poner énfasis en los cambios histórico-políticos en Roma, que tuvieron un impacto en la producción del derecho.

Quiero precisar que en este punto no se abordarán algunos temas relacionados al derecho romano en sentido amplio: las leyes romano-bárbaras ni el *ius commune* en Europa. Tampoco me referiré al desarrollo de las fuentes jurídicas romanas en el parte oriental del Imperio romano después de la codificación justiniana debido a que tuvieron poca

influencia en los derechos que posteriormente surgieron y se desarrollaron en Latinoamérica.

## 1. LOS REYES

Desde su origen en el siglo VIII a.C., Roma va a diferenciarse de las demás ciudades que nacieron en la península itálica. La fundación de la ciudad, que ha sido contada por varios autores romanos como Tito Livio y Virgilio, está marcada por varios hechos extraordinarios y sobrenaturales.

Me permitiré plantear, en primer lugar, lo que Virgilio narró sobre la fundación de Roma en *La Eneida* en el siglo I a.C. Eneas, hijo del príncipe troyano Anquises y la diosa Venus, huyó con su padre e hijo Ascanio tras la caída de Troya (siglo XII a.C.). Ellos viajaron por el mar Mediterráneo y llegaron a Cartago, donde Eneas fue pareja de la reina Dido (Elisa de Tiro) por un tiempo. Por mandato de los dioses, abandonó a Dido y llegó a las costas de la región Lacio, en Italia, donde estuvo vinculado a la fundación de Roma.

En otras fuentes, Ascanio, llamado Iulos, fundó Alba Longa en los Montes Albanos (Lacio). Uno de sus descendientes, el rey Numitor de Alba Longa, fue derrocado por su hermano Amulio, quien lo encarceló, y convirtió en sacerdotisa de Vesta a su sobrina Rea Silvia para evitar que tenga descendencia. A pesar de las medidas tomadas por Amulio, el dios Marte sedujo a Rea Silvia y tuvo con ella dos hijos: Rómulo y Remo, quienes fueron abandonados en un monte. Sin embargo, Marte ordenó a una loba, que era un animal dedicado a su culto, que amamantara a los bebés, hasta que el pastor Fáustulo y su esposa Acca Larentia los encontraron y criaron como sus hijos. Al crecer, ellos conocieron su origen, derrotaron a su tío, liberaron a su abuelo y madre, y restablecieron a Numitor en el trono de Alba Longa.

Como premio a sus acciones, el abuelo Numitor entregó a Rómulo y Remo un terreno al noroeste de Lacio, cerca de donde fueron encontrados por los pastores, que estaba rodeado de siete colinas. Para decidir quién

sería el rey de esta nueva ciudad, ellos decidieron someterse a la voluntad de los dioses. El 21 de abril del 753 a.C., Rómulo se instaló en la cima del monte Palatino y Remo en la del Aventino. Durante el día, Remo vio seis águilas volando sobre el lugar y Rómulo vio siete águilas, lo cual era un mejor presagio. Por ello, Rómulo fue declarado ganador y primer rey de la ciudad de Roma. Rómulo tomó un arado para trazar el contorno de su ciudad y construir allí sus murallas (*Terminus*); además, advirtió que mataría a quien violara este espacio sin su permiso. No obstante, Remo cruzó la línea y Rómulo lo mató pues había realizado un acto sacrílego. Este hecho es recordado en el *Digesto* de Justiniano:

Si alguno hubiere violado los muros, es castigado con pena capital como, por ejemplo, si alguno los atravesara subiendo por escalas adosadas o de otra manera cualquiera; porque no es lícito que los ciudadanos romanos salgan de otro modo que por las puertas, siendo aquello cosa hostil y abominable; como se cuenta que Remo, hermano de Rómulo, fue muerto por esto, por haber querido atravesar el muro trepando por él (D.1.8.11).

Más allá de lo que nos relatan los mitos, se puede afirmar que hacia el siglo VIII a.C., varias comunidades se establecieron en el valle del río Tíber. Allí tenían tierras fértiles y contaban con una posición estratégica porque el río constituía una frontera natural, los montes defendían la ciudad y se controlaban los principales caminos desde el mar a Sabina (sudeste) y Etruria (noroeste). Con el fin de protegerse de bandidos y enemigos comunes, estas comunidades se unieron y formaron Roma. De este modo, los latinos, etruscos y sabinos que allí vivían formaron una federación cuyo territorio era el *pomerium* (Roma *quadrata* y la isla Tiberina).

Hay consenso en señalar que Roma se fundó religiosa y políticamente el 21 de abril de 753 a.C. La información arqueológica e histórica ha demostrado la existencia de varios asentamientos humanos en esta área. En la zona habitada por los *Quirites* —antiguos ciudadanos romanos—, existió una ciudad fortificada cuya base de muralla fue encontrada en el

monte Palatino, edificada entre 775 al 750 a.C., y un sacrificio fundacional de una niña en Porta Mugonia (Carandini, 2011).

Dada la información arqueológica y lo que señalan las fuentes históricas romanas, se puede afirmar que al inicio de la ciudad existieron varios pueblos que formaron Roma: los latinos, etruscos y sabinos. La fundación de la ciudad fue producto de una negociación política muy importante, donde los latinos asumieron el poder en primer lugar. Esta pluralidad en la población inicial de la ciudad y sus orígenes extratílicos —como la referencia al troyano Eneas, por ejemplo— hacen que no existiera una posición xenofóbica desde el inicio en Roma. Además, tuvo una política de puertas abiertas a la migración, que se expresa simbólicamente en el mito fundacional, cuando Rómulo se colocó en la puerta de su ciudad e invitó a quienes pasaban a ser pobladores de Roma.

En este primer período de Roma, no encontramos normas escritas. Esta etapa es llamada de los reyes o monarquía. El *populus romanus* estaba compuesto por *cives romani* (ciudadanos romanos). Había un *manus* (poder) fuerte y centralizado en un *rex* (rey), quien era vitalicio y contaba con funciones políticas, militares y religiosas. Así, el *rex sacrorum* o *sacrificulus* era la única cabeza política, religiosa y militar de la ciudad; también era el sacerdote principal de Roma. Contaba con *imperium* y sus enseñas exteriores se derivaban de los etruscos, pero su poder no era ilimitado. Recibía el acto de sometimiento del *comicio curiado* a través de la *Lex Curiata* de *Imperium* y la investidura religiosa a través de la *inauguratio*. Debo precisar que, para ser nombrado *rex*, no había sucesión dinástica. Además, había un Senado, compuesto por las cabezas de familia, que brindaba su consejo al *rex*; no tenía función legislativa. Las asambleas populares por *comitia curiata* (comicios curiados) tomaban acuerdos a los que llamaba *lex*. En cuanto a la composición social, existían tres tribus llamadas «urbanas», a las que pertenecían los ciudadanos y que servían de base para la asamblea popular. En la población de Roma, se distinguían entre patricios y plebeyos, lo que tuvo consecuencias políticas, sociales

y jurídicas. En esa etapa, el derecho, la religión y la política estaban estrechamente vinculados.

La formación de normas en este primer período se dio a través de las *mores maiorum*, que eran entendidas como las costumbres de los antepasados. Además, se contaba con las llamadas *leges curiatae*, que eran los acuerdos tomados por las asambleas populares llamadas *comitia curiata*.

Esta etapa llegó a su fin cuando Sexto Tarquinio, hijo del *rex* Lucio Tarquinio El Soberbio, violó a la patricia romana Lucrecia mientras su marido no estaba en casa. Los Tarquinos eran una familia etrusca y, entre sus miembros, al menos dos fueron reyes en Roma. Lucrecia, luego de confesar lo sucedido a su padre Espurio Lucrecio Tricipitino y su marido Lucio Tarquino Colatino, se suicidó. Ello desató la ira de los romanos quienes, liderados por Lucio Junio Bruto y Colatino, expulsaron al *rex* y a su familia de la ciudad (509 a.C.), lo que dio origen a una nueva etapa.

## 2. LA REPÚBLICA

La República, nacida por decisión del pueblo romano, cuestionó la centralización del poder. La información histórica señala que los patricios Lucio Tarquino Colatino y Lucio Junio Bruto, luego de expulsar al *rex* y los etruscos de Roma, fueron elegidos cónsules. Esta magistratura dual permitió que ambos se controlaran mutuamente y asumieran las funciones políticas y militares del *rex*, tratando de evitar excesos en el ejercicio del poder.

La idea del control del poder a través de su ejercicio en parejas dio origen a varias magistraturas, las que se crearon a lo largo de la República. Las magistraturas estaban a cargo de varios funcionarios públicos que ejercían distintos cargos con *imperium*, con el fin de lograr objetivos en beneficio del *populus romanus*. Existieron magistrados ordinarios cuya trayectoria estaba diseñada en el *cursus honorum* y los magistrados extraordinarios, como el dictador o los *decemviri* (diez varones magistrados).

Entre las características más importantes de las magistraturas republicanas en Roma, tenemos:

- Electiva: los magistrados eran ciudadanos romanos elegidos en las asambleas populares.
- Limitada: el poder de cada magistrado era limitado en función a las atribuciones correspondientes a su cargo.
- Temporalidad: la duración en el cargo estaba limitada, por lo general, a un año.
- Colegialidad: había al menos dos magistrados en el mismo cargo. Esta característica no se da en el caso del *praetor*, quien ejerce sus funciones de manera individual.
- Gratuidad: era un cargo gratuito que conllevaba honores. El magistrado no recibía una remuneración ni contraprestación del pueblo romano.
- Responsabilidad: cada magistrado era responsable por los actos realizados durante el ejercicio del cargo.

Se debe destacar que ningún magistrado tenía función legislativa, aunque el *praetor* diese acciones en ejercicio de su *iurisdictio* (jurisdicción). Debe tenerse presente que la asamblea popular era la que legislaba en la República.

El Senado se mantuvo como un órgano consultivo permanente de los magistrados durante la República. Estaba conformado por exmagistrados. El cargo de senador era vitalicio. En el Senado se daban acuerdos que eran llamados los *senatus consulta* (consejos), que eran decisiones políticas; no tenía una función legislativa. Estas decisiones políticas eran muy importantes para el pueblo romano. A modo de ejemplo, algunos *senatus consulta* de la República dispusieron de los recursos de Roma, aprobaron cuestiones vinculadas al ejercicio del cargo de los magistrados y acordaron establecer relaciones con otros pueblos.

El *populus romanus* (pueblo romano) estaba compuesto por *cives* (ciudadanos) romanos, que eran patricios o plebeyos, y participaba de la toma de decisiones a través de las asambleas populares. Durante la República, las asambleas populares fueron:

- a) *Comitia centuriata* (comicios centuriados): reunían a los ciudadanos romanos organizados en centurias y tenía funciones político-militares. Estos comicios fueron los más importantes en la República. Eran los encargados de elegir a los magistrados mayores —cónsules, pretores, censores—, votar las leyes, decidir la aplicación de la pena capital, entre otros.
- b) *Comitia curiata* (comicios curiados): agrupaban a los ciudadanos romanos por curias. Existió desde los inicios de Roma.
- c) *Comitia tributa* (comicios tributos): eran las que convocaba a los ciudadanos romanos organizados por tribus.

La situación de la plebe y su participación política en Roma merecen una mención especial. Por mucho tiempo existieron grandes diferencias entre los patricios y los plebeyos en lo político, jurídico, económico y religioso. Los plebeyos tenían varias prohibiciones y limitaciones: estaban impedidos de ocupar cargos públicos y religiosos de la ciudad, tenían un número reducido de votos en las asambleas populares, no podían contraer nupcias con miembros de las familias patricias, entre otras. La tensión y lucha política entre patricios y plebeyos se vio reforzada por esta prohibición matrimonial, que tenía por fin evitar que los plebeyos se incorporaran a las familias patricias. Sin embargo, la plebe siguió luchando por acceder a las magistraturas y tener una mayor participación en las asambleas populares.

Esta situación se agudizó en un momento de crisis económica porque muchos plebeyos contrajeron deudas que no podían pagar y temieron convertirse en esclavos del acreedor. Por ello, los plebeyos realizaron reclamos a los patricios para cambiar las leyes, que eran muy severas con

quienes no pagaban oportunamente sus deudas. Ante la falta de una adecuada respuesta de los patricios, los plebeyos dejaron sus actividades y salieron fuera de Roma, y se reunieron en el Monte Sacro en el 494 a.C. Frente a la secesión de la plebe, los patricios decidieron negociar con ellos y acordaron la creación de magistrados ordinarios: los *tribuni plebis* (tribunos de la plebe), quienes tenían derecho de veto frente al Senado y a otros magistrados cuando se perjudicaba a la plebe. Además, aceptaron que la plebe se reuniera en *concilium plebis* (asamblea) y tomara acuerdos. Técnicamente, este concilio no era considerado *comitia* (asambleas populares) porque reunía solamente a una parte del pueblo romano, es decir, excluía a los patricios. Con el concilio de la plebe se intentó contar con una asamblea que sirva de contrapeso al patriciado y al Senado. De esta manera, la plebe obtuvo mayor participación política. Con el correr del tiempo se fueron eliminando algunas de las prohibiciones, como lo dispuso la *Lex Canuleia* (445 a.C.), propuesta por Cayo Canuleio, que permitió las justas nupcias entre plebeyos y patricios. Como consecuencia de ella, se dio una alianza política patricio-plebeya que les permitió acceder a las magistraturas.

Los cambios políticos y sociales en Roma fueron muy importantes en la República. Su organización política dio lugar a varias fuentes jurídicas que contribuyeron a la creación de normas, las cuales fueron:

- *Mores maiorum*: eran las costumbres de los antepasados y no estaban escritas.
- *Lex*: era el acuerdo de las *comitia*. Ante una *rogatio* (propuesta) de un magistrado, las asambleas populares reunidas tomaban un acuerdo (*lex*), entendido como *iussum populi* (mandato del pueblo). Estos acuerdos podían tener diferentes contenidos; se aplicaban al pueblo romano y en territorio romano. Las leyes así acordadas no requerían estar escritas ni ser publicadas para ser vinculantes; además, podían ser singulares o generales. En el *Digesto*, se afirma que la *lex* es el pacto común del *populus romanus* (D.1.3.1-2).

- *Iurisprudentia*: a diferencia de la definición actual, la jurisprudencia romana era la doctrina especializada. Consistía en las respuestas de los prudentes o concedores del derecho frente a determinada consulta o problema jurídico. Inicialmente, el *ius* (derecho) y la *fas* (norma religiosa) estaban unidas. Quien conocía y aplicaba ambas era un jurisprudente, es decir, un especialista en las cosas humanas y divinas a quien se le podía consultar para la solución de cualquier problema jurídico (D.1.1.10.2). En este período, los métodos de la jurisprudencia se vieron influenciados por la retórica y la filosofía griega. A partir de la resolución de casos y otros problemas jurídicos, la jurisprudencia romana desarrolló el derecho romano.
- *Plebiscitum*: el plebiscito era el acuerdo del *concilium plebis* (de *conkalare*, convocar) o concilio de la plebe. Esta asamblea era convocada por el tribuno de la plebe. Inicialmente, los plebiscitos se aplicaban a la plebe y no a los patricios. Para aplicarse a todo el pueblo, requerían tener la *auctoritas patrum* del Senado. Los plebiscitos fueron importantes para plantear los reclamos de los plebeyos frente a los patricios. Con la *Lex Hortensia de Plebiscitis* (286 a.C.), el plebiscito fue vinculante para todo el pueblo romano (D.1.2.2.9) y, por ello, entendido como equivalente a la *lex*.
- *Edictum praetoris* (edicto del pretor): a través de su edicto, los pretores daban *actiones* (acciones). El *praetor* era un magistrado con *iurisdictio* (jurisdicción), que daba acciones para que el *iudex* (juez) resolviera las controversias. Hubo dos tipos de pretores según las partes de una disputa: cuando esta surgía entre ciudadanos romanos, el *praetor urbanus* daba las acciones; cuando se daba entre ciudadanos y *peregrini* (peregrinos o extranjeros), o entre peregrinos, las otorgaba el *praetor peregrinus*. Para que una causa pueda ser juzgada, el pretor debía dar una acción. A través de sus edictos, el pretor estableció el *ius honorarium* o derecho honorario (D.1.2.2.10).

En cuanto a la codificación, es importante recordar que una crisis política dio lugar a la primera codificación romana: la *Ley de las XII Tablas*. Se cuenta en el *Digesto* una historia que aún hoy resulta impactante (D.1.2.2.24). El patricio Apio Claudio, un destacado político romano, fue elegido como uno de los *decemviri* junto a otros ciudadanos romanos con la finalidad de elaborar el primer conjunto de normas escritas en Roma. Con el proceso de redacción de las *XII Tablas* en marcha, Apio Claudio se enamoró de Virginia, hija del plebeyo Virginio. Como ella lo rechazó, Apio Claudio se puso de acuerdo con un ciudadano romano —cuyo nombre se desconoce— para que denunciara que Virginia no era una ciudadana sino la hija de una de sus esclavas y, por consiguiente, su esclava. El hombre acudió al Tribunal, que presidía Apio Claudio en ese momento, y, citados Virginia y su padre, ella fue declarada esclava del denunciante, a pesar de que sus abogados le reclamaron que obrara de acuerdo a ley (*Tab.* VI.6). Para evitar que ella cayera en manos del magistrado, su padre la mató y lo comunicó a sus colegas de la milicia. El pueblo y el ejército rechazaron este abuso y se alzaron en armas. Además, el *populus romanus* acordó revocar los poderes dados a los *decemviri* y Apio Claudio fue encarcelado.

Pese a esa sangrienta historia relacionada a su origen, la *Ley de las XII Tablas* (*Lex Duodecim Tabularum*) es la primera experiencia de codificación romana dirigida a recoger las *mores maiorum* y las *leges*; realizada en los años 451-450 a.C. por diez magistrados extraordinarios (*decemviri*) que fueron especialmente elegidos para ello (D.1.2.2.4). Al revisar la historia de la elaboración de la *Ley de las XII Tablas*, podemos apreciar que los *decemviri* no contaban con una experiencia romana previa que les orientara sobre cómo redactar leyes, ya que las normas no solían estar por escrito. Por ello, buscaron las leyes en las ciudades griegas, en las que estas estaban escritas. Además, se invitó a Hermodoro de Efeso a colaborar en la redacción de las normas. Esto permite entender que hubo una serie de categorías jurídicas y términos que los romanos tomaron de la experiencia de las ciudades griegas para elaborar la *Ley de las XII Tablas*. Finalmente, cuando estas estuvieron redactadas, fueron acordadas en las asambleas populares y,

por ello, es una *lex*. Para conocimiento de los ciudadanos, estas tablas se expusieron en el Foro romano. Sin embargo, estas desaparecieron en el 390 a.C. cuando los galos saquearon Roma. Por consiguiente, no existe hoy una versión oficial y completa de esta *Ley de las XII Tablas*, aunque sí hay importantes reconstrucciones a partir de referencias en otras fuentes romanas (Domingo y otros, 1998).

Pese a que la *Ley de las XII Tablas* contribuyó en gran medida a establecer las normas jurídicas que se aplicaban en la República, la cantidad de normas posteriores, provenientes de otras fuentes del derecho antes mencionadas, hizo complicada y difícil la aplicación del derecho desde el momento en que las normas no tenían una jerarquía distinta y no había un mecanismo de publicidad de las normas, ya que, salvo los edictos del pretor, no requerían estar por escrito.

La situación de confusión y dudas sobre la aplicación de las normas provenientes de las distintas fuentes jurídicas se mantuvo en la República y se agudizó con la expansión territorial romana, pese a los esfuerzos de los jurisprudentes por ordenarlas. Hay referencias en fuentes romanas de que Cayo Julio César quería codificar todo el derecho de Roma de manera clara y en pocos libros (*Vita Caesarum*, 44.1-4), porque existía desorden en la producción de normas, lo cual dificultaba su aplicación para la resolución de los casos. Lamentablemente, su propuesta de codificación no se llevó a cabo.

La República duró muchos siglos, pero enfrentó crisis políticas que no pudo superar. Luego de las cruentas guerras civiles en el siglo I a.C., con el triunfo de Octavio —el hijo adoptivo de Julio César— sobre Marco Antonio y Cleopatra (31 a.C.), terminó la República en el año 27 a.C.

### 3. EL PRINCIPADO

Frente al control del poder y el rechazo a su centralización, que caracterizó a la República, el gobierno del emperador Augusto (Octavio) dio inicio a un cambio en la organización política que se llamó el Principado, en

la que el *imperium* se concentraba en una persona: el *princeps* (príncipe), término que significaba «primero», y se constituía en el *princeps civitatis* (primero de la ciudad). El príncipe tenía un cargo vitalicio que concentraba todas las magistraturas y el *imperium*. Si bien las magistraturas subsistieron nominalmente en ese período, muchas fueron privadas de sus atributos y funciones. El príncipe no era un monarca absoluto y su sucesión no era dinástica. Sin embargo, hay varios ejemplos del ejercicio ilimitado del poder en príncipes como Calígula o Nerón, así como encontramos familias cuyos miembros se sucedieron en el poder, como la familia Julio Claudia a la que pertenecieron los primeros príncipes.

Nos podemos preguntar por qué no hubo un control político-jurídico de sus acciones; una respuesta puede ser que, aunque el Senado podía ejercer control sobre sus acciones, no lo hizo en la medida que el príncipe era *princeps senatus*; es decir, el primero en el Senado, quien planteaba los puntos de agenda y tenía la palabra en primer lugar para dirigir las discusiones y argumentar su posición. Por ello, se puede discutir el juego de equilibrio de poderes en ese período que argumentó Theodor Mommsen (1889), dado el protagonismo e influencia de los que gozó el *princeps* en la esfera política.

Las fuentes del derecho sufrieron cambios en el Principado. Algunas que existieron en la República como el *plebiscitum* y la *lex* dejaron de producir normas; además, se crearon otras. Entre las fuentes del derecho que encontramos en esta etapa, tenemos:

- *Mores* (costumbres): eran las costumbres de Roma, entendidas como prácticas reiteradas que se consideraban obligatorias. En el *Digesto* (D.1.3.33), se afirma que la *diuturna consuetudo* (costumbre inveterada) era entendida como el acuerdo de los ciudadanos (D.1.3.34-35).
- *Iurisprudentia* (jurisprudencia): como vimos anteriormente, el jurisprudente era quien conocía las normas divinas y humanas; era alguien a quien se le podía consultar para la solución de problemas

jurídicos (D.1.1.10.2). La jurisprudencia era el conjunto de las respuestas que daba el jurista. En el Principado, se produce un cambio muy importante: por mandato del príncipe, algunos jurisprudentes recibieron el *ius respondendi* (derecho de responder) por lo que sus respuestas obligaban a los magistrados, funcionarios, jueces y litigantes; sin embargo, esta facultad no se dio a todos los juristas. No hay una regla clara que explique por qué algunos juristas tuvieron *ius respondendi*, parece que ello dependía de la discrecionalidad del príncipe. Con ello, se favoreció la consulta y opiniones de aquellos que tenían *ius respondendi* frente a los otros.

- *Edictum praetoris* (edicto del pretor): si bien la actividad de los pretores continuó en el siglo I d.C., esta se volvió limitada con el transcurrir del tiempo, en especial con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, una codificación que fue ordenada por el emperador Adriano al jurisconsulto Salvio Juliano, quien era un miembro de su *Consilium Principis* (131 d.C.). Una vez publicada, el emperador ordenó su aplicación y los pretores no pudieron continuar su labor de creación del derecho a través de sus edictos. Este Edicto Perpetuo tuvo un gran impacto en el desarrollo jurídico posterior y sirvió de modelo para la elaboración del *Digesto* del emperador Justiniano I (533 d.C.).
- *Senatusconsultum* (senadoconsulta): si bien el Senado no tuvo funciones legislativas desde la fundación de Roma, posteriormente este reemplazó a las asambleas populares debido al crecimiento del número de ciudadanos; entonces, se entendió que representaba al pueblo romano. En consecuencia, el *senatusconsultum* se convirtió en el equivalente a la *lex* (D.1.2.2.9), en la medida que era el acuerdo del Senado. Tuvo importancia en las primeras décadas del Principado, pero cedió ante la creciente actividad legislativa del príncipe.

- *Constitutio principis* (constitución imperial): era lo que el príncipe establecía o constituía, era la expresión de su poder legislativo (D.1.4.1.pr.). El fundamento para que el príncipe legisle era que el *populus romanus* le había dado ese poder al investirlo de *imperium*. Con ello, se rompe una línea de pensamiento muy antigua en Roma por la cual un individuo no podía legislar. Eran constituciones imperiales el edicto, el rescripto y el decreto.

Si bien la *Ley de las XII Tablas* en la República y el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano buscaron dar orden a las normas que se producían desde distintas fuentes del derecho en Roma, no se llegó a solucionar este problema en el Principado.

Con la muerte del príncipe Alejandro Severo en el 235 d.C., terminó el Principado y se inició un período de pugnas político-militares que dieron paso al Imperio o «dominado», al que se entiende como una monarquía absoluta.

#### 4. EL IMPERIO

Después de un período convulsionado por la lucha por el poder de distintos militares romanos, Diocleciano fue aclamado emperador (284 - 305 d.C.) por el ejército. De esta manera, se puso fin a la crisis política del siglo III d.C. y se estableció la Tetrarquía como el sistema de sucesión en el poder, el cual no tuvo éxito.

En el Imperio, el cargo de emperador era vitalicio y concentraba todas las magistraturas y el *imperium*. Sus actos no estaban sujetos al control del Senado ni por otra autoridad. En esta etapa, se dio un cambio en la imagen del emperador, que vestía con lujo oriental —portaba una diadema y cinta con perlas— y dejó de usar la toga de senador. Asimismo, dejó de ser *princeps* de la ciudad para ser el *dominus* (señor) y el *deus* (dios) en vida; muerto era llamado *divus* (divino). Más adelante, con el cristianismo, el emperador dejó de ser un dios.

En el aspecto religioso, el *Edictum Mediolanense* (Edicto de Milán) o de tolerancia del cristianismo, estableció la libertad religiosa en el Imperio romano y terminó la persecución contra los cristianos. Este Edicto fue firmado por Constantino I el Grande y Licinio en el año 313 d.C., con lo que se dio un gran paso para que el cristianismo sea la religión oficial del Imperio romano.

Con el fin de cumplir con las labores que había concentrado el emperador existía una extensa burocracia imperial encargada de las funciones que le eran delegadas. Había funcionarios militares y civiles, los más altos fueron los *praefecti pretorio*. Estos prefectos fueron designados por el emperador por el tiempo que él establecía, no había una carrera de méritos ni un *cursus honorum*, como el que tenían los magistrados. Fueron cuatro: dos en la parte occidental y dos en la parte oriental del Imperio. Esta organización fue la base para la división del Imperio romano en la parte occidental y la parte oriental en el siglo IV a.C.

El Senado subsistió como un órgano compuesto por ciudadanos romanos, pero tenía funciones consultivas reducidas. El *senatus consultum* se usó poco y paulatinamente dejó de ser una fuente de derecho.

Entre las fuentes de derecho en el Imperio, tenemos:

- *Mores*: son las costumbres que surgen tanto en la ciudad de Roma como en otras partes del territorio imperial. Dadas su espontaneidad y dinamismo, su codificación no impide que surjan nuevas costumbres en el futuro, ya que expresan la voluntad social en determinado momento histórico.
- *Iurisprudentia*: era el conjunto de respuestas dadas por quien conocía las normas divinas y humanas para la solución de casos. Se seguía entendiendo que el jurisprudente era a quien se le podía consultar cómo resolver problemas jurídicos por su gran conocimiento y *scientia* (entendimiento) del derecho. En la época imperial, a la jurisprudencia se le denominaba *iura*.

- *Constitutio principis*: las constituciones imperiales eran aquellas que el emperador establecía o constituía. Eran la expresión de su poder legislativo, cuyo fundamento era la autoridad que el *populus romanus* le había otorgado. Abordaban diversos temas, generales o especiales. Se clasificaban en edicto, rescripto y decreto (I.1.2.6). En este período, el emperador tuvo una gran labor legislativa y a estas se les conocía como *leges*.

Aunque el número de fuentes del derecho fue menor en la época imperial, no era fácil conocer y acceder a los textos de las constituciones imperiales y la obra de los jurisprudentes, por lo que fue necesario codificarlas. En consecuencia, se tomaron las siguientes acciones:

- La codificación prejustiniana de las constituciones imperiales (*leges*): dado que el texto de las constituciones imperiales era conservado por la Cancillería imperial, los juristas elaboraron tres códigos:
  - *Código Gregoriano* (292-293 d.C.): elaborado por el jurista Gregorio, fue una codificación privada que recogía las constituciones imperiales.
  - *Código Hermogeniano* (291-323 d.C.): con esta codificación privada, el jurista Hermogeniano ordenó las constituciones imperiales posteriores a las trabajadas por Gregorio.
  - *Codex Theodosianus* o *Código Teodosiano* (429 d.C.): fue elaborado por orden del emperador Teodosio II, quien quiso organizar las constituciones imperiales que se habían dado después del *Código Hermogeniano*.
- Medidas respecto a la jurisprudencia (*iura*): la labor de la jurisprudencia fue permanente, interesante y fecunda. Sin embargo, no era fácilmente accesible para quien tenía una controversia jurídica. Con la Ley de Citas (426 d.C.), que está referida en *C.Th.* 1.4.3, se estableció un mecanismo para determinar a los que tenían autoridad en el *ius*. La elección recayó en cinco

jurisprudentes que habían muerto cuando se promulgó esta ley. Si bien las fuentes hablan del gran conocimiento del derecho que tenían los juriconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo, en la Ley de Citas no se explicó cuál fue el criterio empleado para seleccionar a estos juristas, ya que había otros que también eran reconocidos y respetados. No obstante, subsistieron varios problemas porque sus textos no eran accesibles ni había una versión oficial de estos, por lo que surgieron varias versiones espurias atribuidas a estos juristas. Además, esta ley llevó a la destrucción de los textos de otros jurisprudentes (Fascione, 1994).

## 5. LA CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO I

Si bien se mantuvieron estos problemas en las partes occidental y oriental del Imperio romano, hubo una respuesta decisiva e importante en el siglo VI d.C. El emperador Justiniano I (483 - 565 d.C.) gobernó en la parte oriental del Imperio romano desde el 527 d.C. e intentó recuperar la antigua grandeza romana. Para ello, planteó los siguientes objetivos en su gobierno:

- La unidad política: tener un imperio unificado. Además, lograr su expansión universal. Se dieron varias campañas militares para lograrlo, entre las que se destacan las lideradas por el general Belisario en la península itálica. No obstante, no se recuperó la parte occidental.
- La unidad religiosa: con Constantino I se había iniciado el camino que llevó al cristianismo a convertirse en la religión oficial del Imperio, luego de siglos de paganismo. Justiniano I defendió el cristianismo y buscó su unidad frente a posiciones heréticas.
- La unidad jurídica: que el Imperio romano cuente con un solo derecho ordenado, claro, accesible y útil para todos; es decir, codificar las normas que provenían de distintas fuentes.

La codificación de Justiniano I fue obra de un grupo de compiladores —de *compilare*, que significaría «saquear» las obras anteriores— dirigidos por Triboniano, entre los cuales estaban profesores de derecho (*antecessores*) de Constantinopla y Beirut. En estos códigos, se hicieron interpolaciones; es decir, modificaciones que consistieron en añadidos o eliminaciones a los textos originales. Además, Justiniano I se propuso codificar no solo las *leges* sino también la jurisprudencia (*iura*), lo cual fue un trabajo titánico sin precedentes, pero que dio excelentes resultados. De esta manera, surgieron los libros, que luego se denominaron *Corpus Iuris Civilis* por la edición de Dionisio Godofredo en 1583.

Estos son los siguientes:

- *Digesto* (533 d.C.): compiló y ordenó en cincuenta libros la obra de la jurisprudencia romana, acopió fragmentos de las obras de juristas renombrados como los mencionados en la Ley de Citas, así como de otros menos conocidos. Cuando se encontraron los textos originales de los juristas, como las *Instituciones* de Gayo, se constataron las llamadas interpolaciones o variaciones hechas a los textos originales por los compiladores justinianeos.
- *Instituciones* (533 d.C.): era un texto dirigido a los estudiantes, que debía acompañarlos en el proceso de aprendizaje del derecho. Reunía en cuatro libros una síntesis del derecho y algunos párrafos son similares a los textos en el *Digesto*. Fue utilizado en las Escuelas de Derecho de Constantinopla y Beirut.
- *Código* de Justiniano (534 d.C.): si bien hubo un primer *Código* de Justiniano, del cual no nos ha llegado el texto, este segundo es conocido como *Codex* y ordenó las constituciones imperiales (*leges*) en doce libros.
- *Novelas* (578 d.C.): es una obra que Justiniano I no terminó. En ella se aspiraba reunir las constituciones imperiales que fueron dadas después del *Código* de Justiniano. Las *Novelas* tienen constituciones imperiales dadas por emperadores posteriores, como Justiniano II.

Con esta breve presentación de los principales hechos históricos y su impacto en la organización política y las fuentes del derecho, hemos podido apreciar que el derecho romano no fue uno ni igual todo el tiempo. Con un valioso fundamento en principios jurídicos, se transformó a través de los siglos y respondió de manera inteligente y eficiente a los problemas planteados.

Lo señalado en este punto nos permite concluir que hubo varias codificaciones del derecho romano a lo largo de su historia. Como veremos más adelante, el *Corpus Iuris Civilis* fue el texto de derecho romano que se difundió en Europa. Fue estudiado por los glosadores y posglosadores, quienes, a partir de las fuentes jurídicas romanas, formaron el *ius commune*. España, al colonizar el Nuevo Mundo, llevó también su ordenamiento jurídico, que había recibido una gran influencia del derecho romano, en especial, del *Corpus Iuris Civilis*. De todo esto se nutren los derechos que se han desarrollado en Latinoamérica.

## 6. PREGUNTAS

1. ¿Cómo influyó el cambio de organización política en las fuentes del derecho en Roma?
2. ¿Qué codificaciones fueron las más importantes en el derecho romano?
3. ¿El Senado fue un órgano legislativo a lo largo de la historia de Roma?

Fondo Editorial PUCP

### CAPÍTULO 3

#### PRINCIPALES CONCEPTOS DEL DERECHO EN ROMA

Para el estudio e investigación del derecho romano, Catalano (1990) afirma que se deben analizar los conceptos, las instituciones y los principios en las fuentes jurídicas romanas. Esto es corroborado con dos títulos muy importantes del *Digesto* de Justiniano:

- *De verborum significatione* (sobre el significado de las palabras), en el que se precisan los conceptos jurídicos utilizados en el *Corpus Iuris Civilis* (D.50.16). Por ejemplo, se señala que «Se deroga o se abroga la ley; se “deroga” la ley cuando se suprime una parte, y se “abroga” la ley cuando es suprimida por completo [*Derogatur legi, aut abrogatur; “derogatur” legi, quum pars detrabitur, “abrogatur” legi, quum prorsus tollitu*]» (D.50.16.102). De este modo, se plantea claramente la diferencia entre derogar y abrogar una ley, cuyo significado se emplea hasta nuestros días.
- *De diversis regulis iuris antiqui* (sobre las diversas reglas de derecho antiguo), que presenta algunas reglas que se aplican al derecho romano (D.50.17). Por ejemplo, se afirma que «Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro [*Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*]» (D.50.17.11). En aplicación de esta regla general, el dueño es quien puede transferir la propiedad de una cosa y no otra persona.

Adicionalmente, encontramos otras definiciones y principios que se encuentran en los distintos libros de la codificación justiniana. Con el fin de presentar con precisión y claridad cuáles eran algunos conceptos fundamentales en el derecho romano y poder entender su contenido, he escogido los que veremos a continuación. Si bien algunos se utilizan actualmente, tienen un significado distinto de aquel dado en Roma.

## 1. *Ius*

El *ius* era entendido como «derecho». En el *Digesto*, Celso lo definió como el «arte de lo bueno y equitativo» (D.1.1.1.pr.). Inicialmente, era el conjunto de normas interpretadas y aplicadas por los colegios sacerdotales, vinculadas con la religión en Roma. Por ello, se afirma que, en épocas arcaicas, el *fas* (norma religiosa) incluía al *ius*. Dentro del concepto de *ius* están tanto el ordenamiento jurídico como los derechos subjetivos.

En la génesis de la *civitas* (comunidad de ciudadanos), el *ius* se afirmó sobre los grupos menores (*tribus, gentes, familiae*). Hay una progresiva individualización del derecho frente a la moral y la religión. Al revisar las fuentes jurídicas romanas se pueden encontrar varias acepciones del *ius* como ordenamiento jurídico o derecho positivo, cuyo ejemplo es el *ius civile* (D.1.1.7.pr.); el derecho subjetivo o facultad —como ilustración, el *ius utendi*—; el lugar donde o ante quien se administra justicia (D.1.1.11); y la posición jurídica —*successio in locum et in ius*: el heredero sucede en el lugar y derecho del causante (D.8.4.13.pr.)—. En la época imperial, se denominó *iura* (en plural) a los escritos de los jurisprudentes, para diferenciarlo de las llamadas *leges* (constituciones imperiales).

## 2. *IUSTITIA*

En Roma, la *iustitia* fue entendida como la constante y firme voluntad de dar a cada uno su derecho (D.1.1.10.pr.: «*ius suum quique tribuendi*»). Se afirmaba que *ius* se llama así de la *iustitia* (D.1.1.1.pr.). Esta concepción

de la justicia no la define como un valor. Según lo señalado en el *Digesto*, se subrayaba que la voluntad humana es la que debía dirigirse a la justicia para lograr que se dé a cada uno su derecho (*ius*).

### 3. *IURISPRAECEPTA*

Los *iurispraecepta* (preceptos del derecho) eran entendidos como las reglas básicas. En el *Digesto* se mencionan tres preceptos (D.1.1.10.1):

- a) *Honeste vivere* (vivir honestamente), que sería un postulado moral.
- b) *Alterum non laedere* (no hacer daño a otro), que sería un postulado jurídico.
- c) *Ius suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), que sería un postulado jurídico, una acción justa.

### 4. *IURISPRUDENTIA*

Como vimos anteriormente, la jurisprudencia era el resultado de la labor de los juristas quienes son prudentes en derecho, es decir, son los especialistas del derecho que, ante una consulta sobre un problema jurídico, respondían con una argumentación que sustentaba jurídicamente su posición. Sus libros eran lo que hoy llamamos doctrina. En el *Digesto* se afirma que ellos tenían el conocimiento de las cosas divinas y humanas, eran cultores de la ciencia de lo justo y de lo injusto (D.1.1.10.2).

### 5. *LEX*

La *lex* era el acuerdo de las asambleas del *populus romanus* (pueblo romano), era su *iussum* (mandato). Por ello, se les suele llamar leyes públicas, ya que eran producto del acuerdo del pueblo. Este acuerdo se lograba luego de una votación ante la *rogatio* de un magistrado, quien se dirigía a las *comitia* para fundamentarla. Una vez realizada la votación y alcanzada la mayoría, había una *lex*.

Un punto importante a tener en cuenta es que la *lex* no requería estar escrita (D.1.1.6.pr.) ni ser promulgada por otra autoridad para entrar en vigor, ya que se aplicaba desde el momento en que había un acuerdo del pueblo romano en las asambleas populares. Por ello, no se requería la publicación de una *lex*. Las *leges* (leyes) de las asambleas populares se aplicaban al pueblo romano y a quienes se encontraban en el territorio romano.

En Roma, las asambleas populares podían llegar a acuerdos generales; en algunos casos, se aplicaba a una persona. Como ejemplo tenemos la *Lex Clodia* de Exilio Ciceronis del 24 abril del año 58 a.C., presentada por el tribuno de la plebe Publio Clodio Pulcro, por la que el pueblo romano mandó que el célebre Marco Tulio Cicerón sufriera la prohibición del agua y del fuego y, por consecuencia, el exilio (*Cic. Dom. 47: «uelitis iubeatis ut M. Tullio aqua et igni interdictum sit»*), por sus actos frente a la conspiración de Catilina. Esta sanción afectó su ciudadanía y también su patrimonio.

Además de la ley acordada por el pueblo romano, se encuentra en las fuentes jurídicas una referencia a la *lex privata*, es decir, al acuerdo entre particulares que se expresaba en una determinada cláusula. En el *Digesto* tenemos algunos ejemplos de *lex privata*, como el siguiente:

Se preguntó, si se te hubiera dado en adopción un hijo, con la cláusula (*lex*) de que después, por ejemplo, de un trienio, me lo des en adopción; ¿habría alguna acción? Y Labeón reputa que no hay ninguna acción, porque no es conforme a nuestras costumbres (*mores*) tener hijo temporal [*si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus*] (D.1.7.34).

Se consideró que esta cláusula —dar en adopción un hijo por tres años— no era válida porque la adopción no podía ser dada por un plazo o período de duración. Hay otras cláusulas válidas en las adopciones, como la siguiente:

Si aquel que de su hijo tiene un nieto, adoptó a alguien en lugar de nieto, no reputo que, muerto el abuelo, hayan de haber derechos de consanguinidad entre los nietos; pero si lo adoptó de modo que

también fuese según la cláusula (*lex*) puesta su nieto, como si hubiese nacido, por ejemplo, de Lucio, su hijo, y de la madre de familia de este, reputo lo contrario (D.1.7.44).

En este caso se precisa que un individuo podría ser adoptado como nieto y se darían dos supuestos: que se le adopte en posición de nieto o que, por medio de una cláusula (*lex*), se precise que será considerado nieto y descendiente de uno de los hijos del adoptante. Resulta interesante determinar las consecuencias de dicha adopción. Se establece que un hombre fue adoptado como nieto, considerándolo como si fuese hijo matrimonial de Lucio y de su cónyuge, y solamente en este supuesto y por dicha cláusula, este adoptado tendría los derechos de consanguinidad con los demás nietos.

Como se puede apreciar, la *lex* era un acuerdo que no requería estar por escrito para aplicarse. Si bien se conocen más las leyes públicas, también existió la *lex privata* entendida como una cláusula.

## 6. *IUS PUBLICUM*

Etimológicamente, público proviene de la palabra latina *populus* (pueblo). Cicerón definió al pueblo como una muchedumbre de individuos que se asociaban para lograr fines comunes (*De re pub.* I.39: «[...] *populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*»). No se refería a una persona jurídica que representara al pueblo romano. Por ello, es anacrónico afirmar que existió un Estado en Roma.

En el *Digesto*, el *ius publicum* se refería al estado de la cosa romana (D.1.1.1.2: «*quod at statum rei romanae spectat*») que tenía utilidad pública. La traducción de este fragmento por Álvaro D'Ors (1968), señala que, además de los bienes públicos, también se aborda la gestión pública.

En relación con el origen o fuentes del *ius publicum*, estas eran las *leges publicae*, los edictos del pretor, senadoconsultos, constituciones imperiales y las costumbres. En cuanto a su contenido, eran de *ius publicum*:

la organización y gestión de la ciudad (*res publicae*, según Cicerón; *statum rei romani* para Ulpiano); la gestión de los tributos; las cosas sagradas; los magistrados y las relaciones con otras comunidades; los delitos públicos (*crimina*) y el proceso penal; las disposiciones sobre testamentos; entre otros.

Con respecto al interés (*utilitas*), primaba el interés del pueblo romano, general o social, frente al individual. Frente a la derogabilidad de sus normas, el *ius publicum* estaba compuesto por normas imperativas que no podían ser derogadas ni incumplidas por los individuos.

La dicotomía entre *ius publicum* e *ius privatum* surgió a fines de la República con Cicerón (siglo I a.C.). En el *Corpus Iuris Civilis*, la dicotomía se presentaría al interpretar tanto el *Digesto* (D.1.1.1.2) como las *Instituciones* de Justiniano (I.1.1.4), ya que en estos textos se señala que «dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado [*huius studii duae sunt positione*]». Una lectura cuidadosa llevaría a entender que los romanos reconocieron la existencia de dos campos de estudio o posiciones, no necesariamente antitéticos, según Ulpiano.

Dado que el *populus romanus* se había conformado para cumplir fines comunes, el interés público prevalecía sobre el privado, como se afirma en dos fragmentos del *Digesto*:

- «El derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares» (D.2.14.38 Papiniano).
- «El pacto de los particulares no deroga el derecho público» (D.50.17.45.1 Ulpiano).

En consecuencia, no se podía subordinar el derecho público, que correspondía a la voluntad del pueblo romano, al interés de un individuo en el derecho romano.

## 7. *IUS PRIVATUM*

El *ius privatum* se refiere a la utilidad del individuo (*quod at singulorum utilitatem*) o del particular. Sus normas son facultativas o dispositivas. Para

poder compararlo con el *ius publicum*, se analizarán los mismos puntos tratados anteriormente.

En relación con su origen, el *ius privatum* se encuentra en los acuerdos y las obligaciones de los particulares. Incluso se puede hablar de *lex* privada con relación a la cláusula, como vimos en D.1.7.44. En relación con el contenido, sus normas regulan las relaciones entre particulares. En relación con la *utilitas* (el interés), este protege el de los particulares.

A partir de una tripartición del derecho en el *Corpus Iuris Civilis*, nos encontramos que hay normas de derecho privado en el *ius naturale* (derecho natural) aplicables a hombres y animales; en el *ius gentium* (derecho de gentes), que se aplican a todos los hombres; y en el *ius civile* (derecho civil), aplicables a ciudadanos romanos. A continuación, presentaremos a cada uno de estos derechos.

## 8. *IUS NATURALE*

Era un conjunto de normas basadas en la naturaleza, aplicables a todos los seres vivos (D.1.1.1.3: «es común a hombres y animales»). Sin embargo, como se afirmó en las fuentes jurídicas, el derecho romano fue creado para el ser humano, no para los animales (I.2.1.37); esto lleva a descartar este supuesto. Así, el *ius naturale* sería el orden ideal trascendente, inspirado por la providencia divina (I.1.2.11), con una clara referencia a Dios. Este sería también un derecho basado en la equidad (D.1.1.11), una concepción ideal.

Algunos ejemplos de instituciones de *ius naturale* que encontramos en las fuentes romanas son el *matrimonium* (D.1.1.1.3) y la *traditio* (I.2.1.40). Sin embargo, estos ejemplos no serían adecuados. En relación con el matrimonio, es discutible que se aplique a todos los seres humanos; se puede cuestionar que sea un buen ejemplo de una institución de derecho natural, ya que los romanos no consideraron matrimonio a todas las uniones estables. El concubinato era una unión estable que fue regulada en las fuentes jurídicas, pero que no generaba los efectos de un

matrimonio (Rouillon, 2010). En el caso de la *traditio*, el carácter natural de este modo de adquirir la propiedad se daría por contraposición a la formalidad de la *mancipatio* y la *in iure cessio* respectivamente; solamente los seres humanos podrían llevarla a cabo.

Además, existiría una relación entre el *ius naturale* y el *ius gentium*, ya que el segundo era un derecho basado en la razón natural (D.1.1.9).

## 9. *IUS GENTIUM*

Etimológicamente, el *ius gentium* proviene de *gens*, que era unidad familiar-religiosa compuesta por grupos de individuos que estaban encabezados por el *paterfamilias*. Las *gentes* sirvieron de punto de referencia para la construcción del concepto de *ius gentium*. Según Serrao (1984), la «Fase del *ius gentium*» se inició aproximadamente en el 201 a.C. y se desarrolló hasta el 235 d.C.; esta coincidió con el período de expansión romano. Sin embargo, hay evidencia de la existencia del *ius gentium* desde los primeros siglos de Roma, como se señaló en la *Ley de las XII Tablas* (Tab. II.2).

El *ius gentium* era un derecho común a todos los pueblos que se basaba en la *naturalis ratio* pues los seres humanos, pese a su diversidad cultural, mantienen ciertos elementos y características comunes. Este derecho se encuentra en el sistema jurídico romano, así como en otros derechos. Si uno se pregunta qué lo fundamenta, fue la conciencia común a todos los pueblos que se hizo concreta en las normas comunes. Este derecho nació ante la necesidad de protección de las relaciones jurídicas de quienes no eran ciudadanos y se encontraban en el territorio romano. Justiniano I entendió al *ius gentium* como una parte del sistema jurídico romano y válido para el *orbis terrarum* (todo el mundo) en el *Digesto* (D.1.1.9), como antes lo había afirmado Gayo (*Gai.* I.1).

Un punto importante a tener presente es que la validez y vigencia del *ius gentium* no dependía de su efectividad, es decir, su incumplimiento por algún pueblo no lo afectaba. Además, no requería estar recogido expresamente en el derecho positivo.

Por su parte, la *naturalis ratio* era el principio de la razón universal, inmanente a la naturaleza y de observancia absoluta, que no podía ser desconocido por los hombres que habitan los pueblos del orbe: la razón civil no podía ignorar ni corromper los *naturalia iura* (D.4.5.8).

Con el desarrollo de Roma y pese a la casi desaparición del *peregrinus*, el *ius civile* y el *ius gentium* tuvieron una importante relación: este último brindó conceptos e instituciones al derecho de la ciudad para hacerlo más dinámico, menos formal y más universal. Dado que ambos participaban del sistema jurídico romano, encontramos lo siguiente:

- El *ius gentium* se encuentra en el *ius civile* (D.1.1.9), no es necesario incorporar el *ius gentium* al derecho interno (*ius civile*) pues ya está contemplado en este (Cicerón, *De off.* 3.17.69). El fundamento es que la comunidad entre todos los pueblos es la *naturalis ratio* (D.1.1.9).
- No hay una identidad entre *ius civile* y *ius gentium* (D.1.1.6.pr.) ya que tienen conceptos, instituciones y principios propias. Sin embargo, hay normas comunes al *ius gentium* y al *ius civile*, como la esclavitud y las obligaciones (D.1.1.5).
- Hay normas propias del *ius civile* como las justas nupcias y la patria potestad, las que no fueron aplicadas a los *peregrini*.

Por lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que el *ius gentium* en Roma fue un derecho común, sin ser el equivalente al derecho internacional público, pues no surgió de la voluntad de los Estados.

## 10. *IUS CIVILE*

Se debe tener en cuenta que «civil» es un adjetivo que proviene de la palabra latina *civitas*, comunidad en la que se agrupaban los romanos (*cives romani*). Desde la fundación de Roma (754 a.C.), la ciudad tenía un derecho propio. Al inicio, se llamaba *ius quiritorium*, hasta la *Ley de las XII Tablas*. *Quiritium* era un término que se derivaba del dios Quirino,

el que tenía origen sabino. Este se aplicaba a los hombres ciudadanos romanos, a quienes se les conocía como *quirites*.

El *ius quiritorium* fue consuetudinario en sus orígenes y era interpretado por los pontífices. Cuando el patriciado admitió que la plebe tenga mayor participación política en Roma, fue reemplazado por el *ius civile romanorum* (derecho civil de los romanos). Al conjunto de ciudadanos romanos se les llamaba *populus romanus quirites*.

Resulta pertinente precisar algunos términos relacionados al *ius civile*:

- *Urbs*: fue la ciudad entendida como un espacio geográfico donde habitaban los ciudadanos romanos y aquellos que no lo eran.
- *Civitas*: fue la comunidad de ciudadanos romanos (*cives romani*), la ciudadanía; se relacionaba con el *populus romanus*.
- *Orbis*: fue el territorio romano identificado como mundo (*orbis terrarum*) en el que vivían los seres humanos.

En cuanto a las fuentes del *ius civile*, estas fueron las costumbres, las leyes, la jurisprudencia, los plebiscitos (con *auctoritas patrum*), los edictos del pretor, los senadoconsultos y las constituciones imperiales (D.1.1.7.pr.). En el derecho romano, las normas de *ius civile* se refieren al derecho público, normas procesales, otorgamiento de ciudadanía, patria potestad, adopción, testamentos, justas nupcias, obligaciones, entre otros. Estas no son entendidas como disposiciones de derecho privado. De este modo, el *ius civile romanorum* se diferencia del concepto y contenido del derecho civil contemporáneo.

## 11. *IUS HONORARIUM*

El *ius honorarium* (derecho honorario) era aquel que se conformó gracias al ejercicio de la *iurisdictio* del pretor a través de sus edictos. En la medida que el pretor debía establecer las *actiones* en los procesos civiles, cada *actio* protegía un derecho.

Como se ha visto en el desarrollo histórico-jurídico, la *Ley de las XII Tablas* fue la primera codificación romana y un referente importante para la resolución de controversias en el derecho romano. Como expresión del *ius civile* en Roma, esta ley fue estudiada y comentada, así como aplicada a lo largo de muchos siglos. Sin embargo, la aplicación de sus disposiciones resultaba a veces inadecuada o injusta. Frente a ello, la labor del pretor fue fundamental para poder evitar las injusticias y plantear respuestas más allá de la *Ley de las XII Tablas* y de las demás normas del *ius civile*. En el *Digesto*, se presentan claramente los tres supuestos en los cuales el pretor actuó, para ayudar, corregir o suplir el derecho civil:

Derecho pretorio es el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil; el cual se llama también honorario, habiéndose denominado así por el honor de los pretores [*adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*] (D.1.1.7.1).

Aunque no tenía facultades para derogar las disposiciones de la *Ley de las XII Tablas* ni las normas de otras fuentes del derecho civil, el pretor podía mejorar lo establecido en dicha norma, corregir la rigidez o excesiva formalidad que llevaba a una aplicación injusta, e incluso suspender la aplicación del *ius civile* y corregirlo, reemplazarlo.

Es innegable la importancia que tuvo el *ius honorarium* en el desarrollo del derecho de Roma, ya que permitió hacer más justa la aplicación del *ius civile*. Esta función, a través del ejercicio de la *iurisdictio* del pretor, hizo que juristas como Marciano afirmaran que el derecho honorario era la viva voz del derecho civil (D.1.1.8).

Como se puede apreciar, estudiar el derecho romano requeriría abordar casi todas las ramas del derecho, tales como civil, constitucional, penal, tributario, administrativo, público, procesal, mercantil, etcétera. Sin embargo, esto no será posible en este libro.

Luego de revisar los principales conceptos del derecho romano y haber precisado su contenido, presentaré los principales términos, conceptos,

instituciones y principios que se utilizaron en cuatro temas que he elegido: las personas, la familia, las cosas y las obligaciones.

## 12. PREGUNTAS

1. ¿Qué era el *ius* en el derecho romano?
2. ¿Qué era la *lex*?
3. ¿Cuál era el contenido del *ius civile* en el derecho romano?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 4

### SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS

El derecho romano nos ha legado muchos conceptos, instituciones y principios. Uno de ellos es la «persona», cuya importancia podemos apreciar en el siguiente fragmento: «Todo el derecho de que usamos, concierne ó a las personas, ó a las cosas [corpóreas o derechos], ó a las acciones» (D.1.5.1). Así, al revisar las codificaciones romanas, se puede apreciar que estos tres temas —personas, cosas y acciones— eran los ejes para la organización de las normas jurídicas. En este libro, abordaré los dos primeros: personas y cosas, porque estudiar las acciones me llevaría a extenderme en la presentación de varios temas procesales que ya no se aplican en la actualidad.

La centralidad de la persona en el derecho romano se expresa en el *Digesto* cuando se afirma: «Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas» (D.1.5.2). Lo mencionado anteriormente nos lleva a dos reflexiones: en primer lugar, el derecho ha sido creado para los seres humanos y, en concordancia con la definición de justicia, en la elaboración de las normas jurídicas se debe tener en cuenta a esta. En consecuencia, el ser humano no está al servicio del derecho, es el derecho el que ha sido creado y continuamente va desarrollándose para dar respuestas justas a las necesidades de la humanidad. En segundo lugar, la primera clasificación de las personas es un punto fundamental para el derecho romano.

No obstante lo señalado, esto podría llevar a una confusión, ya que el *Digesto* se refiere a hombre y persona. Se podrían plantear las siguientes preguntas: ¿hombre y persona eran lo mismo en el derecho romano? ¿Cómo eran tratados en las fuentes jurídicas romanas?

A continuación, trataré de dar algunas respuestas. A partir de las fuentes veremos qué se entendía por persona y qué implicancias jurídicas tenía.

## 1. EL CONCEPTO DE PERSONA

En las fuentes jurídicas romanas más antiguas, el término usado fue hombre (*homo*; en plural, *homines*); no se encuentra la palabra persona.

Hay referencias al uso del término *homo* en las fórmulas de los sacerdotes *fetiales* y en varias disposiciones de la *Ley de las XII Tablas*: «[...] si la controversia se refería a la libertad de un hombre, aunque ese hombre fuese muy valioso, entonces, según disponía la misma ley. La apuesta sería de cincuenta ases [*si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut quinquagenaria assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est*]» (*Tab. II.1<sup>a</sup>*).

Adicionalmente, se hace alusión al hombre cuando se refiere a aquel que sufre algún agravio a su honor, aunque sin mencionarlo expresamente, como en: «[...] esta se debía aplicar también en aquellos casos en los que alguien ultrajara o compusiera canciones que producen infamia o deshonor a otro [*in his hanc quoque sanciendam putaverunt; si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*]» (*Tab. VIII.1<sup>b</sup>*).

De este modo, se puede apreciar cómo el sujeto al que se referían las normas de la *Ley de las XII Tablas* era el *homo*, entendido como el varón humano, no se encuentra la palabra persona. Toda referencia a aquel que accionaba, ejercía un derecho o poder, o sufría un agravio, estaba referido al hombre. Posteriormente, el término *homo* fue usado en otras fuentes romanas.

Si se quiere analizar el significado de *homo*, esta palabra hacía referencia al ser humano varón, quien tenía una actuación de relevancia social y jurídica; es decir, al hombre considerado ontológicamente como tal, ya que no se refería a una abstracción ni a una ficción.

Como en los primeros siglos de Roma las mujeres tenían un limitado acceso al mundo del derecho y desempeñaban sus labores en el ámbito privado, no estaban comprendidas en el término *homo*. Al revisar la *Ley de las XII Tablas*, hay una referencia a la *femina* (mujer), pero se afirma que ella debía estar sujeta a la tutela de un hombre, incluso cuando llegaba a la mayoría de edad (*Tab. V.1*).

Si bien *homo* significó varón en los primeros siglos de Roma, el desarrollo social e histórico llevó posteriormente a que la mujer adquiriera paulatinamente una mayor participación en el derecho romano. Si bien nunca estuvo en pie de igualdad con los hombres, resulta innegable que llegó a ser considerada una persona, que pudo adquirir la propiedad de *res* (I.2.9.1), contraer obligaciones (I.3.28.pr.), ser heredera (I.3.1.2) y ser sancionada por cometer crímenes públicos (I.4.18.4). Además, se usaron términos en latín que se referían tanto a hombres como a las mujeres: «Esta expresión “si alguno” comprende tanto a los varones como a las hembras [*Verborum hoc «si quis», tam masculos, quam feminas complectitur*]» (D.50.16.1). De allí que podamos entender que, cuando posteriormente los romanos se referían a *homines*, aludían a todos los seres humanos.

El término persona se usó desde fines de la República (siglo I a.C.), ya que no lo encontramos en las fuentes jurídicas romanas más antiguas. La persona, a diferencia de hombre, tuvo un contenido jurídico. La explicación sobre el significado de la palabra persona no proviene de una fuente jurídica. Aulo Gelio, abogado y escritor romano del siglo II d.C., redactó en sus *Noctes Atticae* definiciones de varios términos y planteó la etimología de algunas palabras latinas, muchas de las cuales tienen contenido jurídico. Tal es el caso de persona.

Sabia e ingeniosa explicación, a fe mía, la de Gabio Baso, en su tratado Del origen de los vocablos, de la palabra *persona*, máscara. Cree que este vocablo toma origen del verbo *personare*, resonar. He aquí cómo explica su opinión: «No teniendo la máscara que cubre por completo el rostro más que una abertura en el sitio de la boca, la voz, en vez de derramarse en todas direcciones, se estrecha para escapar por una sola salida, y adquiere por ello sonido más penetrante y fuerte. Así, pues, porque la máscara hace la voz humana más sonora y vibrante, se le ha dado el nombre de *persona* y, por consecuencia, de la forma de esta palabra, es larga la letra *o* en ella» (*Noctes Atticae* I.V, cap.VII).

El planteamiento de Aulio Gelio nos permite entender por qué se eligió el término *persona* en el ámbito jurídico y, de esta manera, brindarle un elemento adicional que no omitiera la importancia y centralidad del ser humano. La elección de la palabra no ha podido ser más sabia y adecuada: la máscara, elemento que permite resonar, es necesaria para actuar en el teatro, pero no reemplaza al ser humano. Resulta evidente que solamente un ser humano puede usar la máscara en el teatro y, gracias a ella, su voz resonará más fuerte y llegará a todos los espectadores de una obra. Sin embargo, la máscara por sí misma no puede desempeñar rol alguno: mientras esté fuera del rostro del hombre, no resonará ni podrá actuar. De este modo, se subraya la importancia del ser humano que porta la máscara, ya que esta requiere de aquel cuya voz proyecta. Así, se establece el vínculo indisoluble entre *persona* y hombre en los juristas romanos: la máscara, cuando la usa un ser humano le permite proyectar mejor su voz, desempeñar el rol que jurídicamente le ha sido dado.

Como hemos visto, la máscara se usó para que resonara la voz de un ser humano al momento de desempeñar un papel. De allí que los seres humanos son tales por su naturaleza, no porque el derecho les otorgue esa condición. Así, el derecho no puede ir contra la humanidad del ser humano ni negarla; lo que puede hacer es determinar qué derechos tiene, regular su conducta y sancionarlo. Al portar una máscara, la persona indica el papel o rol jurídico que desempeña el hombre y la mujer en el ordenamiento

romano. Por su origen como máscara teatral, la persona siempre requiere de un ser humano para actuar o desempeñar un rol. Además, la persona será el hombre ubicado en algún estado jurídico (Gayosso y Navarrete, 1992). De este modo, se puede concluir que la palabra persona tiene como referencia al ser humano en cuanto a realidad física y material, quien actúa en el derecho; no es una abstracción ni una ficción.

La estrecha e indisoluble vinculación entre el ser humano y la persona se mantiene posteriormente (Catalano, 1990). El jurista Gayo la señala en sus *Instituciones* donde utiliza persona como equivalente a hombre (*Gai. I.9: «[...] quidem summa divisio... personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi»*). A su vez, encontramos esta clasificación en el *Digesto*, en donde se establece: «Y así, la principal división en el derecho de la persona es esta: que todos los hombres son o libres o esclavos» (D.1.5.3). Esta afirmación es clara: las personas son seres humanos. Por ello, la naturaleza humana no podrá ser cuestionada menos aún negada por un ordenamiento jurídico, como lamentablemente sucedió siglos después.

Al respecto, cabe enfatizar que la condición humana de los esclavos no va a ser negada, aunque se les clasifique como cosa corpórea: «Además de esto, unas cosas son corpóreas, y otras incorpóreas. Son corpóreas, las que pueden tocarse, como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata, y finalmente otras cosas innumerables [*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles*]» (D.1.8.1.1). Este fragmento sobre la clasificación de cosas corpóreas se encuentra reproducido en las *Instituciones* de Justiniano (I.2.2.1). Aunque algunos autores como García del Corral y Ortolán han traducido la palabra *homo* de este fragmento como esclavo, considero que esto es erróneo. Si la clasificación de las cosas aludía al criterio de tangibilidad y corporeidad, todos los seres humanos contaban con un cuerpo y, por ello, eran cosas corpóreas, independientemente de contar o no con libertad. Además, resultaba muy interesante que todos los seres humanos, libres o no, pudieran ser considerados cosas corpóreas. En esa línea, se afirmaba:

«Algunas veces aun puede haber robo de personas libres: por ejemplo, si alguno de los hijos sometidos bajo nuestra potestad nos fuese robado» (I.4.1.9). El *furtum* se producía cuando se tomaba una cosa para sacar provecho de esta o de su uso (I.4.1.1). En consecuencia, solamente la *res* corpórea podía ser objeto de *furtum*. En la medida que el ser humano tenía un cuerpo, independientemente de su libertad, era clasificado como cosa corpórea; esta clasificación no se refería exclusivamente al esclavo. De las fuentes romanas presentadas se aprecia que el esclavo en el derecho romano era un ser humano, aunque no contara con libertad.

En la medida que persona se refería a un aspecto del ser humano, a su papel jurídico, no afectaba ni negaba su naturaleza. Por ello, persona en el derecho romano otorgaba al hombre la posibilidad de desempeñar un rol jurídico, pero sin ir contra la naturaleza humana.

De este modo, hay una diferencia entre la persona en el derecho romano y el sujeto de derechos. Mientras que la persona parte de reconocer la importancia del ser humano, quien actúa en el derecho, el sujeto de derechos es un concepto jurídico entendido como el centro de imputación de derechos y obligaciones, que no se refiere exclusivamente al ser humano. Por consiguiente, un sujeto de derechos puede ser un ente distinto del ser humano. Esto no hubiese sido aceptado por el derecho romano.

En cuanto a la existencia de personas jurídicas en Roma, hay discusiones entre los romanistas. A pesar de los argumentos dados por la doctrina especializada, resulta evidente que el concepto de persona estaba íntimamente relacionado al ser humano en el derecho romano. Como lo señalaba claramente el *Digesto*, el derecho ha sido elaborado por los seres humanos y para ellos (D.1.5.2). Por ello, no se habían considerado los entes abstractos u otras entidades distintas al ser humano como persona en el derecho romano.

En consideración de lo que encontramos en las fuentes romanas, resulta claro que el término persona se refería a los seres humanos, sean hombres o mujeres, libres o esclavos. No tuvo el mismo significado de sujeto de derechos que se tiene en los ordenamientos actuales.

## 2. LOSESTADOSDELA PERSONA: *LIBERTATIS, CIVITATIS, FAMILIAE*

Una vez definido quién es persona en el derecho romano, vamos a ver cómo se le otorgaba el rol jurídico que le permitía actuar. Para ello, tengamos en cuenta lo señalado en D.1.5.2: «Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas».

Aunque no hay una teoría general sobre los estados de las personas en el derecho romano, la revisión de las fuentes jurídicas nos permite identificar aquellos en los cuales estaría clasificado un ser humano. Estos son:

- *Status libertatis* (el estado de libertad).
- *Status civitatis* (el estado de ciudadanía).
- *Status familiae* (el estado de familia).

La importancia de conocer estos estados y sus implicancias jurídicas radica en que, para actuar en el mundo jurídico, el ser humano necesitaba contar con los poderes, derechos y obligaciones disponibles en función de qué estados tenía y cómo se clasificaba en estos. Los estados estaban relacionados entre sí. Si se perdía la libertad, ello afectaba los demás estados. Lo mismo sucedía si se modificaba el estado de ciudad.

En este punto, vamos a estudiar los estados de libertad y ciudadanía. En el siguiente, al tratar a la familia, veremos cómo estaban clasificados los individuos frente a esta.

### 2.1. *Status libertatis*

El *status libertatis* clasificaba al ser humano en función a la libertad. Como señalan las fuentes, esta clasificación era la más importante en el derecho romano, ya que expresamente se afirmaba en el *Digesto*: «Y así, la principal división en el derecho de las personas es esta: que todos los hombres son ó libres, ó esclavos [*Summa itaque de iure personarum divisio haec est; quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi*]» (D.1.5.3).

En las fuentes, se señala que los seres humanos son naturalmente libres (D.1.4.1; I.1.3.1), sin que importe su ciudadanía, raza, sexo, condición social ni edad. Los individuos libres pueden ser clasificados en dos grupos, como se establece en el *Digesto*: los hombres libres son ingenuos o libertos (D.1.5.5.pr.).

La diferencia entre ingenuos y libertos se funda en qué situación tenían al momento de su nacimiento. Si nacieron libres, serían ingenuos; si nacieron esclavos y posteriormente adquirieron su libertad, serían llamados libertos (I.1.4.pr.; D.1.5.5.2). La adquisición de la libertad se daba a través de la manumisión, que podía realizarse de distintas maneras, como manumisiones formales y no formales (I.1.5.1-2).

Pese a que la condición natural de los seres humanos era la libertad, el ordenamiento jurídico romano podía establecer en qué casos se perdía la condición de libre. Quien dejaba de ser libre se convertía en esclavo y, pese a ello, no perdía su naturaleza humana. Además, se afirmó que había una sola condición de los esclavos: «*Et servorum quidem una est conditio*» (D.1.5.5.pr.).

En las fuentes jurídicas romanas, se pueden encontrar varios supuestos en los que un ser humano perdía la libertad, sea por nacimiento, por guerra o como una sanción. Las causas de la esclavitud en el derecho romano eran las siguientes:

- Por nacimiento: según el *ius gentium*, el hijo de la esclava nacía esclavo. Esto sucedía cuando la madre era esclava desde la concepción, en el proceso de gestación y el parto (D.1.5.5.1; I.1.3.4).
- Por ser capturado como prisionero de guerra: en un conflicto armado con otro pueblo, Roma enviaba a sus soldados para defenderla. Cuando el enemigo era vencido y capturado con vida, perdía no solamente la libertad física, se convertía en esclavo según el *ius gentium* (D.1.5.5.1; I.1.3.4).
- Por sanción: cada pueblo, a través de su derecho civil, establecía cuándo se privaba de libertad a un individuo como resultado de la

aplicación de una pena. Diversas disposiciones del derecho romano establecían como una sanción muy severa la pérdida de la libertad y, en consecuencia, que el condenado sea esclavo, como aquellos que debían trabajar en las minas (D.1.5.5.1; I.1.3.4; I.1.12.3).

Como se puede apreciar, se dieron varios supuestos para ser esclavo en el derecho romano que no se fundamentaban en motivos de raza, sexo, condición social o edad. En consecuencia, cualquier ser humano que estuviera en los supuestos anteriores sería considerado esclavo.

Entre los términos que se emplearon para referirse al esclavo, encontramos varios en las fuentes jurídicas romanas que se presentan a continuación:

- *Servus*: este es el término frecuentemente usado para el esclavo en el derecho romano. Hay una explicación para utilizar este término: los prisioneros de guerra capturados por los soldados romanos eran conservados con vida y eran llevados a territorio romano para desempeñar diversas tareas. Estaban sometidos al poder (*dominica potestas*) de un amo. Así, esta palabra se derivaría de *servare* (conservar), no de servir (D.1.5.4.2; I.1.3.3).
- *Mancipia*: este era otro término utilizado para referirse al esclavo en la medida que los enemigos cautivos en una guerra eran aprehendidos o capturados con la *manus* (mano) por los romanos (D.1.5.4.3; I.1.3.3).
- *Familia*: esta palabra es usada con menos frecuencia en las fuentes jurídicas romanas. Al mencionarla, se ponía énfasis en que los esclavos estaban bajo la potestad o poder del *dominus*, de quien eran dependientes y subordinados (D.1.6.2; I.1.8.2).

La esclavitud en Roma tuvo características propias que la distingue de aquella que se dio en otros pueblos antiguos o en siglos posteriores. El esclavo era quien no tenía libertad en aplicación del derecho, pero este estado no afectaba su naturaleza humana.

En mi opinión, es un error generalizado considerar que el esclavo, por ser objeto de relaciones jurídicas y tener un valor patrimonial, solamente era una *res* y, por ello, carecía de toda protección o de respeto a su condición humana en el derecho romano. Otro error es considerar que la esclavitud en Roma tenía una connotación racial. A continuación, se plantearán los argumentos que me permiten afirmar que el esclavo fue considerado un ser humano y, por ello, se le distingue del tratamiento que se hacen a otras cosas en el derecho romano.

En primer lugar, hay que tener presente que el esclavo era considerado un ser humano pese a estar privado de libertad y, como se señala claramente en el *Digesto*, los hombres eran libres o esclavos (D.1.5.3). Cualquier humano que estaba en un supuesto de esclavitud, se convertía en esclavo. No había una relación entre raza y esclavitud.

En segundo lugar, la situación de esclavo era mutable, ya que la manumisión le permitía pasar a ser libre e, incluso, alcanzar la ciudadanía y ser un *sui iuris* en tanto no estaba sujeto a la potestad de alguien. En el *Corpus Iuris Civilis* se presentaban diversos modos de manumitir como, por ejemplo, a través de una carta (I.1.5.1-2).

En tercer lugar, todos los seres humanos eran considerados cosas corpóreas (D.1.8.1.1: «*Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum* [...]»). Esta clasificación no se limita a los esclavos. Por ello, se admite que haya robo de personas libres como cosas corpóreas (I.4.1.9), estas eran quienes estaban bajo la potestad del *paterfamilias*.

En cuarto lugar, no se debía tratar con extrema crueldad o dureza excesiva al esclavo de manera injustificada (*Gai.* 1.53; también I.1.8.2). De este modo, se respetaba su naturaleza humana.

En quinto lugar, el esclavo podía adquirir para su señor (D.1.6.1.1; I.1.8.1) y también podía contraer obligaciones. Además, el esclavo podía tener derechos propios sobre la base de sus estipulaciones (I.3.17.pr.; I.3.17.2) y recibir sanciones muy severas por cometer crímenes públicos (I.4.18.7). El esclavo también podía cometer *furtum*, que era un delito

privado, como se menciona en la *Ley de las XII Tablas* (*Tab. XII.2ª*); esto se afirma posteriormente en el *Digesto* (D.9.4.2.1) y las *Instituciones* (I.4.1.5).

Por lo anteriormente planteado, se puede afirmar que en el derecho romano el esclavo era un ser humano que no tenía libertad, era persona —cuando desempeñaba un rol jurídico (D.1.5.3)— y cosa corpórea (D.1.8.1.1). Si bien tenía un valor patrimonial, ello no afectaba su naturaleza humana. En conclusión, las personas podían ser seres humanos libres o esclavos en el derecho romano.

## 2.2. *Status civitatis*

Este estado era determinado al ubicar al ser humano frente a la ciudadanía, ya que podía pertenecer a esta o no. Cuando los romanos se referían a la ciudadanía no estaban aludiendo al ejercicio de derechos políticos o la posibilidad de ejercer cargos públicos. Eran ciudadanos tanto los hombres como las mujeres (D.1.6.4), aunque estas últimas no tuvieron derechos políticos ni participación en el ámbito público.

El *status civitatis* relacionaba a los seres humanos con la *civitas* (ciudadanía). En Roma, el concepto de *civitas* identifica a la agrupación de hombres libres que están unidos por un interés común, cuyas características son la libertad y la concordia, tal como lo refiere Cicerón (*De Rep.* 1.25.39: «*coetus multitudinis iuris consensu et utilitas communione sociatus*»). La distinción entre los *cives romani* y quienes no lo eran era jurídico-política, no se fundamentaba en la discriminación racial ni cultural y, menos aún, en la xenofobia.

La clasificación de los seres humanos en el *status civitatis* distinguía a dos grupos de personas: quienes eran ciudadanos romanos y quienes no lo eran. A continuación, explicaremos brevemente cada uno:

- Ciudadanos romanos: eran aquellos que pertenecían a la *civitas* romana, sean hombres o mujeres, púberes o impúberes (D.1.6.4). No importaba si estaban subordinados o no a un *paterfamilias*. Por contar con la ciudadanía romana, se les aplicaba el *ius civile*.

- No ciudadanos: a través de la historia de Roma, encontramos una diversidad de individuos —como latinos, *hostes*, *peregrini*, esclavos y bárbaros— que no pertenecían a la ciudadanía romana por diversos motivos. Los términos utilizados y el tratamiento a los no ciudadanos fueron modificándose a través del tiempo. Las distintas referencias a los no ciudadanos se hacían por comparación con el *civis romanus* (ciudadano romano), quien tenía acceso al *ius civile* y el goce de los derechos y las prerrogativas políticas. Cada ciudad contaba con un *ius civile* y comprendía su constitución, la organización de la *civitas* y las relaciones entre los individuos que la conformaban (D.1.1.6.pr.; D.1.1.9; I.1.2.1; I.1.2.2). Es importante señalar que esta clasificación no reflejaba criterios raciales ni discriminatorios sino una posición frente a la ciudadanía. A lo largo de la historia, carecieron de ciudadanía romana:
  - *Latinus*: era quien no pertenecía a la ciudadanía de Roma pero que formaba parte de un pueblo latino o se les dio ese nombre. Hubo varios tipos de latinos:
    - *Latini veteres* o *prisci* (latinos antiguos): eran aquellos cuyas comunidades se vinculaban con Roma a través de un *foedus* (tratado). Dada esta relación tan antigua, entendida desde el origen de la ciudad, estos latinos tuvieron una serie de derechos que no fueron concedidos a otros individuos no ciudadanos, tales como el *ius commercii* (celebrar contratos), *ius connubii* (contraer justas nupcias), *testamentifactio* (otorgar testamento o ser instituido en este), entre otros.
    - *Latini coloniarii*: eran los habitantes de una colonia a la que Roma otorgó el carácter de latina. A estos también se les concedieron algunos derechos como el *ius commercii* (celebrar contratos) y el *ius suffragii* (derecho de votar en las asambleas populares), cuando estaban en territorio romano.

- *Latini iuniani*: eran los esclavos manumitidos de manera no solemne, a quienes no se les otorgaba la ciudadanía romana en aplicación de la *Lex Iunia Norbana* (19 a.C.).
- *Latini aeliani*: eran los esclavos manumitidos por un amo menor de veinte años y a través de un mecanismo no formal según lo dispuesto por la *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.). También estaban bajo esta ley los *dediticios*, quienes cayeron en esclavitud después que sus pueblos se hubieran rendido incondicionalmente a Roma. Ninguno de ellos alcanzaba la ciudadanía romana con la manumisión. Esta situación de latino tenía una cierta connotación negativa. Hay referencias a los latinos junianos y aelianos en las Instituciones de Gayo (*Gai.* I.17).

Si bien los *latini veteres* o *prisci* y los *latini coloniarii* pudieron acceder a la ciudadanía romana, los *latini iuniani* y *aeliani* se vieron exceptuados de adquirir la ciudadanía dispuesta en la Constitutio Antoniniana, como veremos más adelante.

- *Hostis, perduellio*: ambas palabras significaban enemigo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las fuentes jurídicas romanas *hostis* tuvo una interesante evolución en el tiempo. En la *Ley de las XII Tablas*, se empleaba el término *hostis* como extranjero a quien se le daba participación en el ámbito jurídico, lo cual resulta evidente en las siguientes referencias:

- En la *Tab.* II.2 se afirma «[...] día fijado con un forastero [...] por esta causa aplácese el día [*status dies cum hoste*]»
- En la *Tab.* VI.3<sup>b</sup>: «Frente al extranjero la garantía es eterna [*adversus hostem aeterna auctoritas*]».

En esa misma línea, Cicerón afirmó que se llamaba *hostis* en otras naciones a quien en Roma se le llama *peregrinus* (*Cic. De off.* 1.12.37: «*hostis enim apud naciones nostros is dicebatur quem nunc peregrinus dicimus; indicant xii tab. aut status dies*

*cum hoste*»). De este modo, quedaba claro que el significado inicial de *hostis* fue el extranjero que está pacíficamente en Roma; este concepto pasó después al *peregrinus*. Hacia fines de la República, tanto *hostis* como *perduellio* se entendieron como referidos al enemigo de Roma (D.50.16.118), se identificaba así a aquel que pertenecía a un pueblo que estaba en guerra contra el *populus romanus*.

- *Peregrinus*: el término *peregrinus* no se encuentra en los primeros siglos de Roma. El *peregrinus* surgió en la República y reemplazó el antiguo *hostis*, ya que era el extranjero que vivía pacíficamente en el territorio romano y se vinculaba con los *cives* de conformidad con el derecho romano. Esto queda corroborado con lo señalado anteriormente por Cicerón (*Cic. De off.* 1.12.37). Según Marco Terencio Varrón (*Varr. De l. lat.* 5.1), el *peregrinus* significaba «extranjero amigo» en la República. La palabra *peregrinus* se formó por la conjunción dos términos: *per* (a través de) y *aegre* (de *ager*, campo); el *peregrinus* era quien venía caminando a través del campo hasta llegar a la ciudad. En consecuencia, el *peregrinus* era el ser humano libre, no ciudadano romano y entendido como el extranjero amigo, es decir, sin una relación hostil con el pueblo romano o no pertenecía a un pueblo que estaba en guerra con Roma. Este extranjero se encontraba pacíficamente en el territorio romano. Hay que tener presente que, en ningún caso, *peregrinus* fue un ser humano sin ciudad. Además, no era necesario que su pueblo haya celebrado *foedera* (tratados) con Roma para tener derechos.
- *Servus*: dado que no tenía libertad, el esclavo no era considerado ciudadano romano.

En atención a su clasificación dentro del *status civitatis*, los seres humanos tenían un tratamiento jurídico. Los *cives romani* tenían los derechos y obligaciones que estaban establecidos por el *ius civile*, que les permitía contar con una posibilidad de actuación muy amplia, ya

que podían desempeñar diversos roles y estar considerados en distintos supuestos jurídicos.

Los ciudadanos romanos tenían los siguientes derechos: *ius suffragii*, votar en las asambleas populares; *ius honorum*, acceder a cargos públicos; *ius commercii*, contratar; *ius connubii*, contraer matrimonio por justas nupcias; *testamentifacio*, otorgar testamentos y ser beneficiario de la última voluntad del testador; *ius actionis*, actuar en los procesos; y adoptar, así como ejercer poderes como la *patria potestas*, *manus* y *dominium*. Esta lista es enunciativa, ya que el ciudadano romano tenía amplias facultades y obligaciones en el derecho romano.

Los que no eran ciudadanos no contaban con los mismos derechos y obligaciones. Sin embargo, tenían ciertos derechos y obligaciones, se les aplicaban sanciones y se les exigía el cumplimiento de deberes mientras se encontraban en el territorio romano. Dado que nos hemos referido anteriormente al esclavo y a su actuación jurídica, ahora se analizará con mayor detalle cuál era el tratamiento de aquel que sería equivalente al extranjero: el *peregrinus*.

El *peregrinus* era el extranjero que se encontraba pacíficamente en territorio romano. Sobre su tratamiento, encontramos dos teorías en la doctrina: la hostilidad natural (Mommsen, 1889) y aquella que afirma que el *peregrinus* estaba incorporado en el derecho romano, que en Latinoamérica tiene como su mayor exponente a Andrés Bello (1959). De la revisión cuidadosa de las fuentes romanas, se puede afirmar que la teoría de la hostilidad natural carece de un adecuado fundamento, ya que no se ha demostrado que los pueblos antiguos estuvieran permanentemente en guerra entre ellos. Por el contrario, las fuentes romanas permitirían afirmar que, basados en relaciones de amistad y cooperación entre los pueblos, el *peregrinus* tenía derechos que eran protegidos en territorio romano, aunque no hayan tratados (*foedera*) celebrados entre los pueblos y sin necesidad de reciprocidad. En consecuencia, al *peregrinus* se le aplicaba el *ius gentium*, un derecho común a todos los pueblos (D.1.1.9), que no era producto de tratados entre estos. De esta manera, el *peregrinus* pudo

contraer obligaciones y celebrar contratos, así como tener acceso a la *iurisdictio* del *praetor peregrinus* para resolver sus controversias.

Si bien la clasificación en el *status civitatis* antes mencionada se mantuvo hasta el principado, hubo un hito importante que tuvo impacto en esta: la promulgación de la *Constitutio Antoniniana* en el año 212 d.C. Por razones políticas, el emperador Antonino Caracalla emitió una constitución imperial —llamada también *Constitutio Antoniniana* o Edicto de Caracalla— que otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio («*Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem romanorum, manente omni genere civitatum, exceptis dediticiis*», según el *Papiro Gissen* 1, n. 40).

Como se puede apreciar, el Edicto de Caracalla amplió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres que se encontraban en territorio romano, lo que generó que el número de los ciudadanos romanos aumentara de manera considerable. No obstante, estableció que se encontraban fuera de sus alcances los *latini iuniani* y *aeliani*, así como los *dediticios*. Esta amplia concesión de ciudadanía fue extraordinaria, ya que las concesiones de ciudadanía romana que se habían dado en el pasado tenían un impacto menor en el número de beneficiarios. Como consecuencia de este edicto desaparecieron varias categorías de no ciudadanos, ya que la mayoría de habitantes libres del imperio se convirtieron inmediatamente en ciudadanos romanos.

Debido a la promulgación del Edicto de Caracalla, el contenido del concepto de *peregrinus* sufrió una importante modificación. Se entendía como *peregrinus* a quien se encontraba en uno de estos supuestos: era un habitante libre del territorio romano que se encontraba excluido de la concesión de ciudadanía hecha por la *Constitutio Antoniniana*, quien había perdido la ciudadanía romana en aplicación de una sanción, o se trataba de un extranjero que se encontraba fuera del territorio romano. Por ello, el *peregrinus* fue entendido entonces como el ser humano fuera del *ius romanum* y que también era extraño a lo que era propio de los romanos. En las fuentes del siglo IV d.C., el uso de la palabra *peregrinus*

se mantuvo en los textos jurídicos romanos. Sin embargo, el concepto va perdiendo la precisión técnica que tuvo anteriormente.

En cuanto a la reformulación del *status civitatis*, el *Epítome* de Gayo va a identificar tres grupos de seres humanos libres en función de la ciudadanía: *cives romani*, *latini* y *dediticii* (*Ep. Gai.* 1.1). Aquí se dio un paso más hacia la eliminación del concepto republicano de *peregrinus* ya que, con el empleo de la expresión «*homo peregrinae conditionis*» (el hombre con condición de extranjero) con referencia al condenado al exilio (*Ep. Gai.* 1.6.1), se subrayó que el *peregrinus* era un hombre excluido de la ciudadanía romana por una sanción. Posteriormente, el *Codex Theodosianus* estableció que *peregrinus* era aquel que estaba fuera de las leyes romanas, así como quien era privado de ciudadanía romana por una sanción. Es decir, *peregrinus* es quien está excluido de la *civitas* y, en consecuencia, no se le aplica el *ius civile*. En esa línea, una constitución imperial de Constantino estableció que el senador que contrae nupcias ilícitas era castigado con la conversión a *peregrinus* (*C. Th.* 4.6.3.pr.). La exclusión de la ciudadanía romana como sanción resultó también de la aplicación de otras disposiciones recogidas en el *Codex Theodosianus* (*C. Th.* 4.6.3: «*peregrinos a Romanis legibus fieri*»; *C. Th.* 16.5.36: «*poenam adimendae testamenti factionis peregrinorumque mutandae conditionis remittimus*»).

En la codificación del emperador Justiniano I se concedió de modo general la ciudadanía romana a todos los habitantes libres que estaban en el territorio romano, con referencia expresa a la *Constitutio Antoniniana* al afirmar que: «Los que están en el orbe romano, se hicieron ciudadanos Romanos por una Constitución del emperador Antonino [*In orbe romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*]» (D.1.5.17). En el *Digesto* no se contemplan las excepciones de la *Constitutio Antoniniana*, además, se suprimieron las categorías de latinos *iuniani* y *aeliani*, así como la de *dediticios* (I.1.5.3). En consecuencia, la mayoría de los habitantes del territorio romano eran ciudadanos después del año 212 d.C. y, por ello, la codificación justiniana no incluye expresamente la clasificación de ciudadanos y no ciudadanos dentro de la división de las

personas (I.1.3.pr.; I.1.8.pr.; D.1.5.3; D.1.6.1.pr.). En cuanto al *peregrinus*, se enfatiza el carácter de extranjero o extraño *al ius romanus* a través de la expresión «*alienos a romanis legibus fieri*» (C.5.27.1.pr.), o de viajero que va de un lugar a otro por el territorio romano, como se señala en las *Novelas* (N.6.2.8; N.8.10.1.9), por citar algunos ejemplos.

De la revisión de las fuentes romanas justinianeas, se puede concluir que la supresión de la expresión *peregrinus* en algunos textos no excluyó su empleo en varios supuestos: cuando se trataba de no ciudadanos residentes en el territorio romano, sea por ser nacional de un pueblo no sometido a la autoridad de Roma; o debido a que una sanción le haya privado de la ciudadanía romana; o cuando los extranjeros habitaban fuera del territorio romano, ya que pertenecían a pueblos no sometidos a Roma.

### 2.3. *Status familiae*

Es el estado que era determinado con relación a la familia. Los ciudadanos y libres podían clasificarse en este estado y, de forma excepcional, también el esclavo (D.1.6.2).

En función a su ubicación en la familia, los seres humanos estaban clasificados en *sui iuris* y *alieni iuris*. Esta clasificación respondía a su dependencia o no de alguien que ejerciera el poder en la familia, es decir, de su subordinación o no al *paterfamilias*.

Sin importar el sexo o edad, los *sui iuris* eran quienes no estaban sometidos a la autoridad de alguien y los *alieni iuris* eran quienes dependían del poder de alguien (D.1.6.4). En la medida que en el próximo punto se desarrollará lo referente a la familia romana y la relación entre sus miembros, allí se brindará una mayor explicación de quiénes estaban clasificados en el *status familiae* y cuál era su tratamiento.

## 3. LOS CAMBIOS EN LOS ESTADOS: *CAPITIS DEMINUTIO*

Cada ser humano estaba clasificado en alguno de los estados antes mencionados. Estos estados no permanecían inmutables en el tiempo,

ya que podían cambiar por diversos motivos. La *capitis deminutio* (disminución de cabeza) es cualquier cambio jurídico que se produce en el estado de las personas. En consecuencia, estas modificaciones tienen impacto en los poderes, derechos y obligaciones de las personas.

En atención a las variaciones de los estados, se llegaron a identificar tres tipos de cambios que tenían consecuencias jurídicas.

### 3.1. *Capitis deminutio maxima*

La disminución de cabeza máxima o grande era el cambio en el estado de libertad de un ser humano. Era la mayor modificación posible, ya que afectaba la situación del individuo frente a la ciudadanía y la familia (I.1.16.1).

La *capitis deminutio maxima* se producía cuando un individuo se convertía en esclavo, por ejemplo, como consecuencia de la aplicación de una sanción. Con esta disminución de cabeza se producían cambios importantes en los estados de libertad, ciudadanía y familia.

### 3.2. *Capitis deminutio media*

La disminución de cabeza media o menor era el cambio que provocaba con la modificación del estado de ciudadanía, pero sin cambiar el estado de libertad. En consecuencia, tenía un impacto también en el estado de familia (I.1.16.2).

La *capitis deminutio media* se producía cuando un ciudadano romano recibía sanciones como, por ejemplo, la deportación y la prohibición del agua y el fuego.

### 3.3. *Capitis deminutio minima*

Cuando el cambio que se producía en el estado de familia (I.1.16.3) no modificaba los estados de libertad y ciudadanía, estábamos frente a la *capitis deminutio minima*.

La *capitis deminutio minima* se realizaba cuando un descendiente bajo la patria potestad del *paterfamilias* era emancipado y, en consecuencia, salía de la familia; también se producía el cambio en el estado de familia cuando se daba la adopción de un *sui iuris* y el adoptado pasaba a depender del *paterfamilias* adoptante.

Finalmente, se puede afirmar que el concepto de persona del derecho romano tiene una estrecha e indisoluble relación con el ser humano. En esa época, no hubo entidades abstractas como las personas jurídicas que existen en la actualidad. Si bien la situación de los seres humanos frente a la libertad, ciudadanía y familia era lo que permitía identificar sus estados como persona y conocer cuáles eran sus derechos y obligaciones, esto no menoscababa ni eliminaba su naturaleza humana. El esclavo era un ser humano y también una cosa corpórea; como persona podía contraer obligaciones, por ejemplo. Además, los estados de una persona no eran inmutables. Por el contrario, hay varios supuestos previstos en el derecho romano en los que el cambio de los estados se producía y era conocido como *capitis deminutio*.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué relación existía entre *homo* y persona en el derecho romano?
2. ¿Existieron personas sin *status*?
3. ¿Cuál fue el tratamiento del *servus*?

## CAPÍTULO 5

### LA FAMILIA

Desde la fundación de la ciudad, la familia tuvo un rol muy importante porque fue la base social, religiosa y política de Roma. A continuación, se presentará qué es la familia, quiénes eran sus miembros y qué relaciones jurídicas existían en ella; también se verán los cambios que afectaban a la familia y cuál era el tratamiento de las mujeres.

#### 1. EL CONCEPTO DE FAMILIA

La familia fue la unidad fundamental de la ciudad de Roma. Antes que la ciudad fuera fundada, ya existían comunidades latinas, sabinas y etruscas en el valle del río Tíber que conformaron grupos denominados familias. Con el nacimiento de Roma, los ciudadanos también se organizaron de diversas maneras para cumplir fines político-militares, como las curias. La importancia y la relevancia sociopolítica y jurídica de la familia no resultó disminuida con el pasar del tiempo.

El concepto de familia en Roma difiere del que tenemos en la actualidad. Antiguamente se refería al conjunto de romanos libres que se encontraban unidos por lazos religiosos y de poder; sus miembros contaban con antepasados que se remontaban al origen del grupo y formaban una cadena de individuos de naturaleza religiosa que les daba unidad. Cada familia podía tener un número muy grande de integrantes y estaba dirigida

por un *paterfamilias* de quien dependían sus todos; este sometimiento se expresaba jurídicamente a través del ejercicio de poderes (*patria potestas, manus*). Por ello se dice que había una idea religiosa y patriarcal de la familia antes que jurídica en los orígenes de esta institución, ella fue muy importante para el *ius civile*.

Aquello que unía a los miembros de una familia romana era la religión doméstica. Los romanos rendían culto a sus antepasados como dioses domésticos, cuyas máscaras mortuorias eran colocadas en un lugar de honor en la *domus* (casa). Por la relevancia de este culto, la familia romana agrupaba a los hombres y mujeres que tenían un vínculo religioso: el lazo de sangre no era determinante para identificar quién pertenecía una familia, ya que era más relevante compartir la misma religión doméstica. La configuración de la familia dependía de los lazos establecidos por la religión doméstica, la que era transmitida del ascendiente varón a sus descendientes hombres y mujeres nacidos de justas nupcias y se proyectaba a través de la línea masculina. Un ser humano solamente podía tener una familia en determinado momento; si bien podía cambiar de familia por determinada circunstancia, no podía pertenecer a dos familias a la vez.

Se puede afirmar que desde los inicios de la ciudad de Roma hubo una similitud entre el poder ejercido sobre las personas (*patria potestas, manus* y *dominica potestas*, respectivamente) y las cosas (*dominium*). Inicialmente, este poder en la familia era amplio, equiparable a la *manus* (poder) que ejercía el *rex* (De Martino, 1973; Grosso, 1965); después se diferenció y limitó.

Los miembros de una familia tenían una *domus* o vivienda familiar. La *domus* tenía una función social y religiosa muy importante vinculada al culto de los antepasados. Era algo más que el lugar de residencia del grupo, ya que era la sede de los dioses domésticos. La *domus* era dirigida por un *paterfamilias*, a quien se le llamaba también *dominus*. Según urnas funerarias encontradas en necrópolis romanas, la *domus* antigua tenía forma de cabaña redonda con una habitación. Sus paredes y límites estaban custodiados por los dioses domésticos. Luego, la edificación se modificó y

solía tener una planta rectangular con patio interno y peristilo. Un ejemplo de *domus* en el siglo I d.C. es la Casa de los Vettii que se encuentra muy bien conservada en Pompeya.

La pertenencia a una familia podía cambiar a lo largo del tiempo. En general, pertenecían a la familia los descendientes habidos de justas nupcias y las mujeres casadas por justas nupcias *cum manus* con algún miembro varón de la familia. Además, un extraño podía ingresar a otra familia por la adopción de acuerdo a normas religiosas y jurídicas (*ius civile*).

Ya que la familia fue una agrupación que puso énfasis en el vínculo religioso y el poder, esta incluyó latamente a los esclavos, a los que se llegó a denominar también *familia*. Así, se llamó *privatae familiae* a un grupo de esclavos de propiedad de un particular (D.1.15.1). El motivo por el cual los esclavos eran considerados como parte de la familia era porque estos estaban bajo el poder del *paterfamilias*.

El concepto de familia fue evolucionando y sufrió algunos cambios cuando se dejó de lado el fundamento religioso doméstico que unía a sus miembros; su extensión también disminuyó. Se buscó enfatizar la vinculación jurídica de sus integrantes y justificar su dependencia del poder del *paterfamilias*.

## 2. LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA

En la familia romana, el *paterfamilias* dirigía al grupo que se encontraba bajo su poder. En función al *status familiae*, los hombres y mujeres se clasificaban en *sui iuris* y *alieni iuris*, lo cual resulta expresamente referido en el *Digesto*: «Síguese otra división en el derecho respecto a las personas, porque unas personas son dueñas de sí mismas (*sui iuris*), y otras están sujetas a ajena potestad (*alieni iuris*) [...]» (D.1.6.1.pr.). A continuación, presentaré esta clasificación de los miembros de la familia.

## 2.1. *Sui iuris*

El *sui iuris* era la persona dueña de sí misma o «de su propia potestad», es decir, quien no dependía jurídicamente ni estaba bajo la potestad de otro individuo (D.1.6.1.pr.). Un intento de traducción de la expresión *sui iuris* nos llevaría a afirmar que se trataba de un ser humano «de su propio derecho», que va en la línea de lo antes mencionado.

Antiguamente, solo el *paterfamilias* —hombre libre ciudadano romano mayor de edad— era *sui iuris*, ya que no tenía a alguien que ejerza poder sobre él: solo él podía actuar jurídicamente. Además, había un *paterfamilias* en cada familia, es decir, un *sui iuris*. Todos los *alieni iuris* le obedecían y dependían del *paterfamilias*; este era la cabeza de su familia y no había individuos que ejercieran poderes intermedios.

En la familia, el *paterfamilias* ejerció distintos poderes: *patria potestas* (patria potestad), sobre descendientes (*liberi*) habidos de justas nupcias o adoptados; *manus* (potestad marital), sobre las mujeres casadas (*uxores*) con varones de la familia; y *dominica potestas* (potestad dominical), sobre los esclavos.

En la etapa imperial se dieron modificaciones en la familia por motivos religiosos, sociales y políticos, las que tuvieron un impacto en las relaciones de sus miembros. En el *Digesto* del emperador Justiniano I, se señaló quiénes eran *sui iuris*: los romanos (*paterfamilias*) y las romanas (*materfamilias*), sean púberes o impúberes (D.1.6.4). A partir de este fragmento, resulta claro que hay un cambio importante: si bien la dirección de toda la familia seguía perteneciendo al *paterfamilias*, había otros *sui iuris*, aunque no dirigieran una familia o que no tuvieran descendencia. En esa línea, la fuente romana justiniana mencionó que era *sui iuris* aquella mujer que no estaba sometida jurídicamente a un *paterfamilias*, a quien llamó *materfamilias*, sea púber o impúber; es decir, independientemente de su capacidad reproductiva o de haber tenido hijos. Además, eran considerados *sui iuris* los hombres y mujeres impúberes que, debido a su desarrollo físico, no podían tener descendencia. Lo establecido en D.1.6.4

es novedoso, ya que durante muchos siglos solamente el *paterfamilias* era considerado *sui iuris*. Este cambio es muy importante porque fueron *sui iuris* quienes no dependían jurídicamente de otra persona.

## 2.2. *Alieni iuris*

Los seres humanos que estaban sujetos a la potestad de otro se denominan *alieni iuris*, expresión que puede traducirse como «de derecho ajeno». Dependían de otra persona que es *sui iuris*; que era, por lo general, el *paterfamilias* (D.1.6.1.pr.). Entre los *alieni iuris*, tenemos a los *liberi* sometidos bajo patria potestad, las *uxores cum manus* y los esclavos (*servi*).

### 2.2.1. *Liberi*

Con el término *liberi* se alude a quienes son descendientes (D.1.6.3), tanto mujeres como hombres, habidos de justas nupcias y que están bajo la patria potestad del *paterfamilias*. Estos descendientes pueden ser hijos, hijas, nietos, nietas, bisnietos, bisnietas y así sucesivamente (D.50.16.80; D.50.16.104). También se consideran descendientes quienes han sido adoptados y se encuentran bajo la patria potestad del *paterfamilias*.

Mientras *liberi* se emplea genéricamente para los descendientes, *filius* es el término que se refiere al hijo y *filia* a la hija. Para enfatizar que se trata del varón que nació del marido (*vir*) y su mujer (*uxor*) unidos por justas nupcias (D.1.6.6), se usa *filiusfamilias*; en caso de ser mujer, *filiafamilias* (D.1.6.4).

Si bien los descendientes sometidos a la patria potestad del *paterfamilias* son *alieni iuris*, el derecho romano les permitió progresivamente actuar por sí mismos y adquirir para sí. En el *Corpus Iuris Civilis*, los *alieni iuris* podían adquirir la propiedad de la *res* (I.2.9.1), adquirir obligaciones (I.3.28.pr.) y ser responsables de sus actos.

### 2.2.2. *Uxor*

La ciudadana romana que contraía justas nupcias se llamaba *uxor*. Cuando su unión matrimonial era *cum manus* (potestad marital), la mujer dejaba su familia de origen (paterna) y se incorporaba a la familia de su marido en condición de subordinación y quedaba bajo la potestad (*manus*) del *paterfamilias* de su nueva familia. En una familia podían existir varias *uxores* que se encontraban bajo la potestad de un *paterfamilias* en la medida que los *alieni iuris* varones hayan contraído matrimonio *cum manus*.

### 2.2.3. *Esclavos*

Como hemos visto al tratar el *status libertatis*, los esclavos eran los seres humanos privados de libertad por una determinada causal y se encontraban sometidos al poder de su amo (*dominus*) en virtud de la *dominica potestas*.

Aunque los esclavos eran *alieni iuris*, podían adquirir para su señor (I.1.8.1), contraer obligaciones (I.3.28.pr.), realizar actos jurídicos que los beneficiaran —como las estipulaciones (I.3.17.2)— y eran responsables de sus actos. Por ejemplo, recibían una sanción penal cuando falsificaban documentos y sellos según la Ley Cornelia sobre los Falsarios o Testamentaria (I.4.18.7).

## 3. LA CONFIGURACIÓN DE LA FAMILIA

Como se ha señalado anteriormente, la familia no surgió como una unidad social basada en lazos de sangre o de afecto. Esta se configuró a partir de relaciones religiosas y de poder que vinculaban a sus miembros *alieni iuris* y los subordinaba a aquel *sui iuris* que los encabezaba y dirigía: el *paterfamilias*. A continuación, presentaré cómo se configuraba la familia romana.

### 3.1. *Iustae nuptiae* (justas nupcias)

En Roma, las justas nupcias eran muy importantes porque constituían en el vínculo fundacional de la familia: a partir de la pareja casada, nacerían los hijos e hijas, sus descendientes matrimoniales; al casarse sus hijos, tendrían descendientes que también serían parte de su familia. En consecuencia, el *paterfamilias* y sus descendientes matrimoniales se unirían por vínculos fundados en la religión doméstica y el poder.

#### 3.1.1. *Concepto*

Si bien los romanos identificaron varios tipos de uniones heterosexuales, solo dieron protección y regulación jurídica a las justas nupcias.

Etimológicamente, nupcias proviene de *nubere* (cubrirse con un velo), debido a que la novia se cubría con un velo para asistir a la ceremonia matrimonial. Las justas nupcias consistían en la unión matrimonial mujer y hombre púberes, libres y ciudadanos romanos, que se encontraba regulada por el derecho civil (*ius civile*). Sobre las justas nupcias, encontramos varias referencias en las fuentes jurídicas romanas (I.1.9.1) ya que establecían un vínculo religioso y jurídico entre los cónyuges.

El matrimonio no subrayaba aspectos afectivos entre los contrayentes, era más bien un vínculo que resultaba del pragmatismo del *paterfamilias*, ya que muchas veces las justas nupcias se utilizaron para establecer alianzas político-económicas entre familias patricias; luego, entre las patricio-plebeyas, así como respecto a quienes estaban en las altas esferas del poder.

Por lo general, quienes contraían matrimonio se habían comprometido previamente a través de esponsales. Si bien los esponsales no obligaban a los prometidos o novios, el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio tenía consecuencias jurídicas.

Una vez contraídas las justas nupcias, se denominaba *vir* al marido y *uxor* a la mujer casada. Esta última era *mater* cuando procreaba un hijo.

Debe tenerse en cuenta que la unión matrimonial de hombre y mujer se mantenía por la existencia de la  *affectio maritalis* entre ellos. La  *affectio*

*maritalis* no era un sentimiento, era la expresión de la aceptación de la unión de los cónyuges, que los llevaba a respetarse mutuamente como pareja. Su importancia residía en que debía darse continuamente durante la unión matrimonial. Por ello, cuando una mujer y un hombre que eran púberes, libres y ciudadanos vivían conjuntamente sin tener  *affectio maritalis*, era un concubinato, que no tenía los mismos efectos jurídicos de las justas nupcias.

### 3.1.2. Requisitos

A lo largo de la historia del derecho romano, los requisitos para contraer nupcias fueron similares: «Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberes con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan. [...]» (I.1.10.pr.).

En atención a lo señalado en la cita anterior, tenemos los siguientes requisitos:

- Las justas nupcias fueron un vínculo de derecho civil (*ius civile*), por ello, solamente podían contraer matrimonio quienes eran ciudadanos romanos.
- Era una unión heterosexual.
- Tanto la mujer como el hombre debían ser púberes; es decir, ser individuos aptos para procrear. En las *Instituciones* de Justiniano se estableció una edad en la que se asumía que el individuo había llegado a la pubertad y se eliminó la revisión del cuerpo por ser una práctica contra el pudor y la modestia de los contrayentes. Así, se determinó que la mujer era púber desde los doce años y el hombre desde los catorce (I.1.22.pr.). No obstante, no había una edad límite para que un púber pueda contraer justas nupcias.

- El consentimiento para contraer matrimonio era indispensable. Cuando contraía justas nupcias un *sui iuris*, expresaba su consentimiento directamente; en caso fuese *un alieni iuris*, requería el consentimiento del *paterfamilias* del cual dependía.

### 3.1.3. *Formalidad*

En los primeros siglos de Roma, la ceremonia matrimonial se llevaba a cabo en la *domus* del futuro marido, siguiendo los ritos de la religión doméstica. No había una formalidad establecida por ley para celebrar el matrimonio según el derecho civil (*ius civile*) debido a que cada familia basaba el ritual nupcial en su religión doméstica. No hay un registro oficial de los rituales usados dentro de cada *domus*. Las referencias que existen aluden a los actos públicos, como el cortejo de la novia hasta la casa del futuro marido.

Esta situación se mantuvo a través del tiempo ya que, incluso cuando el cristianismo fue la religión oficial de Roma, en las fuentes jurídicas no se estableció una formalidad para contraer justas nupcias. De esta manera, la formalidad es un tema en el que difiere el derecho romano del derecho civil actual. Hoy encontramos formalidades *ad solemnitatem* (solemnes) para contraer matrimonio en los códigos civiles contemporáneos, pero en Roma no hubo una forma establecida para casarse.

### 3.1.4. *Algunos hitos en la legislación matrimonial romana*

Como revisar todos los cambios en la legislación romana sobre las justas nupcias excedería el objetivo de este libro, voy a mencionar solo dos hitos que considero es necesario conocer.

El primero es la *Lex de Connubio Patrum et Plebis*, también conocida como *Lex Canuleia* (445 a.C.). Esta ley fue propuesta por el tribuno Cayo Canuleyo y con ella se eliminó la prohibición de matrimonio entre los patricios y los plebeyos, ya que ambos eran considerados ciudadanos

romanos. Antiguamente, esta prohibición tuvo un motivo político y no un fundamento jurídico.

El segundo hito es la legislación matrimonial de César Augusto, que se dio luego del fin de las guerras civiles en Roma. El *princeps* observó que se había producido un descenso de la población romana. Además, los ciudadanos no querían casarse y tener hijos. Frente a esta situación, César Augusto promulgó la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 a.C.) para fomentar que los ciudadanos romanos contraigan justas nupcias. Por estas leyes, se obligaba a los hombres de rango senatorial o ecuestre (caballeros) entre 25 y 60 años a casarse con mujeres cuyas edades estén entre 20 y 50 años. Si no contraían nupcias, se les sancionaba, ya que debían pagar multas. Asimismo, se establecieron algunos límites jurídicos, como no poder recibir legados de personas ajenas a su familia. Sin embargo, la legislación matrimonial de César Augusto no tuvo el efecto esperado porque no aumentó el número de nupcias entre ciudadanos ni hubo un incremento considerable de hijos e hijas matrimoniales durante la vigencia de estas leyes.

### 3.1.5. *La regulación sobre las justas nupcias*

Como hemos visto, las justas nupcias permitían que un hombre y una mujer se unan en matrimonio y formen parte de la misma familia. Esta unión tenía aspectos religiosos y jurídicos: «Las nupcias o matrimonios consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible» (I.1.9.1).

Como se ha señalado, el matrimonio de los ciudadanos romanos estaba regulado por el *ius civile* (I.1.9.1) y establecía un vínculo jurídico entre ellos. Si bien los cónyuges estaban unidos por las justas nupcias, no se ubicaban en un plano de igualdad. Desde los primeros siglos de Roma, se entendía que toda mujer *uxor* estaba sometida a su marido, si él era el *paterfamilias*, o al *paterfamilias* de este cuando el cónyuge era *alieni iuris*. El matrimonio se entendía que era *cum manus*, donde la potestad marital se ejercía por el jefe de la familia del marido. En consecuencia, cuando la

mujer contraía matrimonio dejaba de pertenecer a su familia de origen para incorporarse a la familia y religión doméstica de su marido. De esta forma, se rompían los vínculos religiosos y jurídicos anteriores con el fin de que la mujer casada se integre totalmente a su nueva familia y se subordine a su *paterfamilias*.

Pasaron algunos siglos para que se admitiera que la mujer se casara sin pasar a la familia de su marido, es decir, que la unión matrimonial sea *sine manus* (sin potestad marital). Al no depender del *paterfamilias* de su marido, ella podía seguir bajo la patria potestad de su *paterfamilias* y mantener los vínculos con su familia de origen. Así, la muerte de su *paterfamilias* podía tener como consecuencia que la *uxor* se convirtiera en *sui iuris*, aunque estuviese casada. No obstante, este supuesto no era el deseable, ya que se aspiraba a tener a la mujer dentro de la familia del marido en calidad de *alieni iuris*.

En cuanto a formar una sociedad indivisible, hay que precisar que la pareja romana unida por justas nupcias no celebraba un contrato de sociedad. Además, hubo una evolución en el aspecto patrimonial en las justas nupcias: inicialmente, la mujer que se casaba no tenía propiedad sobre las cosas. Con el tiempo, esta situación cambió: se instauró la dote para intentar compensar a la mujer por su desvinculación de su familia de origen y la pérdida de los derechos hereditarios. Si bien la dote contribuyó a hacer frente a los gastos de la familia a la que la *uxor* ingresaba, se entendió que el marido debía restituir a la mujer de los bienes dados en dote en caso de divorcio.

Para los romanos, el deber de fidelidad de la mujer casada era muy importante. Se temía que una relación extramarital la llevara a concebir un hijo que no fuera de su marido y, por consiguiente, que no pertenezca a la familia. El incumplimiento del deber de fidelidad de la mujer casada era tan grave que fue sancionado severamente a través de un juicio público: el crimen de adulterio (I.4.18.4).

Si bien los cónyuges vivían en una sociedad indivisible, esta podía terminar. Aunque la aspiración era que los cónyuges se mantengan casados

y sean miembros de la familia, el derecho romano permitía la ruptura del vínculo matrimonial por causas distintas a la muerte. Así, las disminuciones de cabeza máxima y media llevaban a la terminación de las justas nupcias ya que el matrimonio no podía mantenerse cuando uno de los cónyuges era esclavo o perdía la ciudadanía romana. Además, se permitió el divorcio cuando se daban algunos supuestos que usualmente aludían a alguna conducta reprobable de uno de los cónyuges. La *Ley de las XII Tablas* admitió el repudio de la *uxor* (*Tab.* IV.3). La posibilidad de ruptura del vínculo matrimonial por causal o por mutuo acuerdo se mantuvo a lo largo de la historia de Roma, incluso cuando el cristianismo se convirtió en la religión oficial del imperio. Esto se aprecia en las disposiciones del *Digesto* sobre el divorcio y el repudio (D.24.2.2.pr.; D.50.16.191).

Luego de presentar las justas nupcias, veremos uno de los poderes más importantes del *paterfamilias*: la patria potestad sobre los descendientes matrimoniales o adoptados.

### 3.2. *Patria potestas* (patria potestad)

La patria potestad era un poder que tenía el *paterfamilias* sobre sus descendientes nacidos de justas nupcias o que llegaron a ser tales por adopción.

#### 3.2.1. *Concepto*

Es el poder que tiene el *paterfamilias* sobre sus descendientes por línea masculina, habidos de justas nupcias y por adopción (*Gai.* 1.55; D.1.6.3; D.1.6.5). Era un poder fundado antiguamente en la religión doméstica y solamente podía ejercerlo un hombre, la mujer no lo ejerció en ningún supuesto (I.1.11.10).

Desde la fundación de la ciudad de Roma, la patria potestad se entendió como un poder muy amplio que permitía al *paterfamilias* disponer incluso de la vida de sus descendientes sometidos a la patria potestad. Esto se fundamenta en que el *paterfamilias* era la autoridad

máxima de la familia, el amo y señor de todos los individuos y cosas sometidas a su poder; era el sacerdote doméstico y el juez en las disputas dentro del grupo familiar.

La patria potestad establecía un vínculo de poder importante y muy fuerte que no podía ser afectado o eliminado por cualquier motivo. Sin embargo, este poder se fue limitando con el correr del tiempo debido a varios cambios sociales y al cristianismo.

### 3.2.2. *Alieni iuris bajo patria potestad*

La patria potestad era un poder ejercido por el *paterfamilias* sobre los *liberi*, es decir, sobre los descendientes mujeres y hombres nacidos de justas nupcias (D.1.6.3). También se consideraban como descendientes a quienes fueron adoptados y que pasaron a estar bajo su potestad (D.1.7.1.pr.). Si se trataba de hijos nacidos fuera de las justas nupcias, se les llamaba *vulgo quaesiti* y no estaban sometidos a la patria potestad del *paterfamilias*.

Los hijos e hijas eran *liberi* en la medida que hayan nacido de una pareja casada por justas nupcias, eran descendientes matrimoniales del *vir* y de su *uxor*. Según el *Digesto* y las *Instituciones*, también lo eran los descendientes matrimoniales de hijos, nietos y así sucesivamente (D.1.6.6; I.1.9.3), transmitiéndose el vínculo por vía masculina.

Para determinar quiénes eran hijos matrimoniales, el derecho romano estableció la presunción de paternidad del marido: se imputaba el hijo nacido de la cónyuge a su marido (D. 2, 4. 5.1: «*Pater is est quem nuptiae demonstrant*»). Sin embargo, era una presunción *iuris tantum*, porque podía ser cuestionada a través de hechos. Al respecto, veamos en el *Digesto* algunos supuestos relacionados a la aplicación de la presunción de paternidad del marido que ilustran claramente lo anterior:

- Cuando el marido cohabitó asiduamente con su cónyuge, no podrá cuestionar ni negar que el hijo de su mujer sea suyo, según el jurista Juliano. La respuesta de este jurista sería distinta si el marido estuvo

diez años ausente y, al regresar a casa, encontró a un niño de un año: en este caso, no será considerado su hijo (D.1.6.6).

- Si el marido no cohabitó con su cónyuge durante el tiempo de procreación, sea por enfermedad o por otro motivo, no podrá imputarse a la criatura como su hijo, según el jurista Scévola (D.1.6.6).

Un tema abordado en el derecho romano fue la situación jurídica del concebido. La doctrina romanista discute cómo era tratado el que estaba por nacer. Al respecto, presentaré las posiciones doctrinarias que considero relevantes: la primera plantea que había una igualdad entre el concebido y el nacido (Catalano, 1986) y, en consecuencia, consagró la regla de la «paridad ontológica», por la cual ambos eran seres humanos. La segunda es la «teoría de la ficción», en la que el concebido era considerado nacido solamente cuando así lo establecían las normas jurídicas (Savigny, 1878) y con la condición de que nazca vivo.

Cabe precisar que en las fuentes jurídicas romanas no se encuentra la palabra *nasciturus* para referirse al concebido. Las expresiones utilizadas son más físicas como *qui in utero sunt* (quienes están en el útero, D.1.5.26), *qui in ventre est* (quien está en el vientre, D.1.5.5.2) o *partus* (parto, D.1.5.18). En el caso de *qui in utero sunt*, fue usada frecuentemente en el derecho romano desde el siglo I a.C. por Marco Terencio Varrón hasta la codificación justiniana en el siglo VI d.C.

En el derecho romano, resulta evidente que el concebido no estaba físicamente separado del cuerpo de la madre durante la gestación. Por ello, en el *Digesto* en el título 4 sobre «De la inspección del vientre y de la custodia del parto [*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*]» del libro 25, se señala lo siguiente:

Aparece evidéntísimamente de este rescripto que los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación, si la mujer disimulase que estaba embarazada, o aún si lo negase; y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus

entrañas (*pars viscerum*); pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto o que se le exhiba el hijo, o que se le permita llevárselo [...] (D.25.4.1.1).

Si bien este fragmento afirma que el concebido era parte de las entrañas de la mujer con la expresión *pars viscerum* (parte de sus entrañas), aludía a una situación precisa: este texto buscaba tutelar el pudor de la mujer frente al hombre que se divorció de ella y pretendía la exhibición de la criatura antes que ella diera a luz. Por ello, en la referencia al *Digesto* previamente citada, no se expresa la regla general sobre el tratamiento al que está por nacer.

Para determinar cuál era el tratamiento jurídico del concebido, debemos analizar el título 5 del libro primero del *Digesto* en el que se trataba sobre el estado de los hombres. Encontramos la regla general en: «Los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos [*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*]» (D.1.5.26). Por considerar al concebido como nacido en el derecho civil, se encontraban varios supuestos en los que este tenía una independencia jurídica respecto a su madre:

- En los casos en que la madre sufría una *capitis deminutio maxima* (D.1.5.5.2; D.1.5.5.3; D.1.5.18), el concebido era libre.
- Si la madre sufría una *capitis deminutio media* (D.1.5.5.3; D.1.5.18), el concebido era libre y ciudadano romano.
- Cuando la madre era sancionada con la muerte (D.1.5.18), no se aplicaba la pena hasta que concluyera la gestación. La criatura que llevaba en su vientre nacía libre, con ciudadanía romana y, si fue concebida de justas nupcias, estaba bajo la patria potestad de su *paterfamilias*.

Como se puede apreciar, el concebido conservaba los estados con los que fue procreado y estos no se veían perjudicados por las disminuciones

de cabeza de su madre, sea que haya nacido de una unión de justas nupcias o fuera de esta. Además, adquiriría derechos y todo aquello que le beneficiara, sea que estos correspondieran a la esfera personal como patrimonial. Así, el hijo póstumo, que fue concebido por su padre y nació después de su muerte, estaba bajo la patria potestad del ascendiente por línea masculina que sea su *paterfamilias* y era también heredero en los supuestos establecidos (I.3.1.3).

A la regla general, establecida en D.1.5.26, se añadió una precisión que resulta razonable y favorable al concebido, la cual está prevista en el *Digesto*: «El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero [*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascantur, nequaquam prosit*]» (D.1.5.7).

A través de lo dispuesto en D.1.5.7, no se daba una limitación a los derechos y beneficios que podría tener el concebido. Por el contrario, se protegían expresamente los intereses del concebido, quien tendría solamente aquello que le favorezca (*commodum*), sin que le afecte aquello que le resultaba desfavorable o negativo, sea del ámbito personal como patrimonial.

No obstante, hay que tener en cuenta lo siguiente: si bien la mujer podía dar a luz a una criatura, para que esta sea considerada hijo o hija requería nacer con vida (D.50.16.129) luego de haber transcurrido un tiempo suficiente de gestación y tener forma humana.

En cuanto a nacer con vida, hubo una larga discusión acerca de cómo se podría probar que la criatura vivió después de su separación del cuerpo de la madre. La jurisprudencia romana tuvo varias opiniones y esta discusión enfrentó a dos escuelas de juristas: los sabinianos y los proculeyanos. Estos últimos sostenían que, para nacer vivo, el recién nacido debía gritar; mientras que los primeros estimaban que bastaba cualquier manera que se pueda demostrar que la criatura nació con vida,

como respirar (C.6.29.3). Además, se decía que el recién nacido debía ser perfecto (*partus perfectus*), lo que significaba que la gestación debía haber durado como mínimo siete meses. Esta norma tenía como fundamento la opinión del célebre médico griego Hipócrates (D.1.5.12).

Un requisito interesante de analizar es que el hijo o hija debía nacer con forma humana. En la *Ley de las XII Tablas* se estableció que se podría haber «[...] matado nada más al nacer el niño espantosamente monstruoso» (*Tab. IV.1*) sin que se generara responsabilidad por dicha muerte; entonces, pareciera que el aspecto de la criatura era determinante para que sea considerado un descendiente. No obstante, en esta reconstrucción, realizada a partir del texto de Cicerón, se señala lo siguiente: «*Deinde quom esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer*» (*Cic. De leg. 3.8.19*). Aquí se precisa que quien tenía una forma monstruosa era un niño (*puer*), subrayando con el empleo de este término que esta criatura era considerada humana pese a su deformidad.

En el *Corpus Iuris Civilis*, encontramos que el requisito de tener forma humana es abordado de la siguiente manera:

No son hijos, los que, fuera de lo acostumbrado, son procreados con forma contraria a la del género humano, como si una mujer hubiere dado a luz alguna cosa monstruosa o prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así, se contará entre los hijos [*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit*] (D.1.5.14).

Del análisis de este fragmento, se puede constatar que era relevante que el recién nacido tuviese forma humana ya que, de no tenerla, no era considerado hijo y, por consiguiente, no era un ser humano al que se le diesen los derechos y la protección correspondientes. En este supuesto, solamente era una cosa corpórea (D.50.16.135). La forma humana se refería a tener una cabeza, tronco y extremidades, no aludía a otras características. En el *Digesto*, si una criatura tenía una malformación física

que resultara extraordinaria o prodigiosa, no era un hijo porque había nacido contra la naturaleza; por ejemplo, si tenía tres pies (D.50.16.38). Pero si, por ejemplo, un recién nacido tenía seis dedos en lugar de cinco, tenía forma humana y era considerado hijo. De este modo, no se tenía en cuenta si el recién nacido tenía alguna discapacidad, bastaba que cumpliera con tener forma humana.

Además de los descendientes que nacían de las uniones matrimoniales en la familia, estaban bajo patria potestad del *paterfamilias* los que han sido adoptados. Como veremos más adelante, la adopción no conllevaba el otorgamiento de patria potestad al adoptante en todos los supuestos; por consiguiente, ingresaría plenamente a su familia aquel que era *alieni iuris* del *paterfamilias*.

### 3.2.3. *El ejercicio de la patria potestad*

Desde la fundación de la ciudad de Roma, la patria potestad se entendió como un poder muy amplio que permitía al *paterfamilias* disponer de la vida de sus descendientes. Por ello, se afirmaba que tenía derecho de vida y muerte sobre sus *alieni iuris*. Esto se fundamenta en que el *paterfamilias* era la autoridad máxima de la familia, el amo y señor de todos los individuos y cosas sometidas a su poder; era el sacerdote doméstico y el juez del grupo familiar en la *domus*. El derecho no ponía límites al ejercicio de la patria potestad, se entendía que la limitación a este poder estaba en la religión doméstica del *paterfamilias*. Por ello, se dice que antiguamente la patria potestad sobre los descendientes era similar a la que un *dominus* tenía sobre sus esclavos.

Quien ejercía la patria potestad era el *paterfamilias*, la mujer no la ejerció. La patria potestad no estaba sujeta a un control público ni se podían interponer acciones frente a su ejercicio. Esto se debe a que era entendida como un poder, no como un derecho o facultad y, menos aún, como una obligación frente a los *alieni iuris*. En consecuencia, el *paterfamilias* no estaba obligado a dar cuentas del ejercicio de su patria potestad sobre los miembros de su familia.

Sin embargo, el ejercicio de la patria potestad sufrió una evolución en Roma, ya que fue limitándose con el correr del tiempo debido a varios cambios sociales y al cristianismo. Además, los *alieni iuris* empezaron progresivamente a adquirir derechos y participar más en la esfera jurídica. Los descendientes bajo patria potestad pudieron adquirir la propiedad de las cosas y el *paterfamilias* solamente contaba con el usufructo de estas (I.2.9.1), contraían obligaciones (I.3.28.pr.) y podían ser responsables de sus actos, entre otros.

A pesar de ello, la posición del *paterfamilias* como jefe único en la familia y la afirmación de que la patria potestad era un poder al que se sometían jurídicamente los *alieni iuris* no se modificaron en el derecho romano.

### 3.2.4. *La terminación de la patria potestad*

La patria potestad establecía un vínculo importante y muy fuerte entre el *paterfamilias* y los *alieni iuris* sometidos a él. En principio, este vínculo no podía ser disuelto por un tercero ni podía ser afectado por cualquier motivo.

Sin embargo, este poder podía terminar y, en consecuencia, se disolvía la relación entre el *paterfamilias* y los *alieni iuris*. Esto sucedía en los siguientes supuestos:

- Si se producía la muerte del *paterfamilias*, los hijos e hijas dejaban de ser *alieni iuris* y se convertían en *sui iuris*. En el caso de los nietos, nietas y demás descendientes, seguían siendo *alieni iuris* bajo la patria potestad del ascendiente en línea masculina correspondiente, quien se convertía en el *paterfamilias* (I.1.12.pr.).
- Si se producía la muerte de un *alieni iuris*, la patria potestad sobre este terminaba. No obstante, el *paterfamilias* seguía ejerciéndola sobre los otros descendientes. Por ejemplo, si moría un hijo y había tenido descendientes en sus justas nupcias, los nietos y nietas se mantenían bajo la patria potestad del abuelo paterno.

- Cualquier disminución de cabeza del *paterfamilias* causaba la terminación de la patria potestad que se ejercía sobre los *alieni iuris*, sea que este se convirtiera en esclavo (I.1.12.3), sea deportado (I.1.12.1) o se vuelva *alieni iuris* (I.1.16.3) porque fue adoptado. Como se señaló en el caso de la muerte del *paterfamilias*, los hijos e hijas, se convertían en *sui iuris*, pero los demás descendientes serían *alieni iuris* bajo la patria potestad del ascendiente en línea masculina que se convertiría en el *paterfamilias*.
- Cualquier disminución de cabeza del *alieni iuris* tiene como consecuencia la terminación de la patria potestad que se ejercía sobre este, sea porque se convertía en esclavo (I.1.12.3), sea deportado (I.1.12.1) o se vuelva *sui iuris* por emancipación (D.1.7.36.pr., I.1.12.6).
- Cuando el *paterfamilias* decidía emancipar a un descendiente *alieni iuris*, se terminaba la patria potestad sobre este (I.1.12.6).
- De manera extraordinaria, se podía dar fin a la patria potestad sobre un *alieni iuris* en los siguientes casos:
  - Cuando un *alieni iuris* era investido con funciones sacerdotales. Anteriormente, en las *Instituciones* de Gayo, se afirmó que los hombres salían de la patria potestad cuando se convertían en sacerdotes de Júpiter y lo mismo sucedía cuando las mujeres eran elegidas como sacerdotisas de Vesta o vestales (*Gai.* 1.130).
  - Cuando el emperador elevaba a un *alieni iuris* a la dignidad de patricio (I.1.12.4). Con la expedición de las patentes imperiales, se terminaba la subordinación de este respecto al *paterfamilias*.

Aunque hay varios supuestos por los que la patria potestad terminaba, una discapacidad o un problema de salud no afectaban este poder y, menos aún, convertían al *alieni iuris* en *sui iuris*. En las fuentes jurídicas romanas, encontramos que el *paterfamilias* loco (*furiosus*) mantenía la patria potestad. Era calificado como loco (*furiosus*) quien externalizaba su agresividad y

actuaba de manera violenta; por ello, era peligroso. Antiguamente, se creía que el loco era atormentado por divinidades vengadoras llamadas Furias, las que lo hacían actuar violenta e irracionalmente. Aunque el loco careciera de intervalos lúcidos y no pudiera tomar decisiones racionales, en el *Digesto* se afirmó que el *paterfamilias furiosus* no perdía la patria potestad sobre sus descendientes *alieni iuris* e incluso conservaba sus justas nupcias (D.1.6.8.pr.-1). No obstante, como había algunas decisiones que el *paterfamilias furiosus* no podía tomar, el derecho romano brindaba soluciones, como en el caso del consentimiento para contraer justas nupcias del *alieni iuris* (I.1.10.pr.).

Como se ha podido apreciar, la patria potestad era un poder amplio y muy importante que ejercía el *paterfamilias* sobre sus descendientes nacidos de justas nupcias en Roma y que se extendía a aquellos nacidos de sus descendientes varones.

### 3.3. La adopción

Desde los primeros años de la ciudad de Roma, se admitió que un individuo pueda ingresar a la familia de otro a través de la adopción. Como la adopción era un acto formal que tenía un impacto directo y muy importante en la familia, fue tratado en las fuentes romanas con mucha rigurosidad.

A diferencia de lo que sucede actualmente, en el derecho romano se admitió la adopción de un individuo como hijo, nieto, bisnieto u otro descendiente (D.1.7.2.pr., I.1.11.pr.). Esta posibilidad de adoptar como descendiente y no solo como hijo, se fundamentaba en que el *paterfamilias* ejercía poder directamente sobre sus descendientes, es decir, sobre individuos que pertenecían a diferentes generaciones en su familia, los que tenían en común estar bajo su patria potestad. Además, si bien se pudieron adoptar hombres y mujeres, generalmente fueron adoptados los hombres. Lo anteriormente mencionado se sustenta en la finalidad de la adopción, la cual era incorporar nuevos miembros a una familia, tal

como sucedería naturalmente con las distintas generaciones que nacerían a lo largo del tiempo.

Los requisitos para la adopción se mantuvieron en el tiempo y resultaban razonables. En primer lugar, quien podía adoptar era un *paterfamilias*, ya que este *sui iuris* era quien dirigía a la familia en Roma. No se permitió que un *alieni iuris* adoptara. En segundo lugar, como la adopción trataba de imitar a la naturaleza, el adoptante tenía que ser mayor que el adoptado, esto es, debía existir una diferencia de edad que hiciera plausible que el adoptado pueda ser considerado su descendiente (I.1.12.4). Así, se planteó que el adoptante tuviera 18 años más que el adoptado como hijo. En consecuencia, un *sui iuris* no podía adoptar a alguien que tuviera mayor edad que él. En tercer lugar, cuando el adoptante no podía físicamente engendrar, no podía adoptar (D.1.7.2.1); en consecuencia, mientras un impotente podía adoptar, un eunuco o un castrado no podían hacerlo (I.1.12.9; D.50.16.128).

Es importante recordar que la adopción no era por un plazo. Esta estaba llamada a perdurar en el tiempo como lo señalé anteriormente cuando presenté la *lex privata* o cláusula: «Se preguntó, si se te hubiera dado en adopción un hijo, con la cláusula (*lex*) de que después, por ejemplo, de un trienio, me lo des en adopción; ¿habría alguna acción? Y Labeón reputa que no hay ninguna acción, porque no es conforme a nuestras costumbres (*mores*) tener hijo temporal» (D.1.7.34).

Según esta cita, no se podía pactar una cláusula que llevara a entender que la adopción se daba por un plazo o que era temporal. Se invocaron las costumbres antiguas como sustento de esta regla, la que sería consistente con la institución de la adopción.

Lo mencionado no impide que la adopción pueda terminar. Además de los motivos naturales —como la muerte del adoptante o del adoptado—, el hijo o descendiente adoptado podía ser, a su vez, dado en adopción posteriormente o emancipado.

Si bien la adopción era una institución, en el derecho romano tuvo dos modos: la adrogación y la adopción, las que tenían consecuencias jurídicas distintas.

### 3.3.1. *Arrogatio (adrogación)*

La adrogación era aquella adopción que realizaba un *sui iuris* sobre otro *sui iuris* (D. 1.7.1.1; I.1.11.1). Se llama adrogación porque antiguamente un *paterfamilias* (adrogante) realizaba esta *rogatio* o pedido ante las *comitia curiata* para poder adoptar a otro *paterfamilias* (adrogado). Este acto era muy importante ya que tenía como consecuencia convertir a un *sui iuris* en *alieni iuris* de un *paterfamilias* de una familia distinta a la de origen. Además, llevaba a que su familia desapareciera y sus miembros *alieni iuris* fueran incorporados dentro de la familia adoptiva. Por ello, este era un acto formal que requería ser realizado públicamente.

En la época imperial, la adrogación se hizo con la autoridad del príncipe, quien emitía un rescripto en caso la aceptara. Para ello, se interrogaba al *sui iuris* que sería adrogado para conocer si aceptaba o no que esto suceda (D.1.7.2.pr.; D.1.7.5). De este modo, se buscaba tener la certeza que esta adrogación era voluntaria y ventajosa para quien sería adrogado.

Dado que la codificación justiniana admitió que los *sui iuris* sean hombres y mujeres, púberes o impúberes (D.1.6.4), la adrogación se dirigirá a ellos, por lo que tendremos:

- Adrogación de *sui iuris* hombre púber: si el *paterfamilias* adrogado tenía una familia y, por consiguiente, ejercía la patria potestad sobre sus miembros, estos pasarían a depender del *paterfamilias* adrogante; es decir, si el *sui iuris* tenía a *alieni iuris* bajo su poder, estos pasaban a depender de quien lo adoptó (D.1.7.2.2). Si el adrogado no tenía familia, solo él pasaba a depender del *paterfamilias* adrogante.

- Adrogación de *sui iuris* mujer púber: en la medida que la mujer no ejercía la patria potestad (I.1.11.1), solo ella pasaba a estar bajo la patria potestad del *paterfamilias* adrogante.
- Adrogación de *sui iuris* hombre o mujer impúber: si no tenían miembros de su familia que dependiera de ellos, solamente el *sui iuris* adrogado estaba bajo la patria potestad del *paterfamilias* adrogante (I.1.11.1). Además, era importante saber si la adrogación de un impúber era honesta y ventajosa para este (I.1.11.3). Al respecto, se tomaban varias medidas para evitar que se pudiera generar cualquier daño al impúber adrogado o un detrimento a su patrimonio.

Toda adrogación tenía consecuencias jurídicas importantes. En el ámbito familiar, se daba la extinción de la familia del adrogado y la incorporación de los miembros de esta a la familia del *paterfamilias* adrogante (I.1.11.1). En cuanto al estado del adrogado, sufría una *capitis deminutio minima* (I.1.16.3), por lo que pasaba de ser *sui iuris* a *alieni iuris*, ya que estaba sometido a la patria potestad del *paterfamilias* adrogante.

En cuanto al patrimonio del adrogado, las cosas corpóreas y sus derechos eran adquiridos por el *paterfamilias* adrogante (I.3.10.1), esto fue así desde los primeros siglos de Roma. Sin embargo, en la época imperial se modificaron estos efectos y en la codificación de Justiniano se dieron reglas que resultaban comunes para los hijos naturalmente habidos y los adoptivos. En este caso, el adrogado mantenía sus derechos y la propiedad sobre sus bienes y el *paterfamilias* adrogante solo tenía el usufructo sobre estas *res*. Si el adrogado moría como miembro aún de la familia adoptiva, la propiedad de sus bienes pasaba al *paterfamilias* adrogante (I.3.10.2). De otro lado, el *paterfamilias* adrogante no estaba obligado a pagar las deudas del adrogado según lo dispuesto por el derecho civil (I.3.10.3).

### 3.3.2. *Adoptio (adopción)*

Esta adopción se realizaba por un *sui iuris* sobre un *alieni iuris* (D. 1.7.1.1; I.1.11.2). En la adopción no se producía la *capitis deminutio minima* del adoptado porque no había un cambio en el *status familiae* del *alieni iuris*; este seguía dependiendo de un *paterfamilias*, quien ejercía la patria potestad.

La decisión de llevar a cabo una adopción era tomada por dos *sui iuris*; cada uno era *paterfamilias* de su respectiva familia. La adopción se hacía con la autoridad del magistrado (D.1.7.1.1; I.1.11.2), quien debía interrogar al *sui iuris* del cual el adoptado dependía (D.1.7.5). Además, el magistrado interrogaba al *alieni iuris* que sería adoptado, con el fin de saber si aceptaba o no que esto suceda (D.1.7.2.pr.). En este caso, la adopción no se extendía a la familia del adoptado y el *alieni iuris* era quien recibía los efectos de la adopción (D.1.7.2.2).

Antiguamente, el *alieni iuris* adoptado pasaba a estar bajo la patria potestad del *paterfamilias* adoptante; además, desaparecía todo vínculo religioso y jurídico entre el adoptado y el *paterfamilias* de su familia de origen.

Sin embargo, los efectos de la adopción sufrieron varios cambios en el tiempo. En la época imperial, se discutió por qué esta conllevaba necesariamente a la terminación de todo vínculo jurídico entre el adoptado y su familia de origen. Con la adopción, el *paterfamilias* que daba en adopción a un descendiente *alieni iuris* sufría la pérdida de poder que ejercía sobre él; el adoptado se veía incorporado a una familia nueva y se desvinculaba jurídicamente de su familia de origen. Estos resultados no eran siempre satisfactorios. En la codificación de Justiniano, se planteó una solución que puede ser criticada, pero intentó responder los cuestionamientos anteriores. Se establecieron los siguientes supuestos:

- Si el adoptante era ascendiente paterno o materno del adoptado, adquiría la patria potestad sobre el adoptado y el *paterfamilias* de

la familia de origen dejaba de ejercer el poder sobre este *alieni iuris* (I.1.11.2).

- Si el adoptante era un extraño —es decir, no era ascendiente del adoptado—, el *alieni iuris* seguía bajo la patria potestad del *paterfamilias* de la familia de origen. De este modo, la adopción no afectaba el vínculo de poder con el *paterfamilias*, pero no integraba al *alieni iuris* adoptado a la familia del adoptante (I.1.11.2).

Excepcionalmente se permitió a la mujer *sui iuris* adoptar para consolarla por la muerte de sus hijos. Ella solamente pudo hacerlo a través de la adopción porque no podía ejercer patria potestad (I.1.11.10). Así, el *paterfamilias* de la familia de origen del adoptado seguía ejerciendo la patria potestad sobre el *alieni iuris* adoptado.

Como hemos visto, hubo dos modos de adoptar en el derecho romano. Por la adrogación, el *sui iuris* adrogado sufría una *capitis deminutio minima* y sus *alieni iuris* pasaban a depender del *paterfamilias* adrogante. Quien era adoptado, no tenía cambios en su *status familiae*.

#### 4. LOS CAMBIOS EN EL *STATUS FAMILIAE*

Como hemos visto, la conformación de la familia se dio por vínculos de poder que antiguamente tuvieron un fundamento religioso y jurídico. Sin embargo, se podían dar cambios en la familia por variaciones en el *status familiae* de sus miembros, como veremos a continuación.

##### 4.1. La emancipación

Los descendientes *alieni iuris* sometidos a la patria potestad de su *paterfamilias* podían dejar de estar subordinados por emancipación. Esta decisión de emancipar correspondía exclusivamente al *paterfamilias*, quien no estaba obligado a hacerlo. Así, se enfatiza el respeto al *paterfamilias* y la importancia de la patria potestad en Roma. En la medida que liberar

a uno o varios *alieni iuris* de su poder tenía efectos en la familia, era un acto voluntario que requería cumplir con ciertas formalidades.

Antiguamente, la emancipación se llevaba a cabo a través de una venta ficticia del *alieni iuris*, como se menciona en la *Ley de las XII Tablas*: «Si el padre de familia ha vendido tres veces al hijo, sea el hijo libre de su potestad paterna» (*Tab. IV.2*). Más adelante, se consideró adecuado que este acto lo lleve a cabo el *paterfamilias* ante la autoridad pública competente, que podría ser el juez o el magistrado (I.1.12.6).

La emancipación tenía como consecuencia que el *alieni iuris* salía de la patria potestad de su *paterfamilias*, dejaba de ser parte de su familia y se convertía en *sui iuris*, por lo que sufría una disminución de cabeza mínima (I.1.16.3). Por lo general, la terminación de la patria potestad sobre el descendiente era irrevocable y tampoco podía ser entendida como temporal. Sin embargo, se daba una salida en caso se quiera regresar al descendiente emancipado a la familia: «El que quedó libre de la patria potestad, no puede después volver decorosamente a la potestad sino por la adopción» (D.1.6.12).

En consecuencia, el *paterfamilias* podía decidir adoptar al descendiente que emancipó, con lo que se produciría una nueva disminución de cabeza mínima (I.1.16.3) al convertirse el emancipado (*sui iuris*) por adrogación nuevamente en un *alieni iuris* sometido al poder del *paterfamilias*.

#### 4.2. La adopción

Como se ha mencionado anteriormente, la adopción permitía que, a través de un acto jurídico formal, un individuo sea incorporado como miembro de una familia. Como ya he presentado la finalidad, requisitos, modos y efectos de la adopción, en esta parte voy a subrayar aquellos efectos jurídicos que se daban como consecuencia de la adopción y que producían un cambio en el *status familiae*.

En el caso de la adrogación, esta producía una disminución de cabeza mínima del adrogado, ya que dejaba de ser *sui iuris* para convertirse en *alieni iuris* (I.1.16.3) bajo la patria potestad del *paterfamilias* adrogante en

una familia distinta a la suya (I.1.11.1). Los *alieni iuris* que dependían del adrogado no sufrían una modificación en el *status familiae* porque seguían dependiendo de un *paterfamilias*; en este caso, del adrogante.

En cuanto a la adopción propiamente dicha, como el adoptado era un *alieni iuris* (D.1.7.1.1; I.1.11.2), no producía la *capitis deminutio minima* del adoptado y, por ello, no había una modificación de su *status familiae*. No obstante, se producía un cambio de familia cuando el *alieni iuris* adoptado pasaba a estar bajo la patria potestad del *paterfamilias* adoptante y se desvinculaba jurídicamente de su familia de origen. Este fue el resultado de la adopción por muchos siglos en el derecho romano. Estos efectos fueron cambiando en el tiempo y, en el *Corpus Iuris Civilis*, se establece que el *alieni iuris* adoptado enfrentaba dos escenarios: podía seguir dependiendo de su *paterfamilias* de origen o pasar a la patria potestad del *paterfamilias* adoptante. En consecuencia, si el adoptante era ascendiente del adoptado, adquiría la patria potestad del adoptado y el *paterfamilias* de la familia de origen dejaba de ejercer el poder sobre el *alieni iuris* (I.1.11.2). En el supuesto que el adoptado fuera un extraño, es decir, que no sea un ascendiente del adoptado, el *alieni iuris* seguía bajo la patria potestad del *paterfamilias* de su familia de origen (I.1.11.2). En este último caso, la adopción no afectaba la relación del adoptado con su familia de origen ni el vínculo de poder que lo sometía a su *paterfamilias*.

En el caso que la adopción haya sido hecha por una mujer *sui iuris* —en los supuestos permitidos por el derecho romano—, ella no la ejercía; por ello, el *paterfamilias* de la familia de origen mantenía la patria potestad sobre el *alieni iuris* adoptado.

En consecuencia, solamente los adrogados eran quienes sufrían un cambio en el *status familiae*, ya que se producía una *capitis deminutio minima*. Esto no sucedía en la adopción, ya que los adoptados seguían siendo *alieni iuris*. No obstante, sí se producía un cambio respecto al *paterfamilias* que ejercía la patria potestad cuando un *alieni iuris* era adoptado por un ascendiente.

### 4.3. Las justas nupcias

Por lo general, la unión matrimonial por justas nupcias no traía un cambio en el *status familiae*. En el supuesto de un hombre que contraía justas nupcias, si era *sui iuris*, permanecía como tal. Si era *alieni iuris*, no se producía un cambio en el *status familiae* porque seguía perteneciendo a su familia como subordinado del *paterfamilias*.

En el caso de una mujer, podía darse un cambio en el *status familiae* cuando ella era *sui iuris*, ya que podía decidir si permanecía como tal o si las nupcias contraídas le llevaban a someterse al *paterfamilias* de la familia de su marido. En este último supuesto, se producía una *capitis deminutio minima* y ella, una vez casada, pasaba a ser *uxor* y *alieni iuris*, dependiendo del *paterfamilias* de la familia de su marido. Cuando la mujer era *alieni iuris*, no había cambio de estado por contraer matrimonio.

## 5. LA TUTELA Y CURATELA DE LOS *SUI IURIS*

Una de las principales características de la familia romana era la existencia de vínculos de poder, de naturaleza inicialmente religiosa y luego jurídica, que sometían a los *alieni iuris* a la autoridad del *paterfamilias*, el único *sui iuris* que la encabezaba y dirigía. Por ello, en los puntos anteriores se ha presentado cómo se daban estas relaciones entre los miembros de la familia y qué cambios se podían producir. Ahora corresponde referirnos a la situación jurídica de los *sui iuris*; en especial, a aquellos que, por diversos motivos, requieren una protección.

Por muchos siglos, se entendió que el *sui iuris* era un hombre libre, ciudadano romano y mayor de edad. Por ello, no solamente gozaba de muchos derechos, también ejercía poderes y contraía obligaciones. Hay que precisar que la mayoría de edad se alcanzaba a los veinticinco años. Posteriormente, se admitió que los hombres y las mujeres podían ser *sui iuris*, sean impúberes o púberes (D.1.6.4). En consecuencia, existieron *sui iuris* mayores de edad y menores de edad.

De allí que surgen varias preguntas al tener en cuenta que los *sui iuris* no dependían jurídicamente de alguien: ¿cómo eran tratados jurídicamente los *sui iuris* impúberes o los púberes con alguna discapacidad? ¿Podían ejercer libremente sus poderes y derechos? A continuación, trataremos de dar algunas respuestas.

### 5.1. La tutela

Por lo general, un ser humano que aún no había llegado a la pubertad dependía de la patria potestad de un *paterfamilias*, si es que había nacido de justas nupcias. Sin embargo, el desarrollo del derecho romano permitió que los impúberes pudieran ser *sui iuris*. Por ejemplo, si el *paterfamilias* moría, sus hijos e hijas se volvían *sui iuris* (*Gai.* 1.144; I.1.12.pr.).

Con el fin de cuidar y proteger a los impúberes *sui iuris*, se estableció la tutela. En las *Instituciones* de Justiniano, se encuentra la siguiente definición: «La tutela es, según la definió Servio, la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por causa de su edad no puede defenderse a sí mismo [*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*]» (I.1.13.1).

Esta definición de tutela está recogida en el *Digesto* (D.26.1.1.pr.) y subraya que se trata de un poder permitido por el *ius civile*. Tiene una función tuitiva sobre aquellos *sui iuris* impúberes que, debido a su edad, no podían actuar y protegerse adecuadamente.

Los impúberes eran los hombres y mujeres que aún no habían llegado a la pubertad. En el *Corpus Iuris Civilis* se consideraba así a las mujeres que aún no habían cumplido doce años y los hombres menores de catorce años (I.1.22.pr.), sin importar cuál fuera el desarrollo de su cuerpo, es decir, si podían procrear.

En las fuentes jurídicas romanas, encontramos varios supuestos por los cuales un impúber era *sui iuris*. Voy a mencionar algunos de ellos:

- Los hijos e hijas se vuelven *sui iuris* después de la muerte del *paterfamilias* cuando este último era quien ejercía la patria potestad sobre ellos (I.1.12.pr.).
- Cuando nacía un hijo o hija póstumos, era *sui iuris* siempre que no se encontrara bajo la patria potestad de un ascendiente paterno; por ejemplo, el abuelo (I.1.12.pr.).
- En caso de la emancipación del impúber hombre o mujer, realizada por el *paterfamilias* (I.1.12.6), se volvían *sui iuris*.

Los romanos consideraban que los impúberes *sui iuris*, debido a su edad, inmadurez e inexperiencia, no podían tomar decisiones y actuar adecuadamente; además, podían ser engañados o intimidados por alguien con más experiencia. Por ello, era necesario que, para actuar, estén acompañados por un tutor, quien tenía autoridad sobre ellos; esto se fundaba en el *ius naturale* (I.1.20.6). Es importante resaltar que, como eran *sui iuris*, estos impúberes no podían estar bajo un poder del tutor que sea similar a la patria potestad. Si esto hubiese pasado, dejaban de serlo para convertirse en *alieni iuris*, con lo cual se produciría una *capitis deminutio minima*. Esto no sucedía, ya que la tutela era un poder distinto, que no alteraba el *status familiae* del pupilo impúber: este mantenía la condición de *sui iuris* mientras estaba bajo la tutela.

Al hombre o mujer impúber se le otorgaba un tutor y se entendía que también a todo su patrimonio (I.1.25.17). Por ello, el tutor debía cuidar de la salud y bienestar de su pupilo o pupila, no solo de sus asuntos patrimoniales; debía organizar su educación, velar por su salud y brindarle el acompañamiento necesario para que este se convierta en un ciudadano o ciudadana de Roma.

Los tutores podían ser nombrados de varias maneras, como lo establecía el derecho romano:

- El nombramiento podía hacerse por testamento (*Gai.* 1.154-155; luego, I.1.14.1). En la medida que este sea válido, el tutor designado

se hacía cargo del *sui iuris* impúber. Además, debía ser designada una persona capaz de desempeñar la tutela. Se excluía, por ejemplo, al loco (*furiosus*) o al menor de veinticinco años (I.1.14.2). A este tipo de tutor se le llamaba tutor testamentario.

- En caso de no haber un nombramiento por testamento, se tenía en cuenta a los parientes agnados próximos para desempeñar la tutela, a quienes se les denominaba tutores legítimos (I.1.15.pr.). La *Ley de las XII Tablas* ya mencionaba la posibilidad de nombrar tutores legítimos (*Tab. V.6*) y también en las *Instituciones* de Gayo (*Gai. 1.155-156*). Estos agnados eran establecidos en el derecho romano (I.1.15.1), teniendo en cuenta el parentesco por *agnatio* (agnación), el que era un vínculo jurídico de *ius civile*.
- En caso de no darse los dos supuestos anteriores, el tutor podía ser nombrado por el magistrado (I.1.20.pr.), con el fin de brindar al impúber el acompañamiento necesario. Esta era la tutela dativa.

Por lo general, el tutor era un hombre libre y ciudadano romano, sea *sui iuris* o *alieni iuris* (I.1.14.pr.), y tenía poder sobre el pupilo o la pupila. El tutor acompañaba al pupilo en diversos actos de su vida con el fin de buscar lo más provechoso o ventajoso para este. Por ello, la presencia del tutor era necesaria cuando el pupilo o la pupila contraían obligaciones o asumían compromisos (I.1.21.pr.), pedían la posesión de bienes (I.1.21.1), recibían una herencia por fideicomiso (I.1.21.1), entre otros. De otro lado, no se requería su participación si los pupilos realizaban un acto que les beneficiaba, como estipular que se les dará una cosa (I.1.21.pr.).

La tutela acababa en momentos distintos y tuvo consecuencias diferenciadas en caso se tratara de un hombre o mujer *sui iuris*. Según la *Ley de las XII Tablas*, la tutela terminaba cuando el hombre alcanzaba la mayoría de edad (*Tab. V.1*); posteriormente, se estableció a cuando el pupilo llegaba a la pubertad (*Gai. 1.145*). En el *Corpus Iuris Civilis*, encontramos que dejaban de estar bajo tutela las mujeres al cumplir doce años y los hombres, catorce años (I.1.22.pr.). También acababa

por la muerte del pupilo o del tutor (I.1.22.3); por las disminuciones de cabeza máxima, si el tutor o *sui iuris* impúber caían en esclavitud; media, si el tutor o el *sui iuris* impúber eran sancionados con la deportación; y mínima, si el *sui iuris* impúber era adrogado y se convertía en *alieni iuris*; entre otros supuestos (I.1.22.1).

Quiero precisar que existió la llamada tutela de las mujeres (*tutela mulierum*) durante muchos siglos en el derecho romano. Esto significaba que la mujer *sui iuris*, una vez alcanzada la pubertad y llegada a la mayoría de edad, seguía sometida a la tutela de un hombre. Entre las razones que se esgrimían para otorgar esta tutela permanente sobre las mujeres estaba la consideración de que no podían gestionar sus asuntos y administrar su patrimonio por su «ligereza» o «debilidad de su sexo» (*imbecilitas mentis* o *infirmitas consilii* en *Gai.* 1.114 y 1.190; también en D.22.6.9.pr.), por ello debían depender permanentemente del tutor para la ejercer sus derechos, realizar diversos actos y contraer obligaciones.

En la *Ley de las XII Tablas*, encontramos la primera mención a esta tutela sobre las mujeres: «Los antiguos [...] quisieron que las mujeres, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad [...] estén bajo tutela; excepto las vírgenes vestales, las cuales [...] quisieron que fueran libres [...]» [*Veteres... voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint... in tutela esse*]» (*Tab.* V.1).

Como se puede apreciar, existió una tutela permanente sobre las mujeres desde el siglo V a.C. con la finalidad de protegerlas. Pero no todas las mujeres estaban sometidas a esta tutela. Las vestales, quienes ejercían una función religiosa importante en la ciudad, estaban expresamente excluidas de lo dispuesto en la cita anterior.

En el siglo II d.C., Gayo nos presenta un cambio: los *sui iuris* salían de la tutela al llegar a la pubertad. Sin embargo, mantuvo en sus *Instituciones* la norma de la *Ley de las XII Tablas* por la cual las mujeres no dejaban de estar bajo tutela después de alcanzada la pubertad: «[...] pues los antiguos quisieron que las mujeres ya mayores de edad estén en tutela por razón de su ligereza» (*Gai.* 1.144).

Esta ligereza (*animi levitatem*) atribuida a las mujeres, fue el argumento que se utilizó desde épocas arcaicas para impedir que ellas salieran de la tutela al alcanzar la mayoría de edad. Sin embargo, se admitía una excepción, que estaba en la *Lex Iulia et Papia Poppaea* (siglo I. a.C.).

Por lo tanto, si se da en el testamento un tutor al hijo y a la hija, y ambos llegan a la pubertad, el hijo deja de tener tutor, pero la hija continúa bajo tutela: únicamente se libran las mujeres de la tutela en virtud de la Ley Julia y Papia Popea, por el privilegio que da la prole. Exceptuamos, desde luego, a las vírgenes vestales, que ya por voluntad de los antiguos están libres en honor de su sacerdocio; así está ordenado también en la Ley de las XII Tablas (*Gai.* 1.145).

Si bien Gayo reconoció que la regla general era que la mujer no lograba salir de la tutela al alcanzar la pubertad, admitió que se aplicaba la excepción de la *Lex Iulia et Papia Poppaea* (siglo I a.C.) a la mujer que tenía varios hijos: «Las mujeres ingenuas se libran de la tutela por el derecho de ser madre de tres hijos (*trium liberorum iure*); las libertas, por el de cuatro [...]» (*Gai.* 1.194). No se brindó una explicación en las fuentes jurídicas sobre por qué la mujer que fue madre de dos hijos necesitaba estar sujeta a la tutela y la que tenía tres podía dejar de estarlo. Lo que resulta claro en las fuentes es que la maternidad de varios hijos o sus funciones religiosas —como ser vestal— podían excepcionalmente liberar a una mujer *sui iuris* de la tutela que permanentemente se ejercía sobre ella.

Esta situación cambió con el correr del tiempo, ya que las mujeres tuvieron una mayor participación social y jurídica. Finalmente, la tutela de las mujeres fue eliminada expresamente del *Corpus Iuris Civilis* porque la norma recogida en las *Instituciones* de Justiniano estableció que la mujer salía de la tutela al cumplir los doce años (I.1.22.pr.). A continuación, veremos qué sucedía cuando el *sui iuris* alcanza la pubertad.

## 5.2. La curatela

La curatela buscaba proteger a aquellos *sui iuris* que, pese a ser púberes, no podían hacerse cargo de sus negocios ni de su patrimonio, como el loco (*furiosus*) o el pródigo.

La llegada de un ser humano a la pubertad en el mundo romano fue un evento importante. En épocas arcaicas, los cambios físicos producidos en el individuo eran constatados para verificar que sea púber. Para el hombre, luego de la inspección del cuerpo, existía un ritual que marcaba el paso de niño a ciudadano romano que se llevaba a cabo en la *Liberalia*, el festival en honor al dios Liber, según Ovidio (*Fasti III.771-779*). En consecuencia, el joven púber se rasuraba la barba y, a partir de ese momento, vestía la *toga virilis* (toga viril). De este modo, se encontraba apto para realizar las actividades correspondientes al ciudadano romano, así como cumplir el servicio militar. En el caso de la mujer, también se realizaba el examen del cuerpo para determinar si había llegado a la pubertad.

Si bien la pubertad se alcanzaba con el desarrollo del aparato reproductivo y se constataba con el examen del cuerpo, se dejó de lado esta práctica por ser entendida como contraria al pudor (I.1.22.pr.), tanto para las mujeres como para los hombres. En consecuencia, se estableció que las mujeres llegaban a la pubertad cuando cumplían los doce años y los hombres a los catorce años (I.1.22.pr.), es decir, la norma fijó la edad en la que el ordenamiento jurídico consideraba que un ser humano había alcanzado la pubertad, sin depender esta de su desarrollo corporal.

Como se explicó en la tutela, hubo varios supuestos por los cuales un ser humano púber se convertía en *sui iuris*:

- Con la muerte del *paterfamilias* que ejercía la patria potestad, sus hijos e hijas dejaban de depender de este (I.1.12.pr.).
- En el caso de la emancipación del púber, sea hombre o mujer, realizada por el *paterfamilias* (I.1.12.6).

Por lo general, una persona *sui iuris* púber debería estar apta para actuar en el mundo jurídico. Sin embargo, los juristas romanos consideraron que se daban supuestos en los cuales un *sui iuris* requería protección jurídica.

En la *Ley de las XII Tablas*, encontramos que la curatela se daba cuando el *sui iuris* era un *furiosus* (*Tab. V.7<sup>a</sup>*) o se trataba de un pródigo (*Tab. V.7<sup>c</sup>*), ya que en ambos casos no podían administrar su patrimonio; en consecuencia, podían perjudicar a la familia.

Posteriormente, se establecieron otros supuestos por los cuales un *sui iuris* púber estaba bajo curatela:

- Por motivo de edad: cuando el *sui iuris* púber tenía menos de veinticinco años, debía tener un curador que lo asista en sus negocios (I.1.23.pr.). Esta curatela era temporal y se fundamentaba en que *sui iuris*, por su juventud e inexperiencia, era vulnerable al engaño y otros riesgos al momento de contraer obligaciones. La presencia del curador no era permanente, ya que era exigible cuando quien estaba sometido a curatela requería administrar o disponer de su patrimonio. Así, a partir de los veinticinco años, se entendía que el *sui iuris* alcanzaba la mayoría de edad y podía ejercer directamente sus derechos y contraer obligaciones.
- Cuando era loco (*cura furiosi*): como hemos visto anteriormente, el *furiosus* era aquel que se encontraba en un estado de locura y actuaba de manera violenta; en consecuencia, no aludía a cualquier situación que le privara de discernimiento. Desde la *Ley de las XII Tablas*, se estableció que quien esté privado de discernimiento y se comporte violentamente requiere la asistencia del curador (*Tab. V.7<sup>a</sup>*). En este caso, la curatela se otorgó también a quienes tenían más de veinticinco años, ya que bastaba constatar que era un *furiosus*. El curador se encargaba tanto de cuidar de la integridad física del *furiosus* como su patrimonio, ya que este no podía hacerse cargo de sí mismo ni disponer de sus cosas. La *cura furiosi* se mantuvo a lo largo de los siglos, ya que la encontramos también

en la codificación justiniana (I.1.23.3). Es interesante recordar que el *furiosus* no sufría una afectación a sus estados o derechos por su estado de locura, seguía siendo *sui iuris*, no perdía la patria potestad (D.1.6.8.pr.), ni se afectan las justas nupcias (D.1.6.8.pr.) ni la propiedad (D.1.6.8.1).

- Cuando el *sui iuris* púber era pródigo (*cura prodigi*): el pródigo era quien irresponsablemente dilapidaba su patrimonio y, en consecuencia, afectaba las cosas de la familia. Es importante hacer esta precisión ya que no era pródigo quien invertía en un negocio que fracasó. En consecuencia, esta curatela llevaba a que el pródigo se encuentre limitado en cuanto a la administración de su patrimonio y la disposición de sus cosas; para realizar estos actos, requería la participación del curador. No obstante, el pródigo podía realizar otros actos jurídicos que no tengan naturaleza patrimonial o no afecten su patrimonio. Esta curatela se otorgó también al pródigo que tenía más de veinticinco años. La curatela del pródigo fue contemplada en la *Ley de las XII Tablas* (*Tab. V.7<sup>c</sup>*) y se mantuvo en las *Instituciones* de Justiniano (I.1.23.3).
- Por cuestiones de salud: los romanos entendieron que los insensatos, sordos, mudos y quienes tenían una enfermedad permanente que les impedía administrar su patrimonio requerían curador (I.1.23.4). Si el *sui iuris* podía valerse por sí mismo para cuidar de su persona, el curador se dedicaría a administrar su patrimonio. En caso no pueda hacerse cargo de sí mismo, la protección también apuntaba a la salud y bienestar de la persona sometida a curatela. Además, se extendía sobre quienes, estando en este supuesto, eran mayores de veinticinco años.

Quien era nombrado curador solía ser un hombre *sui iuris* púber, libre y ciudadano romano. Como la curatela tenía como finalidad la protección de un individuo y asistirlo en la administración de su patrimonio, el curador debía acompañarlo en algunos actos, en general, de naturaleza

patrimonial. Para ser nombrado curador, el derecho romano estableció lo siguiente:

- Curador legítimo: se nombraba a los parientes agnados próximos (I.1.23.3). Desde la *Ley de las XII Tablas* se dio el nombramiento de curadores legítimos para los *furiosi* y los pródigos (*Tab. V.7<sup>a</sup>-7<sup>b</sup>*). En el derecho romano, se establecía claramente quiénes eran parientes por agnación y sus grados (*Gai. 1.156; I.1.15.1*).
- En caso que no se pudiesen nombrar curador legítimo, este era nombrado por el magistrado (I.1.23.4.pr.). Para este nombramiento, el magistrado podía tomar en cuenta la disposición testamentaria en la que se designaba un curador.

Como se señaló con relación a la tutela, como eran *sui iuris*, estos púberes no podían estar bajo el poder del curador como si este ejerciera la patria potestad sobre ellos; si esto hubiese pasado, dejaban de serlo para convertirse en *alieni iuris*, con lo cual se produciría una *capitis deminutio minima*. Esto no sucedía, ya que la curatela servía para proteger y acompañar al *sui iuris*; no modificaba su *status familiae*.

La curatela acababa si el *sui iuris* moría, por las disminuciones de cabeza media (deportación) o máxima (esclavitud), o cuando no existían los supuestos que le dieron origen, como la prodigalidad, la locura, entre otros.

## 6. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO

A lo largo de la historia, se ha presentado a la mujer en situación de subordinación y con mínima actuación jurídica. Con el fin de precisar cuál era el tratamiento de la mujer en el derecho romano y presentar con mayor precisión y rigurosidad qué rol tuvo, haré algunas reflexiones.

Resulta indiscutible que la mujer en Roma no tuvo una participación como igual al hombre, como en el ámbito político; no obstante, tuvo una

destacada participación en otros ámbitos, como el religioso. Su rol no se limitó al interior de la familia o a la esfera privada. En consecuencia, con el correr del tiempo, las mujeres obtuvieron de manera gradual mayores derechos y pudieron contraer obligaciones, así como asumir responsabilidades, como veremos a continuación.

### 6.1. Los términos utilizados para referirse a la mujer

En las fuentes históricas, literarias y jurídicas, se encuentran varios términos en latín aplicados a la mujer que resulta interesante conocer.

En primer lugar, encontramos las palabras utilizadas para referirse a la mujer como ser humano de sexo femenino:

- *Femina*: el término se traduce en hembra, fémica, ser de sexo femenino o mujer (D.1.5.9).
- *Mulier*: se refiere a la mujer (D.1.5.14).

Adicionalmente, hay términos en latín que aluden a la mujer con relación a la maternidad y la familia, los que se encuentran en las fuentes romanas:

- *Mater*: hacía referencia a la madre biológica (D.1.5.15), la mujer que había gestado y dado a luz a un hijo o hija.
- *Matrona*: esta palabra tenía una connotación social, ya que se refería a quien era o había sido cónyuge de un ciudadano romano honorable, la que se comportaba correctamente de acuerdo a su dignidad.
- *Uxor*: era la cónyuge de un ciudadano romano, casada por justas nupcias (D.1.5.8).
- *Materfamilias*: si bien se refiere con esta palabra a la cónyuge del *paterfamilias* en varias fuentes romanas, en la codificación del emperador Justiniano I contó con un significado jurídico más preciso al referirse expresamente a la mujer ciudadana romana

que es *sui iuris*, sea púber o impúber (D.1.6.4). En el *Digesto*, se enfatizó que una *materfamilias* no dependía jurídicamente de otra persona, sin importar su edad.

- *Filia*: era la hija (D.1.5.11), la descendiente de sexo femenino. Si la hija era habida de justas nupcias (*filiafamilias*), estaba bajo la patria potestad de su *paterfamilias* hasta que se diera algún supuesto de salida de esta, como contraer justas nupcias *cum manus* o ser emancipada, por ejemplo.

Luego de revisar estos términos, se presentará cómo se encontraba la mujer en algunas esferas y cuál era su actuación jurídica.

## 6.2. En la esfera religiosa

Las mujeres tuvieron una participación importante en la esfera religiosa desde la fundación de la ciudad de Roma; tenían rituales directamente a su cargo. Esta afirmación se puede corroborar con lo señalado en el mito fundacional, en el que Rea Silvia, la madre de Rómulo y Remo, fue consagrada como vestal; ella pertenecía a un pueblo latino anterior al nacimiento de Roma.

Las vestales tenían funciones relevantes en el ámbito religioso público y un tratamiento jurídico especial. Como sacerdotisas de Vesta, una divinidad importante para la ciudad porque era la diosa romana del hogar, se encargaban de cuidar el fuego sagrado en Roma. Las vestales eran mujeres seleccionadas rigurosamente desde pequeñas entre las niñas más inteligentes y hermosas que eran descendientes de las familias patricias. Para una familia, era un honor y un privilegio que una mujer sea elegida para servir a Vesta. Durante los años en los que se comprometían al servicio de la diosa, las sacerdotisas recibían una educación muy especial en cuestiones religiosas, debían permanecer vírgenes para estudiar los textos sagrados y observar correctamente los rituales. El incumplimiento de sus deberes era severamente castigado: la violación del voto de castidad, por ejemplo, era castigada con la muerte. Además, ellas eran responsables

de mantener encendido el fuego sagrado en el templo de Vesta que se encontraba en el Foro romano.

La situación jurídica de las sacerdotisas de Vesta era excepcional frente a las demás mujeres. Así, en la *Ley de las XII Tablas*, se afirmó que las vestales no estaban sujetas a la tutela de las mujeres (*Tab. V.1*); esta excepción se mantuvo en las *Instituciones* de Gayo (*Gai. 1.145*). Ellas llegaron a tener algunas funciones jurídicas importantes como la custodia de los testamentos. Esta función está documentada en las fuentes porque, durante la confrontación entre Marco Antonio y Octavio en el siglo I a.C., este último sustrajo el testamento del primero con el fin de obtener una victoria política (Dion Casio, *Historia Romana*, 50.3.3-4). Después que Octavio le dio lectura, el pueblo romano rechazó lo dispuesto por el caudillo militar que convivía con Cleopatra y favoreció al hijo adoptivo de Julio César.

Además del culto de Vesta, la mujer romana participó en los ritos de la religión doméstica, así como en los cultos públicos. No obstante, el rol sacerdotal más importante en la familia lo tuvo el *paterfamilias*.

Posteriormente, la ciudadana romana tuvo una presencia y participación relevante en los diversos cultos en Roma. Con el cristianismo, la mujer tuvo un rol más importante, como sucedió con Flavia Julia Helena, la madre del emperador Constantino I, llamado El Grande.

### 6.3. En la esfera política

Aunque fue considerada ciudadana romana (D.1.6.4), la mujer no gozó ni ejerció ningún derecho político. Ser ciudadana de Roma significaba que ella pertenecía a la ciudad y se le aplicaba el *ius civile*, pero su ciudadanía no conllevaba que tenga ni ejerza derechos políticos. A lo largo de la historia, la mujer no votó ni participó en las asambleas populares, no fue parte del Senado, no pudo ser elegida para desempeñar una función pública ni ejerció cargo público (D.50.17.2.pr.).

Sin embargo, ello no impidió que muchas mujeres romanas tuvieran gran influencia política en diversos momentos históricos con una

participación relevante y destacada, según señalan las fuentes históricas. A modo de ejemplo, podemos recordar el rol que desempeñaron Livia durante el principado de su cónyuge Octavio, conocido como César Augusto; Julia Mesa en la ascensión al poder de su nieto el emperador Marco Aurelio Antonino Augusto, llamado Heliogábalo; y la influencia de la emperatriz Teodora en el gobierno, así como en algunas modificaciones legales establecidas por su cónyuge, el emperador Justiniano I.

#### 6.4. En la esfera moral

A cada mujer se le exigía guardar una conducta apropiada e intachable; es decir, ser honesta. Su conducta debía ser irreprochable tanto en público como en privado, con el fin de no afectar el honor de la familia a la que pertenecía. Esta exigencia de ser honesta se mantuvo a través del tiempo.

Un ejemplo de la exigencia de honestidad de la mujer lo tenemos en Plutarco, quien en su obra *Vidas paralelas*, narró un incidente que involucró a Pompeya, *uxor* de Julio César. El joven patricio Publio Clodio Pulcro, enamorado de Pompeya, ingresó a la casa del general romano durante la fiesta de la Buena Diosa (*Bona Dea*) en la que solamente podían participar mujeres y los hombres estaban prohibidos de asistir. Clodio se disfrazó de mujer para entrar en la casa y seducirla. Pero no logró su objetivo, ya que, cuando se descubrió su engaño, huyó. Luego de conocer estos hechos, Julio César decidió divorciarse de ella porque, aunque estaba seguro de la honestidad de Pompeya y no había duda de que ella no le había sido infiel, consideraba que su cónyuge debía estar por encima de cualquier cuestionamiento moral: ni siquiera debía ser sospechosa de infidelidad ni de indecencia. Por ello, se dijo que la mujer de César no solo debe ser honesta sino también debe parecerlo.

#### 6.5. En la esfera jurídica

Inicialmente, las mujeres libres y ciudadanas romanas tenían escasa participación en el mundo jurídico. Al respecto, la *Ley de las XII Tablas*

afirmó que las mujeres que alcanzaban la mayoría de edad seguían bajo tutela (*Tab. V.1*), ello fue confirmado por Gayo (*Gai. 1.145*). La mayoría de mujeres no podía dejar de estar sometida a los poderes (*patria potestas, manus*) que el *paterfamilias* ejercía sobre ellas. Como hemos visto, la excepción a esta regla general era el tratamiento dado a las vestales, quienes no se encontraban sujetas a esta tutela por sus funciones religiosas.

En el marco de la *Ley de las XII Tablas*, el rol de la mujer estaba circunscrito a la esfera privada, dentro de su familia. La mujer era dependiente y subordinada a su *paterfamilias*, quien tenía derecho de vida y muerte sobre ella como expresión de la patria potestad y la *manus*, según correspondiese. En los casos en los que era *sui iuris* y alcanzaba la pubertad, se señalaba claramente que estaba sometida a la tutela de manera permanente (*Tab. V.1*).

Hacia fines de la República, las mujeres tuvieron una actuación mayor fuera de los muros de la *domus* y ello causó un impacto en el mundo jurídico. Sin embargo, los cambios no se dieron de manera inmediata y la mujer siguió sujeta a tutela, pese a alcanzar la pubertad (*Gai. 1.144-145*), hasta el siglo II d.C.

En la etapa imperial, las mujeres contaron con más derechos y pudieron contraer obligaciones. Como seres humanos, el derecho romano les permitió desempeñar un rol jurídico y, con el correr del tiempo, se acabó la tutela que se ejercía sobre las mujeres púberes (I.122.pr.). Sin embargo, no llegaron a tener los mismos derechos y prerrogativas del hombre, tal como afirma la regla establecida en el *Digesto*: «En muchos artículos de nuestro derecho, es peor la condición de las hembras, que la de los varones [*In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam mascularum*]» (D.1.5.9).

En el *Corpus Iuris Civilis* se aprecia una evolución del tratamiento de la mujer ya que adquiere diversos derechos, así como obligaciones. Con el tiempo, fue considerada *sui iuris* (D.1.6.4) y pudo adoptar, en algunos supuestos (I.1.11.10). Sin embargo, hubo algunos espacios que siguieron fuera de su alcance o le fueron prohibidos jurídicamente. En efecto, no

podieron ejercer la patria potestad sobre sus descendientes nacidos de justas nupcias ni la *manus* —que tenía el *paterfamilias* sobre la *uxor*—, tampoco tuvo derechos políticos ni asumió una función pública.

En el ámbito patrimonial, la mujer pudo adquirir la propiedad de las cosas. Incluso la *alieni iuris* sometida a la patria potestad podía adquirir la propiedad sobre la *res* (I.2.9.1) sin que estas pasen a su *paterfamilias*; este último solamente tendría el usufructo de estas. Las mujeres podían ser herederas (I.3.1.2), hacer testamento, adquirir obligaciones (I.3.28.pr.) y celebrar contratos; también asumían la responsabilidad penal, como en el caso del crimen público de adulterio (I.4.18.4).

Un claro ejemplo de la progresiva eliminación de situaciones más desfavorables para la mujer lo tenemos en la derogación del senadoconsulto Claudiano (I.3.12.1). Este senadoconsulto establecía una pena muy severa para la mujer libre que mantenía un vínculo afectivo y sexual con un esclavo ajeno, si es que su amo no aceptaba dicha relación. La mujer sufría una disminución de cabeza máxima, se convertía en esclava y perdía su patrimonio. Para darle esta sanción, se asumía que la mujer no era capaz de frenar sus pasiones y debía, por ello, ser castigada severamente y perder su libertad. Es importante tener en cuenta que el senadoconsulto Claudiano solamente se aplicaba a las mujeres libres, no a los hombres. En el caso de un hombre libre que mantenía una relación sexual con una esclava ajena, aunque el dueño de la esclava estuviera en desacuerdo, no estaba sujeto a tal sanción. Por ello, su derogación fue necesaria ya que esta injusta sanción fue considerada por Justiniano como «indigna de nuestro siglo» (I.3.12.1).

Después de la revisión anterior, la regla del *Digesto* sobre la condición de las mujeres puede ser leída de una manera positiva, ya que esta admitió que la mujer contara con algunos derechos similares a los del hombre. No obstante, hombre y mujer no eran tratados jurídicamente como iguales porque existían aún escenarios en los que la mujer estaba en situación de inferioridad o resultaba excluida. Esta regla no fue novedosa; tampoco lo fue el resultado del amor y admiración de Justiniano I por su cónyuge, la

emperatriz Teodora. Es indudable que la enérgica personalidad de Teodora tuvo una gran influencia en varias decisiones del emperador, pero las bases del D.1.5.9 son anteriores. Al respecto, considero que esta expresa el reconocimiento a una mayor actuación jurídica de la mujer, así como su creciente rol en las relaciones sociales y económicas de la época imperial.

La situación de la mujer en el derecho romano evolucionó y hubo importantes progresos en los ámbitos personal, familiar y patrimonial; no solamente tuvo derechos personales y patrimoniales, también los ejercía. Asimismo, tuvo responsabilidad civil y criminal. Sin embargo, como señala la regla general, no había una igualdad jurídica entre hombres y mujeres en Roma.

## 7. PREGUNTAS

1. ¿Quiénes conformaban la familia romana?
2. ¿Qué poderes ejercía el *paterfamilias* en la familia?
3. ¿En qué supuestos se modificaban las relaciones de familia?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 6

### SOBRE LAS COSAS (*RES*)

En el derecho romano, existieron tres ejes temáticos, ya que «[t]odo el derecho de que usamos, concierne o a las personas, o a las cosas, o a las acciones» (D.1.5.1). Por consiguiente, presentaré el concepto, las clasificaciones y los derechos que podían recaer sobre las cosas.

#### 1. CONCEPTO DE *RES*

Determinar qué es una cosa fue muy importante en el derecho romano. La palabra *res* tuvo varias acepciones en latín y, además de cosa, significó asunto o materia, entre otras.

Si se revisan las fuentes jurídicas romanas, se puede apreciar que no estaba definido qué era *res*. Si bien en el *Digesto* se afirma que «La palabra ‘*res*’ comprende la cosa misma y sus derechos [*Rei appellatio et causae et iura continentur*]» (D.50.16.23), considero que esta no es una definición, ya que solamente menciona que la cosa es corpórea y que hay derechos que recaen sobre esta. También el *Digesto* se refiere a la clasificación de cosas corpóreas e incorpóreas (D.1.8.1.1; I.2.2.pr.).

Además, el *Digesto* señala del mismo modo lo siguiente: «La palabra ‘cosa’ es más amplia que ‘pecunia’, pues comprende también lo que no se cuenta en nuestro patrimonio, siendo así que ‘pecunia’ se refiere a lo que está en el patrimonio» [*Rei appellatio latior est quam pecuniae, quia*

*etiam ea, quae extra computationem patrimonio nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt]*» (D.50.16.5).

Como se puede apreciar, el *Digesto* no define lo que es una cosa en esta cita, ya que solamente sirve para diferenciar a la *res* de la *pecunia*. Nuevamente, se alude a otra clasificación de las cosas en el derecho romano: aquellas que están dentro o fuera del patrimonio de un ser humano (I.2.1.pr.).

Desde la fundación de la ciudad de Roma hasta los primeros siglos de nuestra era, solamente se entendía como *res* aquella que era corpórea, material; era el objeto de las relaciones jurídicas. Ello era evidente para los juristas y operadores del derecho y, por ello, no requería una definición. Como el ser humano tiene un cuerpo y era tangible; entonces era una *res* corpórea. No era un demérito ser una *res*, ya que este término constataba un aspecto físico. Además, se entendía que la *res* estaba ubicada físicamente fuera del cuerpo ser humano. En consecuencia, el corazón o la mano de un hombre vivo no era una *res* para él, pero sí una piedra o una oveja. A su carácter de objeto se sumó que la *res* tenía un valor patrimonial, lo cual la hacía atractiva para transmitirla o para constituir derechos sobre ella.

Posteriormente, se amplió el concepto de *res* y se incluyó en este a las cosas incorpóreas. Este cambio fue relevante ya que llevó a los juristas romanos a evaluar e identificar qué cosas serían consideradas incorpóreas, así como definir las (Guzmán Brito, 1996). La respuesta fue sumamente clara y precisa: las *res* incorpóreas eran los derechos (D.1.81.1; I.2.2.2), ya que estos tenían también un contenido patrimonial. De esta manera, lo que no era un derecho no era considerado una *res* incorpórea. Por ello, se descartó entender entre las cosas incorpóreas a las emociones, los sentimientos, las ideas, los valores, entre otros. Entre los derechos que eran cosas incorpóreas, tenemos a las servidumbres y al usufructo, por ejemplo. Vale la pena aclarar que en el derecho romano no eran derechos todos los que ahora consideramos como tales. Por ejemplo, la patria potestad se definía como un poder, no era un derecho. En consecuencia, debe analizarse con cuidado qué era un derecho que pueda ser considerado

una cosa incorpórea en el derecho romano. Finalmente, no hubo una definición de lo que era *res* en el *Corpus Iuris Civilis*.

## 2. LAS PRINCIPALES CLASIFICACIONES DE LAS COSAS EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS

En el derecho romano, se dieron varias clasificaciones a lo largo del tiempo que permitieron identificar algunas características de la *res*. A continuación, voy a desarrollar solamente las principales clasificaciones que se encuentran recogidas en una codificación que estuvo en vigor oficialmente en el mundo romano y tuvo influencia en Europa y América Latina: el *Corpus Iuris Civilis*.

### 2.1. *Res divini iuris* y *res humani iuris*

El *Digesto* plantea que la principal clasificación de las cosas dependía de cuál era el derecho que se les aplicaba: «La principal división de las cosas [*summa rerum divisio*] se reduce a dos artículos; porque unas son de derecho divino, y otras de derecho humano» (D.1.8.1.pr.).

En consecuencia, había cosas reguladas por el derecho divino (*res divini iuris*) como las sagradas, religiosas y santas; y otras pertenecían al derecho humano (*res humani iuris*), que pueden ser públicas o privadas.

#### 2.1.1. *Res divini iuris* (cosas del derecho divino)

En las fuentes jurídicas, las *res divini iuris* estaban divididas en tres grupos:

- a. *Res sacrae* (cosas sagradas): eran aquellas que fueron consagradas a una divinidad de manera solemne y de acuerdo al ritual correspondiente. Cuando el cristianismo fue la religión oficial del Imperio romano, se trataba de las cosas consagradas a Dios (D.1.8.6.3). Se entendía que estas cosas no eran sagradas por su propia naturaleza, se convertían en *res sacrae* a través de un acto público religioso y solemne que era realizado por quien era

competente para llevarlo a cabo (D.1.8.6.3, I.2.1.8). Antiguamente, los miembros de los distintos colegios sacerdotales en Roma —como los pontífices, augures, feciales, entre otros— estaban facultados para consagrar una *res*. Con el cristianismo, la consagración sería hecha por los sacerdotes. En consecuencia, un particular no podía consagrar una cosa.

- b. *Res religiosas* (cosas religiosas): estas eran las sepulturas, los lugares donde se enterraban a seres humanos (D.1.8.6.4). Las *res religiosas* no eran tales por su propia naturaleza; era necesario que se sepultara a un difunto en un terreno para que se convierta en religioso (D.1.8.6.4, I.2.1.9) y tuviera un tratamiento jurídico distinto del resto del predio.
- c. *Res sanctae* (cosas santas): el término proviene de la palabra *sagmen* (verbena) que usaban los Legados (D.1.8.8.1). Eran las cosas defendidas frente a la *iniuria* (injuria) de los seres humanos, como los muros o las puertas de la ciudad (D.1.8.8.pr.; D.1.8.8.2; I.2.1.10). En caso una cosa santa sufriese alguna afectación o violación, la pena era muy severa, ya que quien la realizó sufriría como castigo la muerte (I.2.1.10), como sucedió en el caso de Remo. Como se mencionó sobre la fundación de Roma, Rómulo construyó el muro de la naciente ciudad, pero, al ser muy bajo, su hermano Remo lo desafió y, de un salto, lo atravesó. Desde épocas arcaicas, los romanos consideraron abominable e ilícito entrar o salir de una ciudad por un lugar que no fueran las puertas. Remo, con su acción, violó una cosa santa —el muro de la ciudad— y, como consecuencia, Rómulo ejecutó la pena correspondiente cuando lo mató (D.1.8.11).

Un punto a reflexionar sobre el tratamiento de las *res divini iuris* es el siguiente: «Las cosas sagradas, las religiosas, y las santas no están en los bienes de nadie [*Sacrae res, et religiosas, et sanctae in nullius bonis sunt*] (D.1.8.6.2). Esto también se afirmó en las *Instituciones* de Justiniano

(I.2.1.7). ¿Qué implica que las cosas sagradas, religiosas y santas sean consideradas jurídicamente *res nullius*? *Res nullius* era aquella cosa que no estaba entre los bienes de alguien, es decir, de una persona. Las *res divini iuris* no pertenecían a alguien en particular, pero sí tenían una protección jurídica. En consecuencia, estaba prohibido sustraer o pretender hacer suyas las *res sacrae*, lo cual era castigado por la *Lex Iulia* relativa al peculado y los sacrilegios (D.48.13.1). Tampoco estaba permitido profanar una sepultura (D.47.12.1: *Sepulchri violati actio infamiam irrogat*) y afectar así a las *res religiosae*; no quedaban impunes las violaciones de las *res sanctae*, que eran sancionadas con mucha severidad (D.1.8.11; I.2.1.10).

### 2.1.2. *Res humani iuris* (cosas del derecho humano)

Las *res humani iuris* son aquellas constituidas por el derecho humano. Estas se clasifican en cosas públicas y privadas.

- a. *Res publicae* (cosas públicas): eran las que pertenecían al *populus romanus* y no se encontraban en el patrimonio de un individuo (D.1.8.1.pr.). Como se señaló en el *Digesto*: «Los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente ‘públicos’, porque solamente son públicos los que son del pueblo romano [*Bona civitatis abusive ‘publica’ dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*]» (D.50.16.15). Es decir, *res publicae* no era sinónimo de las cosas de cualquier colectivo o de una ciudad, menos aún del Estado, ya que referirse a este en Roma sería anacrónico. En consecuencia, se afirmó que las cosas públicas eran aquellas cuyo titular era el pueblo romano en su conjunto. Algunos ejemplos de *res publicae* fueron las vías y caminos públicos, así como los lugares públicos definidos por Labeón (D.43.8.2.3).
- b. *Res privatae* (cosas privadas): eran aquellas que pertenecían a un ser humano (D.1.8.1.pr.); por consiguiente, estaban en el patrimonio de una persona, como un esclavo o un vestido.

## 2.2. *Res in patrimonio y res extra patrimonio*

Esta clasificación tuvo en cuenta la situación jurídica de la *res* frente al patrimonio de un ser humano, es decir, si la cosa se encontraba en el patrimonio de una persona o no. En este último supuesto, la cosa estaba fuera del patrimonio o era *extra patrimonio* (I.2.1.pr.).

Las *res in patrimonio* eran aquellas que se encontraban dentro del patrimonio de un individuo, como los caballos, una casa, los esclavos, un collar, un vestido, entre otros.

Como las *res extra patrimonio* no pertenecían a alguien, entre ellas están las cosas comunes (D.1.8.2.1, I.2.1.pr.) como el aire, el agua corriente y el mar, según el *ius naturale*. El fundamento para que estas cosas fueran consideradas fuera del patrimonio de alguien era que todos debían tener acceso a estas para usarlas, pero este uso no debía afectar a los demás.

## 2.3. *Res corporales y res incorporales*

Esta fue una clasificación muy importante en el derecho romano. Surgió en la etapa imperial cuando los juristas admitieron la existencia de cosas no tangibles en adición a las corpóreas.

Inicialmente, solo se consideraban *res corporales* (cosas corpóreas) las que eran tangibles, se podían tocar o percibir a través de los sentidos. Según el *Digesto*: «Son corpóreas, las que pueden tocarse, como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata, y finalmente otras cosas innumerables» (D.1.8.1.1). De esta manera, la corporeidad de la cosa fue una mera constatación física; si se podían percibir por los sentidos como el vino, un caballo o una casa, eran cosas corpóreas. Como se señaló al comentar la situación jurídica del esclavo, tanto los hombres y mujeres libres como los esclavos fueron considerados *res corporales* en la medida que tenían cuerpo, ya que eran percibidos por los sentidos.

Las *res incorporales* (cosas incorpóreas) eran aquellas que no podían tocarse y, en el caso del derecho romano, fueron los derechos, como se señaló en el *Digesto*: «*Incorporales sunt quae tangi non possunt; quae sunt ea,*

*quae in iure consistunt*» (D.1.8.1.1). En otras palabras, el hecho de no poder tocarse o no ser percibido por los sentidos no convertía a cualquier entidad en cosa incorpórea en el derecho romano, solamente los derechos serán considerados como cosas incorpóreas (D.1.8.1.1; I.2.2.2), aunque recaigan sobre una cosa corpórea. En las fuentes jurídicas romanas, son ejemplos de cosas incorpóreas la herencia, el usufructo, las servidumbres y las obligaciones. En cuanto al *dominium*, al no ser técnicamente un derecho sino un poder, no era una cosa incorpórea.

#### 2.4. *Res mobilis y res immobilis*

Esta clasificación estaba referida a la posibilidad de movilidad o traslado de la cosa, sin que ella se destruyera, sufriera un deterioro o ya no pudiera cumplir su finalidad.

Si la *res* se podía trasladar de un lugar a otro sin que sufriera daños o se destruyera, era una *res mobilis* (cosa mueble), como el esclavo, un anillo de oro o el caballo. La movilidad de la cosa era determinante para su clasificación de mueble.

Si no era posible trasladarla o llevarla de un lugar a otro causaría su deterioro o destrucción, era considerada una *res immobilis* (cosa inmueble), como un fundo o una casa.

Esta clasificación tuvo importancia para la usucapión (I.2.6.pr.), ya que el tiempo de posesión requerido era diferente si se trataba de cosas muebles o inmuebles.

#### 2.5. *Res Mancipi y res nec Mancipi*

La clasificación de las cosas en *res Mancipi* y *res nec Mancipi* obedeció a criterios socioeconómicos relacionados con la familia romana.

Las *res Mancipi* eran aquellas cosas consideradas valiosas e importantes para la familia romana como, por ejemplo, los fundos, los esclavos y el ganado mayor —caballos, yeguas, mulas y bueyes—. Eran aquellas cosas que contribuían a la realización de las actividades económicas de la

familia. La transmisión de la propiedad de las *res Mancipi* la realizaban los ciudadanos romanos a través de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran modos formales de adquirir.

Las *res nec Mancipi* fueron aquellas que no eran consideradas *res Mancipi* y se transmitían por *traditio* (tradición).

Esta clasificación tuvo mucha importancia hasta aproximadamente el siglo III d.C. y paulatinamente cayó en desuso a partir de la *Constitutio Antoniniana* (212 d.C.), con la que se otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio, excepto a los *latini iuliani* y *aeliani*. En cuanto a los modos formales de adquirir la propiedad (*mancipatio* e *in iure cessio*) que correspondían a los ciudadanos romanos en aplicación del *ius civile*, fueron gradualmente dejados de lado porque tenían mayores costos de transacción. En consecuencia, los romanos prefirieron la *traditio* como modo de adquirir la propiedad, por ser más rápida, no formal y menos onerosa.

### 3. SOBRE LA PROPIEDAD

Las cosas estaban sometidas al poder de alguien, sea este ejercido con un fundamento jurídico o debido a una situación fáctica. A continuación, veremos en qué consistía el *dominium* en el derecho romano, cómo se podía adquirir la propiedad y cuáles eran sus límites.

#### 3.1. *Dominium*

Desde la fundación de Roma, los ciudadanos romanos *sui iuris* —que eran la cabeza de una familia— ejercieron el poder sobre las cosas de manera amplia y exclusiva. Antiguamente el poder que tenía el *dominus* (*paterfamilias*) no se limitaba a las *res*, porque también se aplicaba a las personas que estaban subordinadas a él. En el caso de los poderes sobre los *alieni iuris*, eran la patria potestad y el poder marital sobre las *uxores* (*manus*), como hemos visto anteriormente. Por ello, varios romanistas afirman que el *paterfamilias* ejercía un poder sin límites, entendido

como «soberano» (De Martino, 1991; Grosso, 1967), que era llamado *mancipium*. Así, se constata que inicialmente existió una unidad en cuanto a este poder sobre las cosas que pertenecían a la familia cuyo titular era el *paterfamilias*; en consecuencia, no había propiedad individual de los *alieni iuris*. No obstante, este poder (*mancipium*) evolucionó con el tiempo para dar paso al *dominium* y a los *iura in re aliena*.

El *dominium* fue un término que se empleó para referirse a un poder basado en el *ius civile*; por ello, era una señoría que tenía un fundamento jurídico (Rinaldi, 2017); este recaía sobre las cosas corpóreas patrimoniales, ya que ingresaban en el patrimonio de la familia. En cuanto al *ager publicus* —el territorio que pertenecía al *populus romanus*—, no estaba bajo el poder de un *paterfamilias*; aunque se podía dar en posesión por un tiempo. En las fuentes antiguas, encontramos que fue llamado *dominium ex iure quiritorium* en la medida que lo ejercían los hombres (*quirites*) basados en el derecho de la ciudad de Roma (*ius quiritorium*). En consecuencia, el *dominium* no era entendido como un derecho, era más que eso: un poder absoluto, perpetuo y exclusivo propio de los ciudadanos romanos. Este poder permitía el ejercicio de varios derechos sobre las cosas, los que solamente correspondían al *dominus*: el uso (*ius utendi*), el disfrute (*ius fruendi*) y la disposición (*ius abutendi*). La protección del *dominium* se dio a través de *acciones* como, por ejemplo, la *reivindicatio* (reivindicación).

Durante muchos siglos, quien ejercía el *dominium* era llamado *dominus* (señor o amo). El *dominus* era el *paterfamilias*: un hombre mayor de edad, libre y ciudadano romano que no dependía de otra persona y era la cabeza de la familia. Como dueño y señor de las personas y las cosas de su familia, ejercía sus poderes sobre estas de manera exclusiva. Además, los *alieni iuris* bajo su autoridad, libres o esclavos, adquirían para él. Si bien se encuentra el término *domina* (señora de la casa) en las fuentes romanas, ella era usualmente la *uxor* del *paterfamilias* y no tenía ningún poder en la estructura familiar romana; tampoco lo tenían los demás *alieni iuris*.

A lo largo de la historia de Roma, se dieron varios momentos en los que hubo cambios respecto al *dominium*, dado que los romanos se dieron

cuenta de que este poder debía ser ejercido de manera diligente y estar limitado por la utilidad pública. Además, como señaló Gayo (*Gai.* 2.40), el *dominium* no resultaba el único poder que se ejercía sobre las cosas. Como el *dominium* correspondía solo a los ciudadanos romanos, los *peregrini* solicitaron reiteradamente que se les reconociera derechos sobre las cosas. En respuesta, el pretor les otorgó la propiedad pretoria o bonitaria (*in bonis habere*) que, sin llegar a ser entendida como un poder igual al *dominium*, brindaba una protección jurídica a quien tenía la *res*. De esta manera, los *peregrini* no se verían privados de las cosas que entendían como suyas.

En las *Instituciones* de Gayo, la división del *dominium* era la siguiente:

- *Dominium ex iure quiritium*: ejercida por los ciudadanos romanos *sui iuris* sobre las cosas adquiridas a través de la *mancipatio* o la *in iure cessio* en aplicación del *ius quiritium* (*Gai.* 2.40).
- *In bonis habere*: llamada propiedad pretoria o bonitaria, que era la otorgada por el pretor a quienes no habían adquirido la cosa por *mancipatio* o *in iure cessio*; es decir, no habían observado las formalidades correspondientes. Se aplicaba a los *peregrini*; por consiguiente, no tenían el *dominium* pero eran poseedores de la *res* y gozaban de una protección en el *ius honorarium*. La protección de la propiedad bonitaria se daba a través de la *actio publiciana* (*Gai.* 2.40).

Con el desarrollo de las relaciones sociales y económicas en Roma, surgió el concepto de *proprietas* (propiedad), que tuvo un alcance distinto al del *dominium*. Este término que se encuentra en las fuentes romanas a partir del siglo IV d.C. (Rinaldi, 2017). Fueron varias situaciones las que contribuyeron a consolidar la propiedad en el mundo jurídico romano.

En primer lugar, se dieron casos en los que la propiedad de la cosa correspondía a varias personas, es decir, no pertenecían a un *dominus*. Ello sucedía cuando moría el *paterfamilias* porque el *dominium* de la casa familiar (*domus*) pasaba a sus herederos, quienes formaron una comunidad

por mandato de la ley. La indivisibilidad de la *domus* entre los herederos tenía como fundamento que esta vivienda familiar era un lugar sagrado donde residían los dioses domésticos. Posteriormente, se dieron otros supuestos en los cuales una cosa sería común a varias personas y, por consiguiente, se aceptó la copropiedad en el derecho romano.

En segundo lugar, se reconoció la propiedad bonitaria por el pretor.

En tercer lugar, además de los hombres *sui iuris*, las mujeres *sui iuris* o *alieni iuris* y los hombres *alieni iuris* pudieron adquirir las cosas para sí. En el caso de los *alieni iuris* hombres, pudieron tener un peculio, tanto los descendientes como los esclavos, como lo mencionó Gayo (*Gai.* 4.72). Un ejemplo fue el peculio castrense, que se les daba para recompensarlos por luchar con valor y lealtad a Roma en la guerra. Este peculio era considerado como algo propio de los *alieni iuris*, quienes lo administraban (I.2.9.1). Posteriormente, se admitió que hombres y mujeres, sean *sui iuris* o *alieni iuris*, fueran herederos. Finalmente, la regla consagrada en las *Instituciones* de Justiniano (I.2.9.1) estableció que los hombres y mujeres, sean *sui iuris* o *alieni iuris*, adquirirían para sí. Si eran *alieni iuris*, las cosas serían de su propiedad, teniendo el *paterfamilias* solamente el usufructo sobre esta. Si bien ellos no podían técnicamente ejercer el *dominium*, sí pudieron tener la *proprietas* sobre la cosa.

De este modo, el poder sobre una cosa, fundado en el derecho, dejó de ser exclusivo del *dominus paterfamilias*; es decir, no era solamente del hombre libre, ciudadano y *sui iuris*. Se admitió que las personas tengan lo que les era propio, la propiedad de la cosa.

### 3.2. La copropiedad

En principio, la idea de soberanía o poder exclusivo que se expresó en el *mancipium* y después en el *dominium*. Por ello, no se permitía compartir este poder con varias personas (D.13.6.5.15). Sin embargo, la existencia de la copropiedad se dio en el derecho romano en varios supuestos.

Antiguamente encontramos la copropiedad respecto a la vivienda y el patrimonio familiar, que permanecía unido a la muerte del *paterfamilias*.

Esta copropiedad surgía en aplicación de lo que estaba establecido por el derecho romano. Los hijos (*filiifamilias*) formaban el *consortium inter fratres*, donde cada uno de los hermanos (*consors*) era entendido como dueño de la totalidad; es decir, todos eran dueños de todo, pero los limitaba el *ius prohibendi* de cada *consors*. Posteriormente, Gayo hizo referencia a la *ercto non cito*, la sociedad entendida como legítima y natural entre los herederos, donde la propiedad no se dividía (*Gai. 3.154<sup>a</sup>*).

La copropiedad también podía darse de manera voluntaria (*communio*), es decir, por decisión de las personas que eran copropietarios (*Gai. 3.154<sup>b</sup>*). Por ejemplo, si dos propietarios acordaban mezclar sus vinos o fundir juntas sus barras de plata (I.2.1.27), el cuerpo formado por esta mezcla era común, por consiguiente, tenían la copropiedad sobre esta cosa mezclada o unida.

Finalmente, la copropiedad podía concluir cuando se dividía la cosa. El derecho romano admitió la división y partición de la cosa común, que podía ser solicitada a través de la *actio communi dividundo*; la adjudicación era dada por un juez. Si la cosa era divisible, era adjudicada en proporción a la cuota de cada copropietario. Si era indivisible, se vendía y se daba una suma de dinero equivalente a la cuota de cada uno. También era posible adjudicarla a uno de los copropietarios, debiendo este pagar a los demás el valor de sus cuotas.

### 3.3. Los modos de adquirir la propiedad

En el derecho romano, se reconocieron varios modos de adquirir la propiedad de una cosa. El más antiguo fue la *mancipatio*, que existió desde los inicios de Roma. Esta servía para transferir la propiedad de las cosas que tenían una relevancia social y económica para la familia. De allí, surgió la diferencia entre *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*, donde las primeras eran las que se transmitían a través de la *mancipatio*.

Posteriormente, el jurista Gayo distinguió los modos de adquirir basados en el *ius civile* y el *ius gentium* respectivamente (*Gai. 2.65*). Entre los modos del *ius civile*, se mencionaban a la *mancipatio*, la *in iure*

*cessio* y la usucapión, que tuvieron mucha importancia en el mundo romano. Aquellos correspondientes al *ius gentium* tenían en común que su fundamento era la *naturalis ratio* y eran la ocupación, la accesión, la adquisición de la cosa transformada y la tradición. Si bien la clasificación de Gayo fue importante en el derecho romano, dejó de ser relevante cuando la *Constitutio Antoniniana* otorgó la ciudadanía romana a los habitantes del imperio en el 212 d.C. Como efecto práctico, los modos de adquirir la propiedad que eran más formales como la *mancipatio* y la *in iure cessio* dejaron de ser empleados, pese a las referencias que aún se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*. Finalmente, tenemos que los modos de adquirir la propiedad se clasificaron en originarios y derivados.

### 3.3.1. *Originarios*

En los modos originarios, la propiedad no era transmitida por alguien, era adquirida por el propietario, quien se convertía en tal cuando se daban alguno de los supuestos que veremos a continuación.

- *Ocupatio* (ocupación): ocurría cuando una persona aprehendía una *res nullius*; es decir, cuando alguien tomaba físicamente una cosa que no tenía dueño. Quien la aprehendió se convertía en su propietario. Para que haya ocupación, era importante que la *res nullius* pudiera ser adquirida por un individuo. Si se trataba de una cosa sagrada, religiosa o santa, no podía ser de propiedad de una persona según el *Digesto* (D.1.8.6.2). Como ejemplo de ocupación tenemos la captura de un animal salvaje en el bosque (I.2.1.12-13); sin embargo, no habría ocupación si se aprehende a un animal doméstico como una gallina, aunque esta haya escapado del corral (I.2.1.16), pues un animal doméstico tenía un dueño y no era una *res nullius*. Otros ejemplos de ocupación eran los siguientes: cuando una isla nacía en el mar (D.41.1.7.3; I.2.1.2); cuando las cosas eran voluntariamente abandonadas (*res derelictae*) por el dueño (I.2.1.47); y las que se tomaban del enemigo (*res*

*hostium*) en el marco de una guerra (*Gai.* 2.69; I.2.1.17). Hay que precisar que solamente por tratarse de una guerra, se entendía que las cosas del enemigo no tenían dueño. En el caso de los demás extranjeros con cuyos pueblos Roma no estaba en guerra, no eran *res hostium* y tenían una protección jurídica, como vimos en el caso de la propiedad *pretoria* o *bonitaria* (*in bonis habere*).

- *Accessio* (accesión): este modo se aplicaba a las cosas compuestas en las que se distinguía una principal de una o más accesorias. Si al menos dos cosas se unían o integraban físicamente, sea de manera natural o artificial, la cosa compuesta era de propiedad del dueño de la cosa principal. Este último debía pagar el precio de la cosa accesoria a su respectivo dueño. Para que se diera este supuesto, era necesario poder identificar la cosa principal y distinguirla de aquellas accesorias; además, que las cosas unidas tuvieran distintos propietarios. En caso las cosas que conformaban la cosa compuesta pudieran separarse sin perder su valor o función, entonces no se producía la accesión. Como ejemplos de accesión, tenemos la edificación de una casa en un terreno ajeno, la *scriptura* y la *textura*. En cuanto a la casa, accedía al terreno y, por ello, el dueño del terreno era también propietario de la casa (I.2.1.30); pero debía pagar el precio de la casa. En la *scriptura* (escritura), la tinta de Marco con la que se escribió un verso se adhería al pergamino de Lucio y se formaba una cosa compuesta (*Gai.* 2.77; I.2.1.33) que pertenecía este último. Cuando los hilos eran bordados o tejidos sobre una tela (*textura*) cedían a esta (I.2.1.26).
- *Novam species facere* (transformación de la cosa por obra humana): si bien algunos tratadistas llaman «especificación» a este modo, este término no aparece en las fuentes jurídicas romanas, por ello no lo voy a utilizar. Este modo se aplicaba cuando una materia —que podía entenderse como materia prima— se convertía en otra cosa en virtud de la acción humana. En general, la cosa transformada

tenía incluso mayor valor u otras funciones. Era importante que la transformación se diera a partir de la labor y habilidad de una persona, es decir, el cambio no era espontáneo. Como ejemplos tenemos: las uvas que, luego de un proceso en el que interviene el ser humano, se convierten en vino (*Gai.* 2.79; I.2.1.25); o la arcilla que, mezclada con agua, es moldeada por un alfarero y se convierte en un plato. En la medida que el derecho romano reconoció la importancia del trabajo humano para dicha transformación, se estableció que la cosa transformada era de propiedad de quien la realizó. En los ejemplos anteriores, el vino sería de quien lo hizo y el alfarero adquiriría la propiedad del plato. Por su parte, quien era dueño de la cosa o materia prima —como las uvas o arcilla—, debía recibir el pago del valor de esta.

- *Confusio* (confusión): los romanos reconocieron que habían supuestos en los que se mezclaban voluntaria o involuntariamente las cosas de dos propietarios. Frente a estos casos, se dio una salida práctica y sencilla: si se producía una integración física de las cosas de dos propietarios —por ejemplo, el contenido de dos botellas de vino era vertido en una ánfora—, se convertían en copropietarios de la cosa fusionada, sea que las hayan unido voluntaria o involuntariamente (I.2.1.27: *Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est [...] Quodsi fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint [...] idem iuris esse placuit*). En el supuesto en que se juntaban, pero no se producía una integración física de las cosas (*mixtum fuerit*), había dos soluciones: si los dos propietarios estaban de acuerdo y juntaron sus cosas voluntariamente, había copropiedad del conjunto de cosas (*communio pro indiviso*); si no estuvieron de acuerdo y, a pesar de ello, las cosas se juntaron, lo que se podía hacer era que cada cual tome un número de estas como suyo (I.2.1.28: *Quodsi frumentum Titii fruo Frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra,*

*commune erit [...] Quodsi casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse [...]*). Por ejemplo, si se juntaron las ovejas de Marcelo y los corderos de Tiberio, las cosas podían distinguirse, entonces, se separaban y cada cual se llevaba las suyas, sin que se produzca la confusión. En caso que se hayan juntado las ovejas y los propietarios no las pudieran distinguir, cada cual se llevaría un número de cabezas correspondiente al que tenía inicialmente, aquí se producía la confusión.

- *Adiudicatio* (adjudicación): se producía cuando una persona se convertía en propietario de una cosa en virtud del pronunciamiento de un juez (*iudex*). Cuando había copropiedad, como en los casos de herencia de cosas comunes, se daban acciones para lograr la partición de la *res* como la *actio communi dividundo* o la *actio familiae erciscundae* (Tab. V.10; D.10.1.13).

### 3.3.2. Derivados

Los modos derivados de adquirir la propiedad eran aquellos a través de los cuales el dueño transfería el poder sobre la cosa a otra persona, quien la adquiría. A lo largo de la historia de Roma, existieron los siguientes modos derivados:

- *Mancipatio*: era el modo derivado de transferir el *mancipium* desde épocas arcaicas y pertenecía al *ius civile*. Etimológicamente, proviene de *manus* (mano) y *capere* (atrapar, capturar), porque la *res* se tomaba con la mano. Para llevar a cabo la *mancipatio*, se realizaba un acto solemne bajo la forma del *gestum per aes et libram*, en el que participaban cinco ciudadanos romanos púberes como testigos, una persona que sostenía la balanza (*librepens*) y el adquirente (*mancipio accipiens*). Se trataba de una venta aparente, ya que el adquirente declaraba unilateralmente que la cosa le pertenecía y contaba con un trozo de cobre que obraba como moneda para la compra (*Gai.* 1.119). Esta formalidad garantizaba la publicidad

de la transferencia de la *res Mancipi* y brindaba seguridad; sin embargo, también resultaba onerosa. La *mancipatio* solamente se empleaba para la transferencia del *dominium* de la *res Mancipi*; pero no hubo una lista taxativa de las cosas consideradas como tales. Sin embargo, hay consenso en considerar que eran las cosas que tenían mayor valor económico-social, como los esclavos, el ganado mayor y los fundos. Si bien la *mancipatio* tuvo gran importancia en el derecho romano, gradualmente dejó de utilizarse desde el siglo III d.C. porque los ciudadanos prefirieron un modo menos formal y oneroso de transferir la propiedad.

- *In iure cessio*: era un modo formal de transferir el *dominium del ius civile*. Consistía en un aparente proceso de reivindicación de una *res Mancipi* o una *res nec Mancipi*, en el que el adquirente pronunciaba la fórmula de la *vindicatio* (Gai. 2.24) ante el magistrado. La *in iure cessio* se utilizó también en otros supuestos de derechos sobre las cosas o en derechos personales. Al igual que la *mancipatio*, cayó en desuso después del siglo III d.C.
- *Traditio* (tradición): fue una manera más sencilla y rápida de transferir la propiedad, y menos costosa que la *mancipatio* o la *in iure cessio* porque no requería cumplir con formalidades ni contar con la participación de testigos. También se dio entre los romanos y los extranjeros. Consistía en la entrega física de la cosa *nec Mancipi* por parte de su dueño al adquirente, con la intención que este adquiriera la propiedad. Su fundamento estaba en *el ius naturale* (I.2.1.40). Los elementos de la *traditio* eran: la entrega de una cosa corpórea —que podía entrar en un patrimonio— con la voluntad del *tradens* (quien realiza la entrega) de transmitir la propiedad y del *accipiens* (quien recibe la cosa) de adquirirla. Pese a las ventajas de ser un modo más celer, económico y accesible, la *traditio* no brindaba la certeza de quién era el dueño de la *res nec Mancipi*, ya que hubo casos en los que se discutió si esta entrega

efectivamente se llevó a cabo o si quien la había realizado podía transferir la propiedad.

Con el correr del tiempo, surgió la *traditio ficta*, que se realizaba sin la entrega material de la cosa, pero producía los mismos efectos. En la codificación de Justiniano, encontramos los siguientes casos: la *traditio symbolica*, que se realizaba a través de la entrega de un símbolo como, por ejemplo, la entrega de las llaves del almacén donde se encontraban las mercancías que serían transferidas (D.41.1.9.6; I.2.1.45); la *traditio longa manu* o entrega de la cosa ubicada a distancia a través de su señalamiento (D.41.2.18.2); y la *traditio brevi manu*, cuando bastaba el consentimiento del dueño sin la entrega de la cosa para que esta se entienda transferida. Esto último sucedía cuando la cosa estaba en poder del adquirente porque era, por ejemplo, el arrendatario, depositario o comodatario; como ya la tenía consigo, la voluntad del dueño era suficiente para considerar que la tradición se había realizado y, en consecuencia, convertirlo en propietario (D.21.1.9.5; I.2.1.44). Cuando la *mancipatio* y la *in iure cessio* dejaron de utilizarse, la *traditio* fue el único medio de adquirir la propiedad en el *Corpus Iuris Civilis* (I.2.1.40).

- *Usucapio* (usucapición): este modo de adquirir del *ius civile* permitía obtener la propiedad de una *res* a través de su posesión de buena fe por un período de tiempo. Etimológicamente, provenía de *usus* (usar) y *capere* (atrapar, capturar). La usucapición surgió como un mecanismo extraordinario que permitía a una persona adquirir la propiedad de una cosa en la medida que se cumplieran ciertos requisitos: la posesión civil de buena fe de una *res* en patrimonio por un plazo establecido. En sentido estricto, considero que la usucapición no era un modo derivado de adquirir la propiedad porque esta no se transmitía del propietario al adquirente. Sin embargo, tampoco era un modo originario como la ocupación

de una *res nullius*, en la medida que la usucapión buscaba corregir situaciones de la realidad en las que alguien de buena fe no había logrado adquirir, aunque actuaba como dueño de una cosa. Si bien hubo inicialmente un cierto rechazo a aceptar que el dueño perdiera el *dominium* de una cosa frente al poseedor, con el transcurso del tiempo esto cambió porque se estimó que la protección que se daba al amo debía examinarse a la luz del uso diligente que este daba a la cosa, así como respecto de los criterios de equidad y utilidad pública. Con la usucapión, el derecho romano buscó proteger a quien adquirió una cosa de buena fe, pero de alguien que no era el dueño o sin cumplir las formalidades requeridas. Si una persona ejercía poder sobre la cosa de buena fe y de manera pacífica y pública, aunque no sea el dueño, era posible que el tiempo lo llevara a ser propietario de esta, transmutando su posesión (señorío de hecho) en *dominium*.

Para la usucapio era importante que se cumplieran varios requisitos. El primero estaba relacionado con la cosa: la *res habilis* debía ser corpórea y patrimonial (*res in patrimonio*). Al respecto, la *Ley de las XII Tablas* establecía una prohibición de *usucapir* el vestíbulo del sepulcro o el lugar donde se había incinerado un cadáver (*Tab. X.10*). No había usucapión de las *res divini iuris*, dado que, por su naturaleza, no podían entrar en el patrimonio de una persona. Tampoco podía haber usucapión de las cosas públicas ni de los seres humanos libres (*Gai. 2.48*). Ello se señaló también en el *Digesto* (D.41.3.9: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus*) y en las *Instituciones* (I.2.6.1). En segundo lugar, era necesaria la posesión civil de la *res habilis*; es decir, que quien poseyera se considerara dueño de la cosa. Además, era importante que la posesión de la cosa se produjera ininterrumpidamente en un período de tiempo. En tercer lugar, esta posesión debía ser de buena fe para que se dieran los efectos de la *usucapión*. De este

modo, se trataba de evitar que un ladrón se beneficiara al obtener la propiedad de la cosa (*Gai.* 2.48; también en I.2.6.2) o cualquiera que actuara de mala fe, ya que no se quería respaldar una situación antijurídica. Otro requisito era el *titulus*, que se entendía como aquella situación objetiva que debía llevar a adquirir la propiedad conforme al derecho y justificaba que la persona se creyera dueño de la cosa (Valencia Restrepo, 1986). Al respecto, si alguien arrendó una casa, no podría argumentar que el contrato de arrendamiento tenía como finalidad convertirlo en propietario del inmueble; caso distinto sería si celebró una compraventa. Finalmente, en la medida que la usucapión iba a despojar al dueño del *dominium* de la cosa, el tiempo que debía transcurrir para que esta posesión se transmudara en propiedad debía ser largo. El plazo de posesión exigido fue ajustándose a lo largo del tiempo. En la *Ley de las XII Tablas*, se estableció que, para la usucapión, el plazo de la posesión debía ser de dos años para un fundo y uno para las demás cosas (*Tab.* VI.3<sup>a</sup>: *usus auctoritas fundi biennium est [...] ceterarum rerum omnium... annus est usus*). En esa línea, Gayo estableció que el plazo de posesión de las cosas inmuebles era de dos años y de uno para las cosas muebles (*Gai.* 2.42). En el *Corpus Iuris Civilis*, el plazo de posesión era mayor: tres años para las cosas muebles y, en el caso de los inmuebles, se dieron dos supuestos: cuando se trataba de cosas que se encontraban en la misma localidad donde vivía el dueño, diez años; para los inmuebles que estuvieran en otra localidad, veinte años (I.2.6.pr.).

Estos modos originarios y derivados sirvieron para adquirir la propiedad en el derecho romano y, junto con las soluciones romanas, se mantienen aún en muchas codificaciones civiles contemporáneas.

### 3.4. Los límites a la propiedad

Cuando se habla del *dominium*, se entiende que este era un poder amplio y exclusivo, ejercido por su titular. No obstante, esta afirmación podría ser más acorde a lo que sucedía en los primeros siglos de Roma, ya que resulta evidente que no era un señorío ilimitado. En el derecho romano, el límite de este poder era la utilidad pública o cuando se afectaba el *dominium* de otra persona. En consecuencia, se establecieron reglas razonables y justas para limitar el poder del dueño que, en algunos casos, siguen vigentes hoy. A continuación, presentaré algunos límites en las relaciones de vecindad como aquellos que provenían del derecho público.

#### 3.4.1. Los límites en las relaciones de vecindad

Dada la necesaria convivencia pacífica y armoniosa entre los vecinos, se establecieron varias normas que buscaban solucionar de manera justa las controversias que pudiesen surgir entre ellos. Algunos ejemplos son los siguientes:

- Cuando las ramas de un árbol ingresaban en un predio próximo, el dueño del árbol tenía derecho para ingresar en el predio con el fin de recoger los frutos que allí hubiesen caído. En la *Ley de las XII Tablas*, se daba el derecho para recoger bellotas (*Tab. VII.10*). Posteriormente, se admitió pasar a tomar cualquier fruto u objeto caído en el fundo colindante (D.43.28.1; D.50.16.236).
- Si un árbol proyectaba sus ramas en el fundo o edificio vecino, el dueño del inmueble podía solicitar al dueño que se corten sus ramas y, en caso de no hacerlo, podía talarlas (*Tab. VII.9*; D.43.27.1). Incluso, si las raíces del árbol habían crecido de manera que pusieran poner en peligro a un edificio contiguo, podía solicitar sean cortadas (C.8.1.1).

- Si un vecino construyó en su fundo una edificación que impedía o limitaba el normal curso del agua, se podía emplear la *actio aquae pluviae arcendae* para que sea destruida (D.39.3.2.9; D.39.3.1.10).

### 3.4.2. *Los límites de derecho público*

Con el fin de proteger la utilidad pública, se dieron varios supuestos que limitaban el ejercicio del poder del dueño sobre la cosa.

- Los propietarios de predios que se encontraban en una vía pública debían mantenerla en buen estado. Para ello, debían quitar las piedras que dificultaban el tránsito en dicha vía (*Tab. VII.7*), en la medida que estas afectaban a los habitantes de la ciudad. Además, se dispuso que, si la vía pública estaba deteriorada o no era posible transitarla, el propietario del predio más próximo a esta estaba obligado a permitir el paso a través de su inmueble (D.8.6.14.1).
- Estaba prohibido dar sepultura o incinerar cadáveres dentro de la ciudad (*Tab. X.1*).
- Por ley, se establecieron los supuestos en los que un fundo tenía una servidumbre a favor de otro predio, como la de sacar agua (I.2.3.2).

De este modo, se aprecia que el *dominium* no fue irrestricto. Los romanos establecieron límites razonables para lograr que todos los propietarios puedan utilizar sus cosas sin que ello perjudique a otros ni al *populus romanus*.

### 3.5. *Possessio*

Como hemos visto, el *dominium* era el poder sobre una cosa que nos pertenecía y tenía un fundamento jurídico en el *ius civile*. Además, existieron situaciones en las cuales, pese a no tener la propiedad sobre la cosa, alguien actuaba como si fuese su dueño. Al constatar esto, los juristas

romanos distinguieron la propiedad como poder jurídico de la posesión, que era un poder fáctico.

La propiedad y la posesión, entendidos como el poder de derecho y el poder de hecho respectivamente, no fueron confundidas en el derecho romano. Se afirmó que estaban separados (D.43.17.1.2: *separata esse debet possessio a proprietate*) y que no tenían algo en común (D.41.2.12.1: *nihil commune habet proprietas cum possessione*).

La posesión como el poder físico o material sobre la *res* era fácil de constatar, ya que bastaba que un individuo ejerza este señorío sobre esta, sin tener que acreditar un sustento jurídico para hacerlo. Era importante que el poseedor, además de tener la cosa en su poder (*corpus*), tuviese también la intención de comportarse como dueño de la cosa (*animus*), excluyendo a los demás. Por ello, la posesión requería contar con dos elementos: *corpus* y *animus*. Si se daba uno de ellos, no había posesión, como sucedía cuando alguien tenía un objeto en sus manos, pero no se consideraba su propietario. Por ejemplo, quien estaba custodiando una cosa por unos días, la tenía consigo (tenencia), pero, al no considerarse su dueño, no tendría la posesión de esta porque carecía de *animus possidendi*. Además, la posesión podía ser realizada por una tercera persona que actuaba para otro. Así, el *paterfamilias* poseía cuando el *corpus* lo tenía un *alieni iuris* bajo su potestad, por ejemplo, su esclavo (D.41.2.8). En este caso, era necesario que el *paterfamilias* tenga el *animus possidendi*.

La posesión fue importante en el derecho romano. Una clasificación las distinguía entre la *possessio iusta* (posesión justa) y la *possessio iniusta* (posesión injusta). La *possessio iusta* era aquella que no fue adquirida con violencia ni clandestinamente, y era reconocida por el *ius civile* como aquella que podía conducir a la usucapión. La *possessio iniusta* era llamada también *vitiosa* (viciosa) porque era adquirida con violencia o clandestinamente; en esta última, no se favorecía al poseedor con la usucapión (D.43.17.2).

La *possessio civilis* (posesión civil) era la *possessio iusta* que debía ser *bona fides* (de buena fe) y *ex iusta causa*. En ella se daban los dos elementos:

*corpus* y *animus*. Esta posesión permitía lograr la usucapión de una cosa si se daba ininterrumpidamente por el plazo de tiempo establecido. Para Iglesias, la posesión civil era un derecho y tenía varios mecanismos de defensa como los interdictos y la *actio publiciana* (1979, p. 315).

La *possessio naturalis* (posesión natural) era la mera detentación, una situación física o material que no conducía a tener un derecho y, por consiguiente, no era equivalente a la posesión civil.

Como hemos visto, en la posesión no bastaba el ejercicio del poder físico sobre la cosa, también se tenía en cuenta la intención. Si quien tenía la cosa sabía que lo que estaba realizando era contrario al derecho, su posesión era de mala fe, como en el caso del ladrón. Por el contrario, si había una certeza de tener una cosa en su poder fundamentada en el derecho, se entendía que era un poseedor de buena fe.

Con el fin de proteger a quien ejercía la posesión, se dieron los interdictos. Estos eran herramientas procesales para rechazar a quien impidiese poseer una cosa o molestase.

- *Interdicta retinendae possessionis*: eran los interdictos que buscaban el reconocimiento de la posesión y mantener su ejercicio frente a quien la perturbaba o molestaba. Debía plantearse dentro del año en que sufrió la perturbación de su posesión. Al respecto, se distinguieron según se tratara de cosas muebles o inmuebles (*Gai.* 4.149). El *interdictum uti possidetis* defendía al poseedor de un inmueble como un edificio, un predio, un fundo, entre otros (*Gai.* 4.160). El *interdictum utrubi* protegía la posesión de las cosas muebles (*Gai.* 4.160). Estos interdictos estaban también en las Instituciones de Justiniano (I.4.15.4).
- *Interdicta recuperandae possessionis*: la finalidad de estos interdictos era recuperar la cosa poseída cuando se ha sido despojado con violencia. Debía plantearse dentro del año de haber sufrido el despojo. El *interdictum de vi* apuntaba a recuperar la cosa de quien la tenía pese a no tener derecho para ello, mientras que el poseedor

afectado ejercía una *possessio iusta* (Gai. 4.154). El *interdictum de vi armata* se empleaba cuando el despojo se había hecho con violencia, utilizando armas (Gai. 4.155). Estos interdictos también se encuentran en las *Instituciones* de Justiniano (I.4.15.6).

La posesión podía terminar cuando faltaba uno de sus elementos: el *corpus* o el *animus*. En el primer supuesto, si se sustraía o perdía la cosa mueble y otra persona se apoderaba de ella, terminaba la *possessio* del cuerpo porque ya no existía conexión del individuo con la cosa. Respecto a los inmuebles, dejar temporalmente un fundo o una casa debido al cambio de estación no daba por terminada la *possessio*. Esto sucedía cuando se dejaba la casa de playa en la época de invierno. En este caso, se mantenía el *corpus* porque el poseedor no se había desvinculado de la cosa; además, el vínculo del poseedor con la cosa se expresaba claramente, ya que este dejaba la casa de playa cerrada con llave hasta el próximo verano. Otro ejemplo era el de una inundación pasajera del predio que no afectaba la *possessio*, tampoco afectaba la propiedad de esta cosa inmueble (I.2.1.24). Si se producía la pérdida del *animus possidendi*, esta acarrea la terminación de la posesión, ya que la intención debía mantenerse en el tiempo. Sin embargo, es interesante tener presente que la locura no afectaba este *animus*, según el *Digesto* (D.41.2.25.1).

#### 4. *IURA IN RE ALIENA*

El *dominium* era un poder amplio que se ejercía de manera exclusiva sobre la *res*. No obstante, se identificaron algunos derechos (*iura*) que podían ejercerse sobre una cosa ajena. Estos derechos eran considerados como cosas incorpóreas (D.1.8.1.1; I.2.2.2); no fueron llamados «derechos reales», como sucedió posteriormente en las codificaciones civiles.

Los *iura in re aliena* (derechos sobre cosa ajena) no surgieron todos a la vez, fueron producto del desarrollo social, económico y jurídico romano a lo largo del tiempo. En este proceso de identificación y tratamiento de

los derechos sobre cosa ajena, tenemos que, en primer lugar, se constató que el *dominium* incluía varios derechos (*iura*) que eran ejercidos por el *dominus* (señor), como el uso (*ius utendi*) y el disfrute (*ius fruendi*). Luego, las relaciones sociales en Roma dieron lugar a casos en los que el dueño voluntariamente permitía a otra persona que usara o se beneficiara con los frutos de aquello que era su propiedad, pero el dueño no perdía el *dominium* sobre la *res*. Para ilustrar lo mencionado, daré unos ejemplos. En el primero, Marco tenía una carreta y autorizó a su amigo Tito para que la usara para transportar sus costales de trigo al mercado en la época de la cosecha. En este caso, Marco entendía que seguía siendo el propietario de la carreta, aunque Tito pudiese usarla por un tiempo. En el segundo ejemplo, Marco tenía varias vacas y, como su amigo Cayo estaba en una mala situación económica, decidió darle una por un período de tiempo, de modo que pueda hacer suyos los frutos —como los terneros o la leche—, sea para su consumo o para venderlos. Si bien Marco no quería perder la propiedad de la vaca, quería ser solidario con su amigo y brindarle la posibilidad de tener un alimento, así como ayudarle a generar algunos recursos. Con ello, Cayo se beneficiaba de tener esta vaca y podía usarla para arar y estercolar su campo de cultivo, sin embargo, estaba obligado a alimentar y cuidar la vaca durante el plazo en el que Marco se la había dado. En estos ejemplos, Marco tiene la propiedad de la carreta, aunque no podía usarla, y tampoco podía usar y hacer suyos los frutos de la vaca. Si bien el propietario tenía el derecho a la disposición (*ius abutendi*) de estas cosas, no podía ejercerlo en perjuicio de quienes gozaban de los otros derechos.

De esta manera, se identificaron los *iura in re aliena* (derechos sobre cosa ajena) en el derecho romano, los que podían otorgarse a una persona que no era el propietario. Recordemos que cuando alguno de estos derechos sobre la cosa era dado a terceros, el dueño mantenía la propiedad, pero se limitaba el ejercicio de sus derechos. A continuación, he seleccionado algunos de estos derechos:

- *Usus* (derecho de uso): en este caso, una persona que no era el propietario podía usar la cosa. En el derecho romano, se dio el derecho de uso sobre cosas corpóreas no consumibles. El derecho de uso no se podía transferir, en general, no permitía que se adquirieran los frutos. Este derecho se constituía por estipulaciones o testamento (I.2.5.pr.). Si el derecho de uso se daba sobre un esclavo o un animal de carga, correspondía beneficiarse de su trabajo (I.2.5.3). Si se daba el *usus* de una casa, el tercero, su familia y sus esclavos podían habitarla (I.2.5.2); pero debía cuidarla y mantenerla en buen estado. Además, quien tenía el uso de la casa podía alquilar las habitaciones que no eran utilizadas, así como tomar los frutos del fundo solamente para su sustento y el de su familia (D.7.8.12.1). No obstante, el uso de la casa no podía entorpecer las actividades agrícolas en el predio en el que esta se encontraba porque aquellas no estaban comprendidas en el derecho de uso y correspondían al propietario (I.2.5.1).
- *Habitatio* (derecho de habitación): este era considerado un derecho distinto al de uso. Consistía en permitir que un tercero viviera en una casa ajena; también podía arrendarla a terceros. El derecho de habitación era vitalicio. Se podía constituir por legado u otro pacto (I.2.5.5).
- *Servitutes* (servidumbres): eran llamadas «prediales» porque recaían sobre una cosa inmueble. Cuando un predio estaba obligado a brindar un servicio a otro predio, se establecía un derecho que podía consistir, por ejemplo, en pasar a través de él o en las cargas sobre el edificio del predio colindante (I. 2.3.1). El derecho de paso daba lugar a las servidumbres de pasaje, conducción o camino (I.2.3.pr.). Con las servidumbres, el propietario del predio sirviente veía limitados sus derechos, ya que no podía actuar de modo que perjudicara o limitara su ejercicio: estas eran entendidas como indivisibles (D.8.1.8.pr.). Las servidumbres no terminaban por

el cambio de propietario del predio; subsistían mientras se diese el supuesto que dio lugar a que un inmueble brinde un servicio a otro. Las servidumbres surgían por mandato de la ley o podían ser constituidas voluntariamente; en este último caso, se hicieron a través de estipulaciones (I.2.3.4).

- *Usus fructus* (usufructo): permitía tener el *ius utendi* (uso) y el *ius fruendi* (disfrute) sobre una cosa ajena que sea corpórea y no consumible. El dueño seguía teniendo la propiedad, pero su actuación sobre la *res* era limitada. El usufructo era un derecho que resultaba afectado por la muerte o por las disminuciones de cabeza máxima o media (I.2.4.3) del usufructuario. Si bien el usufructo podría considerarse como un derecho amplio y muy ventajoso, el usufructuario debía tener cuidado al usar y hacer suyos los frutos de la *res*, ya que no podía menoscabarla ni destruirla (I.2.4.pr.). Los frutos eran aquellos que surgían naturalmente de la cosa, como las uvas de la vid, los terneros de las vacas o la lana de las ovejas (I.2.1.37).

En el derecho romano se dio una discusión respecto al usufructo de una esclava, ya que no había consenso si el hijo de esta (*partus ancillae*) era un fruto o no. La controversia surgía porque el dueño de la esclava afirmaba que no era fruto y reclamaba al hijo (que era un esclavo) como cosa suya; mientras que el usufructuario señalaba que era una criatura nacida de la esclava y, por ello, un fruto que le pertenecía. Si bien hubo diversas respuestas, considero interesante la posición que asumió Justiniano cuando estableció que «[...] entre los frutos de la esclava no se entienden sus hijos, que por consiguiente pertenecen al dueño de la propiedad. Parecería absurdo, en efecto, considerar como fruto al hombre, para quien la naturaleza lo ha creado todo» (I.2.1.37). De esta manera, se enfatizó la centralidad del ser humano en el derecho romano y se

exceptuó considerarlo como fruto. En consecuencia, el hijo de la esclava dada en usufructo era *res* del propietario de la madre.

Había varias disposiciones aplicables al usufructo, como cuando se daba el usufructo de un rebaño, el usufructuario estaba obligado a reemplazar con las crías obtenidas los animales muertos, de modo que, al terminar el usufructo, se devolvía un rebaño con el mismo número de animales que recibió (I.2.1.38). Con ello, quiero destacar que hubo una clara intención de proteger el patrimonio del propietario, salvaguardar las cosas dadas en usufructo y mantener su valor económico.

Espero que todos los derechos mencionados permitan entender en qué supuestos un tercero podía usar o disfrutar de una cosa que pertenecía a otra persona. Hay otros *iura in re aliena* que no he abordado, por lo que sugiero revisar las fuentes jurídicas romanas y la doctrina especializada para conocerlos.

## 5. PREGUNTAS

1. ¿Qué fue el *dominium* en el derecho romano?
2. ¿Cuáles eran las cosas incorpóreas?
3. ¿Cuáles fueron los *iura in res aliena*?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 7

### SOBRE OBLIGACIONES (*OBLIGATIONES*)

En el derecho romano, los derechos eran considerados *res incorporales* (cosas incorpóreas) y entre ellos se encontraban las obligaciones (D.1.8.1.1; I.2.2), que vinculaban a las personas.

Hubo varios cambios en el tratamiento de las obligaciones a lo largo de la historia de Roma. No obstante, este tema fue muy importante y trascendió en el tiempo. Por ello, muchos conceptos, instituciones y principios de las obligaciones que encontramos en las fuentes jurídicas romanas sobre las obligaciones se encuentran vigentes actualmente en el derecho civil. Si bien un tratamiento exhaustivo de las obligaciones en el derecho romano excedería el objetivo de este libro, presentaré qué era una obligación, cuál era su clasificación y sus fuentes.

#### 1. LA DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN (*OBLIGATIO*)

Etimológicamente, obligación provenía de la conjunción de *ob* y *ligare*, que se traduce en amarrar o atar. La obligación fue muy importante en Roma y tuvo una evolución interesante a lo largo del tiempo. Inicialmente, la *obligatio* era un vínculo religioso-jurídico que se establecía entre dos *patresfamiliarum*, es decir, ciudadanos romanos *sui iuris* mayores de edad que se comprometían ante los dioses y los hombres. Era un vínculo personal (*nexum*) que se daba a través de una atadura (*ligo*) ritual que los

unía en presencia de testigos. La importancia del compromiso asumido a través de la *obligatio* se hacía evidente en las consecuencias en caso de incumplimiento, que eran muy severas. Si incumplía, el *paterfamilias* respondía no solamente con su patrimonio: estaba en juego su propio cuerpo, su vida. En consecuencia, solo se podía tener una *obligatio* a la vez y, cuando esta era satisfecha, el vínculo o atadura se rompía o disolvía para liberarlos.

Antiguamente, la relación obligacional se daba por el mutuo. El deudor recibía una suma de dinero o un bien consumible —como vino o harina— y se obligaba a devolver al acreedor la misma especie, cantidad y calidad de la cosa recibida dentro de un plazo; se sometía de manera personal (*nexum*) al acreedor (Iglesias, 1979).

En la *Ley de las XII Tablas*, se presentó el procedimiento en caso de incumplimiento del pago dentro del plazo acordado y sus consecuencias. Si el deudor reconocía la deuda contraída o había sido condenado a pagarla, tenía treinta días para hacerlo (*Tab. III.1*). Si el deudor no pagaba en ese plazo, se llevaba a cabo la *manus iniectio* —colocar la mano encima del cuerpo— sobre el deudor, quien era llevado ante el magistrado (*Tab. III.2*). Si no cumplía con el pago, el deudor era sujetado con grilletes (*Tab. III.3*) y encarcelado por el acreedor, quien lo llevaba a su casa y solo estaba obligado a darle la manutención mínima durante el período en que estaba detenido (*Tab. III.4*). El acreedor podía mantenerlo encarcelado hasta por sesenta días (*Tab. III.5*). Si el deudor no pagaba o no encontraba quien lo libere pagando lo adeudado, el acreedor podía venderlo como esclavo fuera de Roma al otro lado del río Tíber (*transtiberim*) con el fin de obtener el pago correspondiente (*Tab. III.5*). Si no conseguía venderlo como esclavo, el acreedor podía matarlo de una manera cruel, ya que se admitía que su cuerpo sea mutilado (*Tab. III.6*); estaba exonerado de responsabilidad penal por esta muerte. De esta manera, quedaba claro que obligarse significaba tener un vínculo jurídico importante, ya que su incumplimiento no solo tenía consecuencias patrimoniales sino podía acarrear la muerte del deudor. En consecuencia, mientras se aplicó la

*Ley de las XII Tablas*, un individuo no podía tener varias obligaciones a la vez, ya que tenía un solo cuerpo para hacer frente al incumplimiento.

Con el correr del tiempo, la situación cambió porque los romanos vieron que era desfavorable no poder celebrar varios contratos a la vez y discutieron acerca de cuáles debían ser las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación. En el 326 a.C., la *Lex Poetelia Papiria* eliminó el encarcelamiento del deudor por no pagar una deuda. Así, se dejó de lado responder con el cuerpo del deudor y se pasó a afectar la totalidad de su patrimonio en caso de incumplimiento. Sin embargo, ante obligaciones con poco valor patrimonial, resultaba excesivo que la totalidad del patrimonio del *paterfamilias* deudor estuviera comprometido en caso de incumplimiento; era más justo responder proporcionalmente al valor económico de aquello a lo que se había obligado. De este modo, el incumplimiento de una obligación no llevaba a la privación de la libertad del *paterfamilias* deudor, que se había visto penalizado con las consecuencias previstas en la *Ley de las XII Tablas*; ahora respondía con su patrimonio o una parte de este.

Con el tiempo, la *obligatio* perdió sus elementos religiosos y fue entendida como un vínculo jurídico entre dos *patresfamiliarum*. De este modo, llegamos a la construcción de una definición jurídica de obligación. En el *Corpus Iuris Civilis*, encontramos las siguientes definiciones: «La esencia de las obligaciones no consiste en que nos entreguen alguna cosa en propiedad o en que nos hagan titulares de una servidumbre sino en que se constrinja a otro a que nos dé, haga o cumpla algo [*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*]» (D.44.7.3.pr.). Esta definición en el *Digesto* fue atribuida al jurista Paulo. En ella, se ponía énfasis en que la parte esencial de la obligación era compeler al deudor a cumplir aquello a lo que se comprometió (Valencia Restrepo, 1986). El cumplimiento de la obligación se daba a través de *dare* (dar), *facere* (hacer) o *praestare* (prestar), según correspondiera.

La definición que se encuentra en las *Instituciones* de Justiniano precisa mejor algunos puntos que no se evidenciaron en la de Paulo: «La obligación es un vínculo de derecho formado según nuestro derecho civil, y que nos obliga a pagar alguna cosa [*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*]» (I.3.13.pr.).

Como hemos visto, las *Instituciones* de Justiniano es una codificación que tuvo como finalidad servir de manual para que los estudiantes aprendan acerca del derecho en el siglo VI d.C. Por ello, presentaba de manera clara y sencilla lo que era una obligación, sin profundizar varios temas que podrían ser discutidos después con los profesores en las clases. No obstante, considero necesario hacer algunos comentarios sobre la definición citada líneas arriba. En primer lugar, la obligación fue un vínculo de derecho (*iuris vinculum*), es decir, dejó de tener un aspecto religioso. La obligación relacionaba a dos personas que se encontraban en distintas posiciones: el acreedor y el deudor. Ello no excluía la posibilidad de contar con una pluralidad de acreedores o deudores, como podemos verlo en el caso de los coestipulantes y los copromitentes (I.3.16.pr.). La obligación fue el vínculo que el derecho establecía entre ellos hasta que la atadura era disuelta con el pago.

En segundo lugar, si bien el vínculo que se da entre acreedor y deudor era jurídico, este se constituía según los derechos de nuestra ciudad (*secundum nostrae civitatis iura*). Una lectura rápida podría llevarnos a una conclusión inexacta: que las obligaciones eran solamente los vínculos del *ius civile*. Sin embargo, aquí resulta importante tener en cuenta lo que se señalaba en latín: al referirse a los derechos de nuestra ciudad, no se limitaba al *ius civile* sino a todos aquellos que se aplicaban en el territorio romano, como el *ius gentium* y el *ius honorarium*. Sobre este punto volveré cuando se presenten las clases de las obligaciones.

En cuanto al contenido de una obligación, pareciera que la definición de las *Instituciones* (I.3.13.pr.) se refería a las que consistían en dar, porque el deudor estaba obligado «a pagar alguna cosa». Nuevamente el texto en

latín (*solvendae rei*) nos brinda más claridad, ya que esta expresión alude a disolver (*solvere*) algo; es decir, deshacer o destruir el vínculo jurídico entre las partes a través del pago. No afirmó que el vínculo solamente se rompía al dar una cosa ni que las obligaciones exclusivamente consistían en dar. En consecuencia, las obligaciones podían consistir en dar (*dare*), hacer (*facere*) o prestar (*praestare*). Ello se complementa con lo dispuesto en el *Digesto* cuando se señala que: «Con la denominación de “acreedores” son comprendidos no solamente los que prestaron dinero, sino aquellos a los que por cualquier causa se les debe [*Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex quilibet causa debetur*]». (D. 50.16.11).

En consecuencia, el pago al acreedor se podía realizar a través de la entrega de una suma de dinero u otra cosa; pero también con un *facere* (hacer) o *praestare* (prestar).

Luego de referirme a la definición de la obligación en las *Istituciones* (I.3.13.pr.), puede surgir la siguiente pregunta: dada la importancia de las obligaciones, ¿por qué no eran un eje temático en el derecho romano, como sí lo eran las personas o las cosas? Para responderla, recordemos que en el *Digesto* (D.1.5.1) se afirmó que «Todo el derecho de que usamos, concierne ó a las personas, ó a las cosas, ó a las acciones». Por ello, se identificaron los tres grandes ejes temáticos del derecho romano, pero no se mencionaron a las *obligationes*. Sin embargo, considero que esta ausencia es aparente, toda vez que *res* comprendía «la cosa misma y sus derechos» (D.50.16.23). Como las obligaciones eran derechos, fueron consideradas como cosas incorpóreas (D.1.8.1.1.; I.2.2.pr.). En consecuencia, estas correspondían al eje de las cosas.

Esta constatación brinda también elementos que ayudan a determinar cuáles eran las relaciones entre derechos reales y obligaciones desde la perspectiva jurídica romana. En primer lugar, tanto los derechos que recaían sobre las cosas como las obligaciones eran clasificados como cosas incorpóreas. En segundo lugar, en las fuentes jurídicas romanas no se encuentra una expresión equivalente a «derechos reales». Como el

*dominium* era un poder, técnicamente tenía un alcance mayor que un derecho. En cuanto a los derechos que un tercero podía tener sobre una cosa (*iura in re aliena*), tampoco eran denominados reales. En tercer lugar, si analizamos las acciones correspondientes, veremos que estas se dividían en reales y personales (I.4.6.1); pero también se reconocían la existencia de acciones mixtas:

- *Actiones in rem*: eran aquellas que se daban cuando la controversia se refería a la *res* o la perseguía (I.4.6.1). Por ejemplo, cuando alguien poseía una cosa y otra persona pretendía reivindicarla porque afirmaba ser su propietario.
- *Actiones in personam*: eran aquellas que surgían en virtud de un contrato, delito u otra obligación. Buscaban que alguien cumpliera aquello a lo que estaba obligado jurídicamente (I.4.6.1). Por ejemplo, cuando se reclamaba al comprador que realice el pago del precio de la cosa vendida.
- Acciones mixtas: en el derecho romano, se admitió que había casos en los que la acción se refería a la *res* pero también al cumplimiento que debía realizar una persona (I.4.6.19-20). Por ejemplo, la *actio familiae erciscundae*—referida en la *Ley de las XII Tablas* (*Tab.* V.10) y posteriormente en las *Instituciones* de Justiniano (I.4.6.20)— se daba cuando los coherederos planteaban la partición de las cosas dadas en herencia. En este caso, el juez, al realizar la partición correspondiente, adjudicaba la cosa a quien correspondía; también podía ordenar a quien recibió la propiedad de la cosa que pagara una suma de dinero a favor de los demás copropietarios.

Una vez definida la obligación, veremos cómo estaba clasificada.

## 2. LAS CLASES DE OBLIGACIONES

En las fuentes jurídicas romanas se encuentra la clasificación de las obligaciones. En primer lugar, tenemos lo planteado por Gayo en sus

*Institutiones*: «Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división abarca dos clases: pues toda obligación o nace de contrato o nace de delito [*quarum summa divisio in duas species diducitur*]» (*Gai.* 3.88). En estricto, esta no es una clasificación de las obligaciones pues se refiere a sus fuentes.

Además, tenemos otra clasificación en las *Institutiones* de Justiniano que considero importante analizar porque se refiere a qué derecho resultaba aplicable a las obligaciones: «Todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases, y son, o civiles o pretorianas. Civiles, las que han sido o establecidas por las leyes o reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdicción: estas últimas se llaman también honorarias» (I.3.13.1).

Esta clasificación permite afirmar que las obligaciones no solamente provenían del *ius civile*; estas también tuvieron su origen en el *ius honorarium*, gracias a la fructífera actividad jurisdiccional del pretor.

## 2.1. Las obligaciones civiles

Las obligaciones civiles eran los vínculos jurídicos establecidos por el *ius civile* a través de las *leges*, las que contaban con una *actio*. Cuando la obligación nacía en virtud de la ley, no requería que exista un acuerdo de voluntades entre las partes.

En cuanto a la fuente de las obligaciones civiles, se produjeron cambios con el correr del tiempo. Cuando las asambleas populares dejaron de reunirse para tomar acuerdos porque el número de ciudadanos romanos aumentó, surgieron otras fuentes que tomaron el lugar de las leyes. Primero, fueron los senadoconsultos; luego, las constituciones imperiales (*leges*) que daba el príncipe en ejercicio del poder legislativo otorgado por el pueblo romano al investirlo con el *imperium*. Por ello, se afirmó que las obligaciones civiles surgieron de las diversas fuentes del *ius civile*: las leyes, los senadoconsultos y las constituciones imperiales.

Algunos ejemplos de las obligaciones civiles eran la *sponsio* (promesa) y la *stipulatio* (estipulación). Las leyes también podían dar lugar a

obligaciones por los delitos privados, por ejemplo, la *Lex Aquilia* sobre el daño injustamente causado (I.4.3.pr.).

## 2.2. Las obligaciones pretorianas u honorarias

En las *Instituciones* de Justiniano se afirmó que hubo obligaciones pretorianas u honorarias, las que fueron constituidas por el pretor (I.3.13.1). Antes de abordarlas, quisiera hacer una precisión. Como se señala en el *Digesto* (D.1.1.7.pr.), el adjetivo «pretorio» o «pretoriano» hacía referencia al *praetor*, quien las estableció por razón de utilidad pública. Este no estaba relacionado con el *praefectus pretorio*, funcionario que tuvo otras competencias. Con el fin de emplear con precisión los términos, prefiero llamarlas «obligaciones honorarias», porque hacen referencia a la labor de los magistrados romanos. En general, la actividad del pretor era la que se relacionaba con el *ius honorarium*; sin embargo, hubo otros magistrados, como los ediles curules, quienes también dieron edictos y contribuyeron con el desarrollo del derecho honorario (I.1.2.7).

Como hemos visto, el pretor era un magistrado muy importante en la República y estaba revestido de honor. En el ejercicio de su *iurisdictio*, el pretor formulaba el *ius honorarium* para ayudar, suplir o corregir el *ius civile* (D.1.1.7.1). El pretor establecía anualmente las acciones que otorgaba en su edicto perpetuo y tenía en cuenta los requerimientos sociales. Algunas veces utilizó las fórmulas ficticias e *in factum* (sobre un hecho) para aquellas obligaciones que no surgían del *ius civile*. Estas fueron las llamadas honorarias. Por ejemplo, el pretor concedió la acción de la *Lex Aquilia* sobre el daño injustamente causado a los peregrinos (Alba Crespo, 1995).

## 2.3. Las obligaciones de *ius gentium*

Si bien no se mencionaron expresamente en la clasificación de las *Instituciones* de Justiniano (I.3.13.1), considero importante tener en cuenta que varias obligaciones surgieron a partir de la aplicación del *ius gentium*.

Como se vio anteriormente, para resolver las controversias que surgieron entre las personas durante la República en Roma, los magistrados que tuvieron jurisdicción fueron el pretor urbano y el pretor peregrino. Este último fue muy activo e identificó varios vínculos jurídicos que tenían su origen en el *ius gentium*. Esto se señaló expresamente en el *Digesto*:

Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se dividieron las gentes, se fundaron los reinos, se distinguieron los dominios, se pusieron límites a los campos, se construyeron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil [*obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a iure civil introductae sunt*] (D.1.1.5).

En atención a este fragmento del *Digesto*, resulta evidente que las obligaciones fueron, en su mayoría, introducidas por el *ius gentium*, esto es, tuvieron su origen en vínculos jurídicos establecidos por el derecho de gentes gracias a la valiosa labor del *praetor peregrinus*. Este derecho fue el origen de la mayoría de los contratos como la compraventa (*emptio, venditio*) o los arrendamientos (*locatio, conductio*). Esto es consistente con la importancia que tuvo el *ius gentium* en la protección de las relaciones jurídicas que surgían entre ciudadanos y peregrinos, así como entre estos últimos.

Se podría decir que no era necesario haber tratado en este punto las obligaciones del *ius gentium* porque el *praetor peregrinus* las protegía con sus edictos y, por ello, eran consideradas como obligaciones honorarias. No estoy de acuerdo con considerarlas en esta clasificación. Hay que recordar que el *ius honorarium* tenía como finalidad ayudar, suplir o corregir el *ius civile* (D.1.1.7.pr.) y ser su viva voz (D.1.1.8); es decir, se refería directamente al derecho de la ciudad. Además, había una diferencia conceptual importante entre *ius honorarium* y el *ius gentium*. El primero surgió por la *iurisdictio* de un magistrado romano que aplicaba el *ius civile*; el segundo no fue creado por las autoridades romanas, ya que era

el derecho común a todos los pueblos, establecido por la razón natural. Finalmente, si bien existió una relación entre *ius civile* y *ius gentium*, estos no fueron idénticos.

#### 2.4. Las obligaciones naturales

Estas obligaciones fueron mencionadas en las *Instituciones* de Gayo porque se señaló que, respecto al fiador o *fideyusor*: «La obligación en que él interviene lo mismo puede ser civil que natural» (*Gai.* 3.119<sup>a</sup>: *utrum civilis an naturalis obligatio sit*). Aunque no la encontramos en la clasificación de las *Instituciones* de Justiniano (I.3.13.1), considero necesario referirme a ellas porque fueron tratadas en las fuentes jurídicas romanas.

La obligación natural establecía un débito, pero no tenía acción para exigir su cumplimiento al deudor. Esta se entendía como un vínculo de equidad de contenido moral (Valencia Restrepo, 1986). Si el deudor pagaba, el acreedor tenía la facultad de retener lo pagado (*soluti retentio*) y no podía ser obligado a devolverlo. Como señalaba Ulpiano, los seres humanos debían cumplir lo que pactaron entre sí: «Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron? [*Huius Edicti aequitatis naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*]» (D.2.14.1.pr.), aunque no haya mecanismos procesales para constreñirlos a hacerlo.

Algunos supuestos en los que surgían las obligaciones naturales eran los siguientes:

- Las contraídas por los *alieni iuris* libres, sea con su *paterfamilias* o con otra persona. Al respecto, veamos dos ejemplos de la obligación natural que surgía entre el *paterfamilias* y un *alieni iuris* bajo su patria potestad, así como entre otra persona y el *alieni iuris*, por el contrato de mutuo:

Se preguntó si un padre prestó dinero á un hijo, y este pagase después de emancipado, lo podrá repetir. Se respondió que no lo repetirá si no le quedase cosa alguna de su peculio en poder del padre; porque permanece la obligación natural: lo mismo se ha de decir quando el extraño pide por la acción de peculio dentro de un año, que el padre sacará lo que le debía el hijo (D.12.6.38.1).

Al contrario, si el padre pagase lo que debía al hijo emancipado, no lo repetirá; porque en este caso también permanece la obligación natural, y se prueba con el mismo argumento; pero si el extraño pide dentro del año por la acción de peculio, también se computa lo que el padre le debía: lo mismo se dirá si el heredero extraño pagase al hijo desheredado lo que el padre le debía (D.12.6.38.2).

En ambos casos, el derecho romano reconocía que podía surgir una obligación natural entre el *paterfamilias* y sus subordinados (*alieni iuris*), así como entre estos últimos y otra persona que no sea parte de su familia. Además, se precisó en qué supuestos el acreedor podía retener lo pagado (*soluti retentio*), dado que era una obligación natural, pero también debía llevar una solución basada en la equidad.

- Con respecto a los esclavos, estos contraían obligaciones (*Gai.* 3.119). Las fuentes jurídicas romanas establecieron que el esclavo podía recibir el derecho de estipular (*ius stipulandi*) de su señor (I.3.17.pr.), lo que le permitía obligarse. Cuando el esclavo contraía una obligación natural y, si se realizaba el pago, no había repetición, según lo señalado en estos fragmentos del *Digesto*:

El siervo se obliga también naturalmente; y por esto si alguno paga en su nombre, ó él mismo después de manumitido pagase del peculio, cuya libre administración tenía, no se podrá repetir, como escribe Pomponio [*Naturaliter etiam servus obligatur...repeti non poterit*] (D.12.6.13.pr.).

Si lo que el señor debía á su siervo lo pagó después de manumitido, aunque creyese que él le estaba obligado por alguna acción, con todo

no lo podrá repetir; porque pagó lo que debía por obligación natural [*tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum*] (D.12.6.64).

Dado que era una obligación natural contraída por el esclavo, el acreedor podía retener lo pagado (*soluti retentio*).

- Cuando el pupilo actuaba sin autorización del tutor, se daba una obligación natural. Si el pupilo realizaba el pago, incluso cuando había alcanzado la pubertad, no había repetición, tal como se estableció en el *Digesto*: «Mas lo que recibió el pupilo en mutuo sin autoridad del tutor, y aumentó su patrimonio, si lo pagase después de púbero, no lo repite [*si pubes factus solvat, non repetit*]» (D.12.6.13.1).
- Si una persona sufrió una disminución de cabeza, subsistirá una obligación natural (D.4.5.2.2: *Hi qui capite minuitur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter*).

Adicionalmente, existieron algunas obligaciones naturales llamadas impropias en las que, sin que existiera un vínculo jurídico, dieron lugar a la *solutio retentio* por consideraciones morales (Alva Crespo, 1995). Como ejemplos de las obligaciones naturales impropias, tenemos las siguientes:

- El fideicomiso que no se debía y que fue pagado. Al respecto, se afirmó en el *Digesto*: «El fideicomiso pagado en virtud de estipulación, aunque no se debiese, con todo, porque se prometió con ciencia cierta para satisfacer la confianza del testador, se debe [*Fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen a sciente fidei explendae causa promissum esset, debetur*]» (D.12.6.62).
- La mujer que dio la dote sin estar obligada, según el *Digesto*: «Si la mujer cree que está obligada a la dote, no repite lo que diese por esta razón; pues aunque cese la falsa opinión, queda la causa de piedad, por la cual no podrá repetir lo que pagó [*Mulier, si in ea*

*opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dedderit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest]» (D.12.6.32.2).*

En ambos casos, se trata de situaciones en las cuales no hay obligación. Si se pagaba algo, no estaba sustentada en un vínculo jurídico. Por ello, los fundamentos para la no repetición son de carácter moral.

Una vez identificadas las clases de obligaciones que existían en el derecho romano, vamos a revisar cuáles eran sus fuentes.

### 3. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Antes de desarrollar cómo se clasificaron las fuentes de las obligaciones, considero necesario precisar que existieron otros vínculos jurídicos que surgieron en virtud de las leyes, que se referían a hechos ilícitos que hoy corresponderían al derecho penal.

Había algunas conductas consideradas como reprobables y rechazadas por el *populus romanus*, que eran severamente castigadas: los crímenes (*crimina*). Estos ilícitos afectaban la utilidad pública y se realizaban con dolo (D.48.1.1). Los crímenes fueron establecidos por la ley. Dada la importancia de la utilidad afectada, cualquier ciudadano romano podía denunciar y perseguir un crimen (I.4.18.1). Quien presuntamente había cometido un crimen era procesado en un juicio público y, de ser declarado culpable, se daban diferentes penas. En los juicios públicos capitales, se daban las penas más severas, como la muerte, la esclavitud o la deportación (D.48.1.1.2; I.4.18.2), que acarreaban las disminuciones de cabeza máxima (I.1.16.1) o media (I.1.16.2). Algunos ejemplos de crímenes sancionados en el derecho romano a través de juicios públicos capitales, según las *Instituciones* de Justiniano, fueron:

- El adulterio, establecido por la *Lex Iulia* (I.4.18.4).
- El homicidio, establecido por la *Lex Cornelia* (I.4.18.5).

- El parricidio, establecido por la *Lex Pompeia* (I.4.18.6).
- La falsificación de testamentos y otros documentos, establecido por la *Lex Cornelia* (I.4.18.8)
- El peculado, establecido por la *Lex Iulia* (I.4.18.9).

Además, existían crímenes que eran sancionados con penas pecuniarias o castigos corporales a través de juicios públicos no capitales (D.48.1.1.2; I.4.18.2). Para quien se quiera familiarizar con el derecho penal en Roma, conocer más acerca de cuáles eran las conductas ilícitas, el proceso penal y las sanciones que se dieron y cómo fueron evolucionando con el tiempo, le recomiendo revisar las fuentes jurídicas romanas y la obra de Mommsen (1991).

Luego de haber explicado los crímenes que eran establecidos por una ley y cómo eran sancionados en el derecho romano, pasaremos a presentar cuáles fueron las fuentes de las obligaciones en el derecho romano.

### 3.1. La clasificación en la *Ley de las XII Tablas*

Desde sus inicios, el derecho romano consideró que las obligaciones podían nacer en dos supuestos: los contratos y los delitos. Por ello, se señaló que había una bipartición de sus fuentes.

En la *Ley de las XII Tablas*, se encuentran referencias a los contratos (*Tab. VI.2*), los que eran celebrados solemnemente. En cuanto a los delitos, tenemos que el *furtum* (*Tab. VIII.12*) y las injurias (*Tab. VIII.3*) eran hechos ilícitos que fueron sancionados con diversas penas.

### 3.2. La clasificación en las *Instituciones de Gayo*

Posteriormente, el jurisprudente Gayo recoge esta bipartición en sus *Instituciones*, ya que afirmaba que las obligaciones surgían de contratos o delitos: «Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división abarca dos clases: pues toda obligación o nace de contrato o nace de delito [*Nunc*

*transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas especies diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto]*» (Gai. 3.88).

Para Gayo, el *contractus* (contrato) era un hecho lícito que se producía cuando dos personas celebraban un acuerdo. Pero no bastaba la existencia del acuerdo de voluntades, ya que en el derecho romano era relevante que se cumpliera la formalidad requerida para que nazca el contrato y que este tuviese una acción correspondiente, la que permitiera actuar contra la parte que lo incumplía. En consecuencia, el contrato existía solamente en la medida que se cumplían con las formalidades correspondientes y siempre que existieran acciones para lograr su cumplimiento.

En cuanto al *maleficium* (delito), era el hecho ilícito que afectaba el interés de un individuo y, por consiguiente, privado. La persecución de un delito debía realizarla quien fue afectado por este; la sanción era, por lo general, una pena pecuniaria. En el derecho romano, los delitos eran establecidos por ley como el *furtum* en la *Ley de las XII Tablas* y la *Lex Aquilia* sobre el daño injustamente causado (Gai. 4.76).

De este modo, se entendía que las obligaciones se originaban en contratos o en delitos. No obstante, esta bipartición fue cuestionada posteriormente porque no contemplaba otras figuras que generaban obligaciones como, por ejemplo, el pago indebido (Gai. 3.91) y los vínculos jurídicos que surgían por la tutela.

### 3.3. La clasificación en las *Res cottidianae*

La vida en Roma llevó a que las relaciones entre sus habitantes se vuelvan más dinámicas y complejas con el transcurrir del tiempo. La jurisprudencia romana identificó una serie de vínculos jurídicos que surgía entre las personas y que no podían considerarse un contrato o un delito. Al respecto, se pudo apreciar que la tutela establecía obligaciones entre tutor y pupilo aunque ellos no la hayan pactado; así como la que surgía de una gestión de negocios, por citar algunos ejemplos. Sin embargo, ni la tutela ni la gestión de negocios nacieron de un contrato. Además, el pretor había otorgado acciones en los casos en los que se producían daños, los que eran

resarcidos a través de una suma de dinero sin que el vínculo jurídico haya sido establecido en virtud de la ley ni voluntariamente entre las personas, por lo cual no era considerado un delito.

Frente a la constatación de que existían obligaciones que surgían de fuentes distintas al contrato y delito, se estableció una tripartición de las fuentes de las obligaciones en la obra *Res cottidianae*, la que es atribuida al jurista Gayo, aunque se discute si efectivamente fue su autor. Este texto estableció que, además de los contratos y delitos, las obligaciones podían surgir de varios tipos de causas (*variae causarum figurae*). El pago indebido resultaba incluido en este último grupo (*Gai.* 3.91). Esta tripartición, que reconoce una fuente adicional a los contratos y delitos, ha sido referida en el *Digesto* (D.44.7.5.pr.).

Pese a que esta tripartición daba respuesta a las críticas a la clasificación bipartita que presentó Gayo en sus *Instituciones* (*Gai.* 3.88), no se definió claramente qué se incluía en esta tercera fuente, dejando sin determinar a qué figuras se refería. Además, entre aquellas obligaciones que surgían de fuentes distintas a los contratos y delitos, habían hechos lícitos y otros ilícitos, lo cual hacía más difícil establecer qué se incluía en las *variae causarum figurae*. Por ello, continuó la discusión sobre las fuentes de las obligaciones.

### 3.4. La clasificación justiniana

Si bien la tripartición atribuida a Gayo permitía responder a la crítica de los juristas sobre la fuente de aquellas obligaciones que no surgían de un contrato o un delito, no brindó una respuesta satisfactoria. En el *Corpus Iuris Civilis*, Justiniano brindó una respuesta y estableció la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones: «Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasi contrato, o de un delito o de un cuasi delito [*Sequens divisio in quattuor species diducitur: autem enim ex contractu sunt aut quasi contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*]» (I.3.13.2).

Frente a esta clasificación se suele encontrar la siguiente crítica: la cuatripartición es incompleta porque esta no incluye a la *lex* como fuente de una obligación, por ende, se sostiene que hubo una clasificación quinary (Valencia Restrepo, 1986). Sin embargo, no comparto esta posición. Como se verá a continuación, en las fuentes de las obligaciones sí se contemplaron aquellas que surgían por virtud de la ley, como los delitos y los cuasicontratos.

### 3.4.1. *Contractus (contrato)*

Como hemos visto anteriormente, el contrato fue una importante fuente de las obligaciones desde los orígenes del derecho romano. El *contractus* era un acto lícito y voluntario, que nacía cuando dos personas llegaban un acuerdo y cumplían la formalidad establecida. Además, contaba con una acción que tenía el nombre del contrato correspondiente, a través de la cual se podía accionar y reclamar contra la parte que lo incumplía.

Considero importante precisar que la convención no era sinónimo de contrato, como veremos a continuación:

La palabra convención es general, perteneciente á todas aquellas cosas, sobre que por causa de contraer o transigir algún negocio, consenten y se conforman aquellos que lo tratan entre sí; porque así como se dice que se convienen y juntan los que de diversos lugares vienen á uno; así también se dice que se convienen los que de diversos movimientos del ánimo consenten y se conforman en uno; esto es, se conforman en un mismo parecer. El nombre convención es tan general, que como dice elegantemente Pedio, no hay contrato alguno, ni obligación, que no contenga convención, ya sea de obra ó de palabra; porque también la estipulación que se hace por palabras, si le falta el consentimiento, es nula [*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem*

*conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*] (D.2.14.1.3).

Resulta evidente que el contrato requiere de un acuerdo (*conventio*), no puede existir sin el consentimiento (*consensus*) de las personas. No obstante, se debe tener en cuenta que el acuerdo de voluntades no era suficiente para que nazca el contrato: se debía cumplir la formalidad correspondiente y tener una acción.

Adicionalmente, se distinguió el *contractus* del *pactum* (pacto), que era el acuerdo de voluntades desprovisto de formalidad, como se estableció en el *Digesto*: «Pacto es el consentimiento de dos ó más personas en una misma cosa [*Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*]» (D.2.14.1.2). Se encuentran referencias al *pactum* en la *Ley de las XII Tablas*, ya que se permitió que los miembros de una asociación establezcan pactos entre ellos (*Tab. VIII.2*) y también en el *Digesto* (D.47.22.4). El pacto se entendía «desnudo» porque carecía de acción. Para «vestirlo», era necesario que se le dé una acción. Al respecto, la labor jurisdiccional del pretor fue muy importante ya que este dio acciones a algunos pactos.

En consecuencia, el contrato en el derecho romano existía solamente en la medida que se cumplían con las formalidades correspondientes y siempre que existieran acciones para lograr su cumplimiento.

Hubo varias clasificaciones de los contratos a través de la historia de Roma. En la medida que el *Corpus Iuris Civilis* tuvo una gran influencia posterior, presentaré la clasificación de los contratos que se encuentra en las *Instituciones* de Justiniano: «Tratemos primero de las que nacen de un contrato, y que se subdividen en cuatro especies; en efecto, se forman por la cosa, o por las palabras, o por escrito, o por el solo consentimiento [*Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensus*]» (I.3.13.2). Veamos ahora qué contratos estaban en cada una de las clases antes mencionadas.

- a. Los contratos reales o que se contraen mediante la *res*: eran los contratos que se perfeccionaban con la entrega de la cosa (*obligari re*). Entre los contratos reales (D.44.7.1; I.3.14.pr.), tenemos el mutuo (*mutuum*), el comodato (*commodatum*), la prenda (*pignus*) y el depósito (*depositum*).
- b. Los contratos que se contraen por las palabras (*obligatio verbis contracta*): estos se denominaban contratos verbales, solemnes o formales, porque era indispensable expresar correctamente la fórmula oral para que este naciera. La voluntad de las partes debía ser manifiesta a través de las palabras establecidas (*Gai.* 3.92). Esto sucedió en los contratos de *ius civile*, en los que era necesario decir los términos de manera clara y precisa para que el vínculo obligacional se establezca entre las partes (*Gai.* 3.170). En estos contratos, la *stipulatio* era sumamente importante (I.3.15.1). En ella, se formulaba una pregunta y luego se daba la respuesta correspondiente: *Spondes?* (;prometes?) *Spondeo* (prometo). Estas debían ser coincidentes. El objeto de estos contratos podían ser cosas o hechos (I.3.15.7). Entre los que podían realizar estipulaciones por tener *ius stipulandi*, tenemos a las personas libres y los esclavos (I.3.17.pr.), quienes podían beneficiarse con los hechos acordados a su favor, como pasar o conducir por cierto lugar (I.3.17.2). Además de la *stipulatio*, eran contratos verbales la *dotis dictio*, que era una promesa solemne de dar la dote (*Gai.* 3.95<sup>a</sup>) y la *promissio iurata liberti*, por la cual el liberto prometía un regalo o ciertos servicios al patrono que lo manumitió (*Gai.* 3.96).
- c. Los contratos que se contraen por escrito (*litteris obligatio*): los contratos literales eran formales y surgían cuando el acreedor escribía aquello que le debía el deudor. La formalidad exigida era la escritura. Era muy importante que existiera una relación de confianza entre las partes, ya que recaía sobre el acreedor la diligencia de registrar exactamente lo adeudado y que esto sea hecho

con honestidad (*Gai.* 3.128). En estos contratos, el vínculo nacía a partir del documento donde estaba registrada la deuda (I.3.21.pr.).

d. Los contratos que se contraen por el solo consentimiento (*de consensu obligatione*): son los llamados contratos consensuales, donde era sustancial que se diera el consentimiento de las partes para vincularse jurídicamente. En estos contratos, no se tenía en consideración una formalidad en particular, ya que lo sustancial era el consentimiento de las partes libremente expresado (I.3.22.pr.). Estos contratos fueron los que surgieron por las transacciones que se celebraron en territorio romano entre ciudadanos y extranjeros, y estaban regulados por el *ius gentium* (D.1.1.5). Entre los contratos consensuales estaban la compraventa (*emptio venditio*), los arrendamientos (*locatio conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*). En las fuentes, encontramos varios arrendamientos (I.3.24.pr.), como el de la cosa (*locatio conductio rei*) por una merced conductiva (I.3.24.5); la locación de obra (*locatio conductio operis*), cuando se prometió el producto de un trabajo como la confección de un vestido o un anillo de oro (I.3.24.4); y el arrendamiento o locación de servicios (*locatio conductio operarum*), que se refería a la prestación de servicios personales del deudor a cambio de un pago.

### 3.4.2. *Quasi-contractus (cuasicontrato)*

Los cuasicontratos eran hechos lícitos que, a diferencia de los contratos, no contaban con un el acuerdo de voluntades entre las partes para que surgiera el vínculo jurídico entre estas (I.3.27.pr.). En general, el origen de este vínculo era la ley. Entre los cuasicontratos, estaban la tutela (I.3.27.2), la *negotiorum gestio* (gestión de negocios) y el pago indebido (I.3.27.6).

En el caso de la gestión de negocios, este cuasicontrato nacía cuando alguien actuaba en asuntos ajenos sin tener mandato (I.3.27.1). Esta persona realizaba algo de buena fe y en beneficio del dueño del negocio

(*dominus negotii*), sin que existiera un acuerdo entre ellos. La obligación surgía tanto para el gestor, quien debía llevar a cabo el negocio con diligencia, como para el *dominus negotii*, quien debía pagar al primero los gastos incurridos.

### 3.4.3. *Maleficium (delito)*

Los delitos eran aquellos hechos ilícitos realizados con dolo o culpa, que generaban un daño o afectaban un interés privado, esto es, impactaban sobre la esfera correspondiente a un particular, no sobre la utilidad pública o el interés del *populus romanus*. Por ello, se les llamaba «delitos privados». Como hemos visto anteriormente, esto último lo distingue claramente del crimen, que era público.

Los delitos fueron establecidos por la ley y eran perseguidos por aquel que resultaba afectado a través de un proceso. En el caso de demostrarse que alguien cometió un delito, este recibía una pena que consistía en una suma de dinero para la reparación del daño producido.

En las fuentes jurídicas romanas, encontramos los siguientes delitos:

- a. *Furtum*: se producía cuando una persona sustraía una cosa corpórea mueble que pertenecía a otra (D.47.2.1.pr.; I.4.1.1). La *Ley de las XII Tablas* se refería al *furtum* (Tab. VIII.12; VIII.24) y señalaba que entre las cosas muebles que podían ser robadas estaban los seres humanos, sean estos esclavos o *alieni iuris* libres. En este último caso, se refería a los descendientes *alieni iuris* bajo la patria potestad de *paterfamilias* (I.4.1.9). Quien realizó el *furtum* debía devolver la *res* y pagar la pena correspondiente.
- b. *Rapina (bona vi rapta)*: consistía en la sustracción de cosas corpóreas, las que eran arrebatadas con violencia (I.4.2.pr.). La *rapina* tenía muchos elementos en común con el *furtum*. Se configuraba cuando se arrebataban cosas muebles de una persona a través de actos violentos, pero también se aplicaba a los casos en que los inmuebles habían sido invadidos (I.4.2.1).

c. *Lex Aquilia*: se dio en el siglo III a.C. Esta ley establecía varios supuestos de hecho que llevaban a atribuir responsabilidad y sancionar con una pena pecuniaria a quien había causado un daño injustamente (*damnum iniuria datum*) a una cosa corpórea y patrimonial —hoy correspondería a los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual—. Posteriormente, se fueron aumentando sus supuestos con el fin de hacer frente a las situaciones que iban surgiendo. Finalmente, esta ley fue codificada en el *Digesto* y en las *Instituciones* de Justiniano (D.9.2; I.4.3), en donde podemos encontrar supuestos interesantes como, por ejemplo, la responsabilidad del médico por la muerte del esclavo que estaba curando y abandonó (I.4.3.6); o por haberle administrado mal un medicamento al esclavo que trataba (I.4.3.7). La *Lex Aquilia* se aplicó a diversos supuestos en los cuales, por una conducta dolosa o culposa atribuible a un ser humano, se causaba injustificadamente un daño a una *res*.

Entre los elementos de responsabilidad en la *Lex Aquilia* (Schipani, 2007) tenemos:

- Una conducta imputable a un ser humano: debía haber una voluntad de un agente capaz, quien actuaba libremente. No se aplicaba a los actos realizados por un *furiosus* (D.9.2.5.2).
- La conducta humana se dio por dolo o culpa: el dolo era la voluntad o intención de realizar el hecho; la culpa se refería a no actuar de manera diligente (D.9.2.31). Esto era muy importante para evaluar los supuestos de la responsabilidad por la *Lex Aquilia*. En algunos supuestos, se atribuyó culpa en el accionar humano, aunque esta no se haya comprobado como, por ejemplo, cuando un militar disparó flechas en un lugar distinto a aquel destinado a los ejercicios de guerra e hirió a un esclavo ajeno que pasaba (I.4.3.4); bastaba que lo haya hecho en dicho lugar para que hubiera culpa en su accionar.

- Entre el hecho y el daño producido debía existir un nexo causal: este último era necesario para que se configurara la responsabilidad. Los casos y el nexo causal eran analizados en varios supuestos recogidos en la *Lex Aquilia*.
  - *Iniuria*: se refería a la actuación antijurídica que generaba un daño patrimonial. Esta conducta no tenía justificación ni estaba amparada en el ejercicio de un derecho, más bien era contraria al *ius* (I.4.3.2-3). Si alguien actuaba en el ejercicio de sus derechos y no se excedía al hacerlo, su conducta no violaría el derecho y no habría *iniuria*. Además, era importante que no existieran causas que justificaran jurídicamente su actuar.
  - El daño producido afectaba la existencia o función de la cosa —por ejemplo, el deterioro o la muerte de un caballo o esclavo ajenos—: incluso había responsabilidad si se generaban gastos para poder utilizarla. Cuando se producía el daño patrimonial injustificado a una cosa por una conducta dolosa o culposa, la consecuencia era que quien lo causó tenía la obligación de pagar una suma de dinero para resarcirlo. Esta era entendida como una pena privada que debía ser equitativa respecto al daño producido en la cosa ajena.
- d. *Iniuriae* (injurias): eran las diversas ofensas que atentaban contra la integridad física de un ser humano, la libertad o el honor (D.47.10.1.pr.; I.4.4). La conducta debía ser injusta (*iniuria*), es decir, contraria al derecho o no fundada en el ejercicio de un derecho o de un poder (I.4.4.pr.). A modo de ejemplo, si en el ejercicio de su *dominica potestas* el *dominus* castigaba a su esclavo por ser flojo y le producía lesiones, no había injurias; tampoco las había si el *paterfamilias* aplicaba una punición física a su *filius* en ejercicio de su *patria potestas*. Pero si el *dominus* o el *paterfamilias* golpeaban a un ciudadano romano o al *filius* de éste, entonces se producían las injurias (I.4.4.1-2).

Las injurias se sancionaron desde la *Ley de las XII Tablas* (*Tab. VIII.3*). Un supuesto de injurias era la lesión producida en el cuerpo de un individuo, sea este libre o esclavo, que podía consistir en fracturar un hueso, acuchillar o desmembrar (I.4.4.1); esto se puede relacionar con las lesiones que hoy se dan en el ámbito penal. También se cometía injurias si se decían o escribían frases infamantes o que afectaban el honor de una persona (I.4.4.1); esto es lo que hoy se conoce como el delito de difamación. Si se privaba de libertad física a una persona sin tener derecho para hacerlo, también se cometía injurias. En todos estos supuestos, le correspondía una pena a quien era responsable.

Como se puede apreciar, hubo varios delitos que afectaban la esfera privada en el derecho romano. Si queremos compararlos con el derecho actual, veremos que algunos de sus supuestos (*furtum*, *rapina*, injurias) tienen una persecución pública y son considerados como actos ilícitos sancionados por nuestro derecho penal. En el caso de la *Lex Aquilia*, estaríamos frente a la responsabilidad civil extracontractual.

#### 3.4.4. *Quasi maleficium* (cuasidelito)

Los cuasidelitos eran los hechos ilícitos generalmente realizados sin dolo, que fueron establecidos por el pretor en ejercicio de su jurisdicción (*iurisdictio*).

En general, los *quasi maleficium* sancionaban una conducta ilícita en la que se podía identificar una culpa muy leve que generaba un daño menor o la afectación de un interés privado. Cuando se producían los cuasidelitos, se daba una pena que buscaba la reparación del daño causado. Como el pretor dio acciones en varios supuestos a lo largo del tiempo, no se configuró una teoría sobre los cuasidelitos ni estos presentaron una estructura orgánica (I.4.5.1-3). Algunos cuasidelitos que están mencionados en el *Corpus Iuris Civilis* fueron los siguientes:

- Cuando un objeto fue lanzado desde una ventana de una habitación (*effusum et deiectum*) y causó un perjuicio o daño leve a un individuo que pasaba (I.4.5.1). En este supuesto, el daño era producido por el lanzamiento de una cosa realizado por el propietario de la vivienda, por quien la ocupaba gratuitamente o por un *alieni iuris*—descendientes o esclavos— bajo el poder del *paterfamilias*. Este supuesto se aplicaba también a quien descuidadamente lanzó el contenido de un balde de agua sucia y le cayó a un transeúnte. Este daño debía ser reparado.
- Cuando el habitante de una casa colocaba o suspendía un objeto (*positum et suspensum*) y este caía y causaba daño, debía repararlo (I.4.5.1). Por ejemplo, cuando una maceta era colocada en el borde de la ventana y caía sobre algo o alguien, se debía reparar el daño causado.
- El caso del juez que hacía suya la causa (*si iudex litem suam fecerit*). Este fue uno de los cuasidelitos que considero más grave. Se configuraba este supuesto cuando un juez era arbitrario, ya que actuó dolosamente o por negligencia (D.44.7.5.4; I.4.5.pr.) al pronunciar sentencia para beneficiar a alguien.

Hay otros cuasidelitos recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* que van en la línea de los dos primeros supuestos. Quien quiera profundizar más sobre este tema, le invito a revisar las fuentes jurídicas romanas y lo planteado por Giménez-Candela (1990).

De este modo, he tratado de explicar brevemente cuáles eran las obligaciones en el derecho romano y sus fuentes. No he podido abordar con detalle y profundidad muchos temas y tampoco he respondido a varias preguntas que surgen en la doctrina especializada, porque el objetivo de este libro es brindar una visión general y sucinta sobre las obligaciones.

#### 4. PREGUNTAS

1. ¿Qué era la *obligatio*?
2. ¿Cuáles fueron las fuentes de las obligaciones?
3. ¿Qué diferencia había entre un crimen y un delito?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 8

### EL ROL DEL DERECHO ROMANO EN LA ACTUALIDAD

El derecho romano es considerado la base del sistema jurídico romanista. Sus conceptos, instituciones y principios son compartidos por varios ordenamientos jurídicos en territorios que no estuvieron sometidos políticamente a Roma.

Con el fin de señalar cuál es el rol que tiene el derecho romano en la actualidad, primero voy a presentar cómo se dio su recepción en Latinoamérica y cómo llegó al Perú. Luego, reflexionaré sobre cuáles son sus principales funciones en la actualidad.

#### 1. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LATINOAMÉRICA

Si bien el gobierno romano de la parte occidental del Imperio cayó en el año 476 d.C., el derecho romano no desapareció en Europa, ya que fue incorporado en las llamadas leyes romano-bárbaras (*leges barbarorum*), las que se aplicaron a los habitantes sometidos al gobierno de los reyes bárbaros. Como ejemplo de estas leyes, recordemos la *Lex Romana Wisigothorum* o Breviario de Alarico (506 d.C.), que fue dada en la península ibérica.

Aunque las leyes romano-bárbaras fueron importantes en el desarrollo jurídico de Europa occidental, considero que la codificación justiniana fue la que tuvo una mayor influencia y proyección más allá de las fronteras del

imperio y del continente europeo. Como hemos visto al tratar el desarrollo histórico-jurídico del derecho romano, la codificación del emperador Justiniano I fue promulgada en la parte oriental del Imperio romano en el siglo VI d.C. Esta codificación buscó dar un orden definitivo a todo el derecho existente, como señala la Constitución *Deo Auctore*. Además, tenía una aspiración universalista, en la medida que había la intención de aplicarla a todo el mundo, incluso a los individuos y los territorios que en ese momento no estaban bajo el gobierno romano.

Pese a no estar sometida a la parte oriental del Imperio romano, en Europa occidental se desarrolló el estudio e investigación del derecho romano, siendo el latín y la codificación de Justiniano los que permitieron conocerlo y aplicarlo en los diversos pueblos. Todo ello contribuyó a la construcción del *ius commune*, que proyectó también una continuidad del derecho romano en los Estados europeos, latinoamericanos, africanos e incluso asiáticos (como China y Japón), que llega hasta nuestros días. La contribución de los glosadores y posglosadores a este proceso fue valiosísima. El estudio del *Digesto* y de las *Instituciones* de Justiniano en las universidades, en especial, en las facultades de derecho, fue determinante para el fortalecimiento de la base romana en los ordenamientos jurídicos de la tradición romano-germánica.

El derecho romano llegó a Latinoamérica a través de la colonización, principalmente la realizada por España y Portugal. La península ibérica estuvo bajo la autoridad de Roma durante varios siglos y en sus territorios se aplicaron también las normas que estuvieron en vigor en Roma. Luego del proceso de desmembramiento y caída de la parte occidental del Imperio romano, el derecho romano fue aún aplicado en la península gracias a la *Lex Romana Wisigothorum* o Breviario de Alarico. Posteriormente, el estudio de la codificación de Justiniano por los juristas y en las universidades permitió un mayor desarrollo de la reflexión sobre los conceptos, las instituciones y principios que esta abordaba, así como su aplicación. En consecuencia, se puede afirmar que el derecho romano fue fundamental para el desarrollo del derecho en España. Al producirse la colonización en América, España

trasladó también su derecho y la legislación castellana se aplicó en los territorios del Nuevo Mundo. Entre las normas aplicables, estaban las *Siete Partidas* del rey Alfonso X, compilación del siglo XIII que se basaba en el derecho romano. Posteriormente, el derecho que España aplicó en sus colonias americanas tuvo una innegable base en las fuentes jurídicas romanas, en especial en el *Corpus Iuris Civilis*, cuyos textos también fueron estudiados en las facultades de derecho de las universidades del Nuevo Mundo.

En el siglo XIX, se dieron procesos de independencia en varias colonias españolas en América. Pese a la ruptura política con la metrópoli, existió una continuidad jurídica en la transición entre el período colonial y el republicano en el siglo XIX. Los criollos desarrollaron los ordenamientos jurídicos nacionales y sus codificaciones con elementos que entendían como propios y americanos, aunque reconocían que descendían directamente de las fuentes del derecho romano y del derecho castellano (Obregón, 2006). A continuación, veremos brevemente cómo se dio la recepción del derecho romano en Argentina, Brasil, Chile y Perú; en especial, en el derecho civil. He seleccionado estos países porque sus *códigos* civiles han tenido un gran impacto jurídico en el resto del continente, con lo que contribuyeron a la recepción y difusión del derecho romano.

En Argentina, la presencia de los conceptos, instituciones y principios del derecho romano fue muy clara desde el inicio de la república. Esto se hizo evidente en el Código Civil de la República Argentina, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield, que entró en vigor el 1º de enero de 1871; además, este código estuvo vigente en Paraguay por la ley del 19 de agosto de 1876. En su Nota de Presentación del Proyecto de Código Civil para la República Argentina y en sus Notas a los Artículos del Código Civil, Vélez Sársfield hizo expresa referencia como fuentes de dicha codificación al derecho romano —en especial, el *Corpus Iuris Civilis*— así como el *Fuero Juzgo*, las *Siete Partidas*, las *Recopilaciones*, el Proyecto de Código Español de García Goyena (1851), el Código Civil de Chile (1857) y la obra de destacados juristas y romanistas latinoamericanos, como Teixeira

de Freitas y Bello, entre otros. El Código Civil Argentino de Dalmacio Vélez es un hito en la recepción y difusión del derecho romano (Laquis, 1991) en las repúblicas latinoamericanas.

La influencia del derecho romano en Brasil fue muy importante. En relación con el derecho civil brasileño, se afirmó que hubo una adaptación moderna de las instituciones del derecho romano (Poletti, 1996). Esto se aprecia claramente en la obra del romanista Augusto Teixeira de Freitas, quien en sus obras *Consolidação das Leis Civis* (1896) y *Esboço de um Código Civil para o Brasil* (1983), hizo referencia de manera permanente al derecho romano (Pereira, 1988). El Código Civil del Brasil elaborado por Clóvis Beviláqua entró en vigor por ley 3.071 el 1º enero de 1916. Sus principales fuentes fueron el derecho romano, las obras de Teixeira de Freitas antes mencionadas, los proyectos de Coello y los principales códigos civiles del siglo XIX.

En el siglo XIX, la obra del romanista Andrés Bello fue decisiva para el desarrollo de la legislación de Chile, en la que también se recogieron conceptos, instituciones y principios del derecho romano (Sumarriva Undurraga, 1983). El Código Civil de Chile, elaborado por Bello, entró en vigor el 1º enero de 1857. Tuvo como sus fuentes al derecho romano —en especial, del *Corpus Iuris Civilis*—, las *Siete Partidas*, el Código Civil de Francia de 1804 (*Code Napoleon*), el Proyecto de Código Civil Español de García Goyena (1851) y la doctrina de romanistas (Bello, 1932). Asimismo, este Código sirvió de modelo a varios Estados americanos como Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Salvador y Venezuela.

En el Perú, el derecho de Castilla fue aplicado tanto en las relaciones privadas como en la esfera pública desde el siglo XVI al siglo XIX (Basadre, 1997). Este derecho tenía una influencia directa y muy importante del derecho romano. Si bien es cierto que el derecho romano por sí mismo carecía de fuerza para ser aplicado directamente, era el punto de referencia obligado para entender, interpretar y explicar el derecho castellano; además, fue parte de la práctica de los tribunales en los siglos XVII y XVIII

(Basadre, 1988, p. 240). Posteriormente, con la independencia en 1821, se dieron los primeros pasos para el surgimiento del derecho peruano, el que también tuvo una clara influencia del derecho romano, en especial, del *Corpus Iuris Civilis*: el Código Civil de Perú de 1852 es claro ejemplo de esta recepción. Posteriormente, en la construcción del derecho civil peruano y en los códigos civiles de 1936 y 1984 se sumaron también otros elementos, como las codificaciones europeas y latinoamericanas, que fueron aportando al establecimiento de instituciones e identificando principios aplicables a las nuevas situaciones a partir de la base romana. De este modo, encontramos la presencia del derecho romano en nuestros códigos civiles, incluso en el vigente.

Con lo anteriormente señalado, se puede afirmar que hubo una importante recepción del derecho romano en Latinoamérica. Esto se hace evidente en los códigos civiles de Argentina, Brasil, Chile y Perú del siglo XIX e inicios del siglo XX, que tuvieron una gran influencia en los otros Estados. Además, se dio la difusión del derecho romano hasta la actualidad, el que sigue siendo una base importante del sistema jurídico romanista.

## 2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO ROMANO

Al estar el derecho romano en la base del sistema jurídico romanista y, por consiguiente, en el derecho latinoamericano y peruano, resulta innegable su importancia y la necesidad de su estudio e investigación en la actualidad. Su rol está referido a las funciones que va a desempeñar. En concordancia con lo mencionado al inicio de este libro (Catalano, 2006; Schipani, 2015), recordemos que tiene varias funciones en nuestros días:

- A través del estudio de los conceptos, instituciones y principios del derecho romano, se puede identificar la base jurídica común de los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo que pertenecen a la tradición romano-germánica. De esta manera, los diálogos entre los ordenamientos jurídicos nacionales son más fructíferos

y los juristas pueden llevar a cabo la elaboración de proyectos de normas comunes que sean más viables, como el relacionado con un Código de las Obligaciones en Latinoamérica (Schipani, 2008) o al Código Europeo de los Contratos (Fernández de Buján, 2000).

- El derecho romano nos brinda herramientas conceptuales y principios muy útiles para interpretar las normas de un ordenamiento jurídico como el peruano. De este modo, su estudio contribuye a la formación del jurista (Broggini, 1989), quien debe seguir aportando a la discusión y la propuesta de normas adecuadas para resolver las controversias que surgen en nuestras sociedades.
- En el derecho romano se encuentran herramientas conceptuales para entender, comentar y criticar el derecho positivo. Frente a un quiebre conceptual o rechazo de algunos principios jurídicos, la reflexión desde una perspectiva romana resulta interesante y enriquecedora. No obstante, es importante tener en cuenta que el derecho romano no abordó todos los temas que existen en la actualidad. Si bien es cierto que hoy existen situaciones que no se dieron en el mundo romano como, por ejemplo, el trasplante de órganos, el comercio electrónico o los viajes espaciales, sus principios nos pueden orientar en la búsqueda de respuestas que sean más coherentes y justas.
- La función formativa del derecho romano es muy importante porque permite que, al acabar los estudios universitarios, contemos con juristas y no solamente abogados, quienes podrán construir conocimientos y proponer normas que al enfrentar los problemas y retos actuales permitan lograr la justicia y establecer una continuidad jurídica en nuestra tradición jurídica romano-germánica. Hay que tener presente que el derecho romano abarcó muchas áreas al regular las relaciones jurídicas, no limitándose a aquellas consideradas civiles o de derecho privado. De este modo, se pueden encontrar conceptos, instituciones y principios que

son aplicables en el derecho público y el derecho privado en la actualidad (Poletti, 1996; Rinaldi, 2017).

El derecho romano tiene hoy un rol importante que nos lleva a comprender, aplicar y desarrollar los ordenamientos jurídicos del mundo, en especial de nuestro derecho. Al ser la base de la tradición jurídica romanista, conocerlo, estudiarlo e investigarlo resulta necesario. Pese a los siglos transcurridos, el camino aún es largo ya que aún hay muchos temas e instituciones por estudiar e investigar en el derecho romano, tanto en las relaciones entre privados como en lo referido a asuntos públicos.

### 3. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se produjo la recepción del derecho romano en Latinoamérica?
2. ¿De qué manera el derecho romano llegó hasta el derecho peruano?
3. ¿Qué funciones del derecho romano pueden contribuir a mejorar el derecho peruano actual?

Fondo Editorial PUCP

## EPÍLOGO

Ahora que he finalizado este texto en el que pretendo dar una visión general y básica del derecho romano, me doy cuenta el gran esfuerzo que ha significado realizarlo. Ha sido una labor difícil plantear de manera muy breve pero clara una serie de temas que, tratados de forma individual, podrían ser muy extensos y con matices que no he podido plasmar en este libro. Un elemento favorable para hacer frente a esta tarea y terminar esta obra ha sido mi experiencia en la enseñanza del derecho romano en la universidad, tanto en pregrado como en posgrado, la que me ha permitido identificar los temas básicos a abordar. Sin embargo, la amplitud y complejidad de las materias fueron un gran reto adicional que me llevó a seleccionar unas y, lamentablemente, dejar de lado otras con el fin de poder desarrollar los conceptos e instituciones básicos.

Quisiera que quien ha llegado a estas reflexiones finales pueda compartir conmigo la alegría y asombro que una obra introductoria genera en quien se aproxima, tal vez por primera vez, al derecho romano. Ello me hace recordar una experiencia personal que ocurrió cuando estudiaba en Roma. Luego de caminar por las pintorescas calles del monte Aventino y de visitar la Basílica de San Alejo, llegué a la entrada de un inmueble perteneciente al Priorato de Malta. Algunos turistas se agolpaban frente a la puerta y, como ellos, me animé a mirar a través de la cerradura del antiguo portón. La vista fue una maravillosa sorpresa ya que, con el marco

de un corredor rodeado de los verdes setos del bien cuidado jardín, se veía la resplandeciente cúpula de la Basílica del San Pedro ubicada en el monte Vaticano. Esta imagen, que aún recuerdo con emoción, me llevó a dirigirme a esta basílica para conocerla mejor. Como en esta experiencia, quisiera que esta presentación sucinta del derecho romano sirva de motivación para acercarse a él. Este espera, con los siglos, retos y cambios a cuestras, a quienes se interesen por conocerlo más.

El estudio del derecho romano tiene que hacerse con la consulta directa de las fuentes jurídicas romanas y con el acompañamiento de la doctrina especializada. Sobre la doctrina, sugiero una lista de autores en la bibliografía a los que pueden recurrir para profundizar algunos temas. De este modo, espero puedan iniciar un proceso de conocimiento, estudio e investigación del derecho romano que, aún en estos días, tiene mucho que ofrecernos para quienes nos interesa reflexionar y aportar al derecho contemporáneo.

Como hemos visto, su estudio no sirve para satisfacer el ansia de conocimiento de un erudito ya que sigue siendo útil en este momento. A lo largo de este libro, he podido mostrar que hay varios conceptos, instituciones y principios del derecho romano que aún son utilizados hoy; otros han cambiado. No obstante, en un contexto mundial y nacional tan dinámico, con muchos retos que nos llevan a pensar en cómo responder a los nuevos y urgentes problemas jurídicos, es importante no perder de vista la raíz de nuestro ordenamiento jurídico: el derecho romano.

Finalmente, tengo presente la frase que el emperador César Augusto dirigió a quienes lo acompañaban en su lecho de muerte y que recogió Suetonio en su *De Vita Caesarum*: «La comedia ha terminado. ¡Aplaudid! [*Acta est fabula, plaudite*]» (*Augustus*. 99). Por ello, si he logrado captar su interés y curiosidad sobre el derecho romano, así como motivarle a conocer más de este, he cumplido mi papel en este libro y en la Colección Lo esencial del derecho.

## GLOSARIO DE TÉRMINOS EN LATÍN

A continuación, se presenta una lista de los términos jurídicos en latín utilizados en este texto y una breve traducción al español con el fin de facilitar la lectura.

*Accessio*: la accesión.

*Accipiens*: quien recibe la *res* para adquirirla por tradición.

*Actio communi dividundo*: la acción para lograr la partición de la cosa.

*Actio familiae erciscundae*: la acción para lograr la partición de la cosa.

*Actio*: la acción. En plural, *actiones*.

*Adiudicatio*: la adjudicación de una *res* en propiedad por un juez.

*Adoptio*: la adopción de un *alieni iuris*.

*Affectio maritalis*: la voluntad de considerarse cónyuges a quienes están unidos por justas nupcias.

*Ager publicus*: el territorio que pertenecía al pueblo romano.

*Agnatio*: la agnación es el parentesco según el *ius civile*.

*Alieni iuris*: de derecho ajeno. Quien jurídicamente depende de un *sui iuris*.

*Alterum non laedere*: no hacer daño a otro.

*Animus*: la intención.

*Arrogatio*: la adrogación era la adopción de un *sui iuris*.

*Auctoritas patrum*: la autoridad del Senado.

*Capitis deminutio*: la disminución de cabeza, el cambio producido en los estados de un ser humano.

*Bona fides*: la buena fe.

*Capitis deminutio maxima*: la disminución de cabeza máxima o grande, el cambio que se producía en el estado de libertad.

*Capitis deminutio media*: la disminución de cabeza media o menor, el cambio que se producía en el estado de ciudadanía sin perder la libertad.

*Capitis deminutio minima*: la disminución de cabeza mínima, el cambio que se producía en el estado de familia sin perder la libertad ni la ciudadanía.

*Civis romanus*: el ciudadano romano. En plural, *cives romani*.

*Civis*: el ciudadano. En plural, *cives*.

*Civitas*: la comunidad de ciudadanos romanos; la ciudadanía.

*Comitia centuriata*: los comicios por centurias.

*Comitia curiata*: los comicios por curias.

*Comitia tributa*: los comicios por tribus.

*Comitia*: asambleas populares, comicios.

*Commodatum*: el contrato de comodato.

*Communio pro indiviso*: la copropiedad de *res*.

*Concilium plebis*: el concilio de la plebe.

*Confusio*: la confusión.

*Consensus*: el consentimiento.

*Constitutio principis*: la constitución imperial.

*Contractus*: el contrato.

*Conventio*: el acuerdo.

*Corpus Iuris Civilis*: el Cuerpo de Derecho Civil. Este nombre se le dio a la codificación de Justiniano I en la edición de Dionisio Godofredo en 1583.

*Corpus*: el cuerpo.

*Crimina*: los crímenes.

*Cum manus*: las justas nupcias donde la mujer casada estaba bajo potestad marital.

*Cura furiosi*: la curatela del loco.

- Cura prodigi*: la curatela del prodigio.
- Cursus honorum*: la carrera pública de las magistraturas.
- Damnnum iniuria datum*: el daño injustamente causado.
- De diversis regulis iuris antiqui*: las diversas reglas del derecho antiguo.
- De verborum significatione*: el significado de los términos jurídicos.
- Decemviri*: la magistratura extraordinaria compuesta por diez hombres.
- Depositum*: el contrato de depósito.
- Deus*: el dios.
- Diuturna consuetudo*: la costumbre inveterada.
- Divus*: el divino. Así se llamaba al emperador después de muerto.
- Dominica potestas*: el poder del señor (*dominus*) sobre los esclavos.
- Dominium ex iure quiritium*: el dominio del derecho quirritario.
- Dominium*: el dominio.
- Dominus negotii*: el dueño del negocio.
- Dominus*: el señor o amo.
- Domus*: la vivienda de la familia.
- Edictum*: el edicto.
- Emptio venditio*: el contrato de compraventa.
- Extra patrimonio*: lo que está fuera del patrimonio.
- Familia*: la familia. En plural, *familiae*.
- Fas*: la norma religiosa.
- Femina*: la mujer.
- Fetiales*: los sacerdotes feciales.
- Filia, Filius*: la hija, el hijo.
- Filiafamilias*: la hija nacida de justas nupcias.
- Filiusfamilias*: el hijo nacido de justas nupcias.
- Foedus*: el acuerdo entre pueblos. En plural, *foedera*.
- Furiosus*: el loco.

*Furtum*: la sustracción fraudulenta de la cosa para sacar provecho de esta o de su uso.

*Gens*: la unidad familiar-religiosa de varios grupos encabezados por el *patergentis*. En plural, *gentes*.

*Habitatio*: el derecho de habitación.

*Homo peregrinae conditionis*: el hombre con condición de extranjero (*peregrinus*).

*Homo*: el hombre. En plural, *homines*.

*Honeste vivere*: vivir honestamente.

*Honor*: el honor; el cargo honorífico. En plural, *honores*.

*Hostis*: el enemigo. En plural, *hostes*.

*Imperium*: el poder supremo, el imperio.

*In bonis habere*: la llamada propiedad pretoria o bonitaria.

*In iure cessio*: un modo de adquirir la propiedad del *ius civile*.

*Iniuria*: la injuria. Actuar contra el derecho.

*Iniuriae*: el delito de injurias.

*Interdictum*: el interdicto. En plural, *interdicta*.

*Iudex*: el juez.

*Iura in re aliena*: los derechos sobre una cosa ajena.

*Iura*: los derechos. En la época imperial, era la jurisprudencia.

*Iurisdictio*: la jurisdicción.

*Iurispraecepta*: los preceptos del derecho.

*Iurisprudentia*: la jurisprudencia.

*Ius abutendi*: el derecho de disponer de la cosa.

*Ius actionis*: el derecho de actuar en los procesos.

*Ius civile romanorum*: el derecho civil de los romanos.

*Ius civile*: el derecho civil.

*Ius commercii*: el derecho de celebrar contratos.

*Ius commune*: el derecho común.

*Ius connubii*: el derecho de contraer justas nupcias.

*Ius fetiale*: el derecho de los feciales.

*Ius fruendi*: el derecho de disfrutar de la cosa.

*Ius gentium*: el derecho de gentes.

*Ius honorarium*: el derecho honorario, era establecido por el pretor.

*Ius honorum*: el derecho de acceder a cargos públicos.

*Ius naturale*: el derecho natural.

*Ius privatum*: el derecho privado.

*Ius publicum*: el derecho público.

*Ius quiritium*: el derecho quirritario.

*Ius respondendi*: el derecho de responder dado por el príncipe a algunos jurisprudentes.

*Ius Romanum*: el derecho romano.

*Ius stipulandi*: el derecho de estipular.

*Ius suffragii*: el derecho de votar en las asambleas populares.

*Ius suum quique tribuendi*: dar a cada uno su derecho. También *ius suum cuique tribuere*.

*Ius utendi*: el derecho a usar una *res*.

*Ius*: el derecho. En plural, *iura*.

*Iussum populi*: el mandato del pueblo.

*Iussum*: el mandato.

*Iustae nuptiae*: las justas nupcias.

*Iustitia*: la justicia.

*Latinus*: el latino.

*Leges barbarorum*: las leyes romano-bárbaras.

*Leges curiatae*: los acuerdos tomados por las *comitia curiata*.

*Leges publicae*: las leyes públicas.

*Lex curiata de imperium*: la ley de las *comitia curiata* que otorgaba poder (*imperium*) al *rex*.

*Lex*: la ley era el acuerdo de las asambleas populares. En plural, *leges*.

*Liber*: el descendiente habido de justas nupcias o adoptado. En plural, *liberi*.

*Locatio conductio*: el contrato de locación-conducción o arrendamiento.

*Locatio conductio operarum*: el contrato de arrendamiento o locación de servicios.

*Locatio conductio operis*: el contrato de locación de obra.

*Locatio conductio rei*: el contrato de arrendamiento de cosa.

*Maleficium*: el delito.

*Mancipatio*: el modo más antiguo de adquirir el *dominium* según el *ius civile*.

*Mancipia*: el enemigo que era capturado y se convertía en esclavo.

*Mandatum*: el contrato de mandato.

*Manus iniectio*: acto de colocar la mano encima del cuerpo de una persona.

*Manus*: la mano, el poder; también el poder marital.

*Mater*: la madre; la mujer que había procreado un hijo.

*Materfamilias*: la madre de familia.

*Matrimonium*: el matrimonio.

*Mores maiorum*: las costumbres de los mayores que existían desde la antigüedad.

*Mores*: las costumbres.

*Mulier*: la mujer.

*Mutuum*: el contrato de mutuo.

*Naturalia iura*: los derechos naturales.

*Naturalis ratio*: la razón natural.

*Nexum*: el nexo era un vínculo personal.

*Nubere*: cubrirse con un velo.

*Obligatio*: la obligación. En plural, *obligationes*.

*Ocupatio*: la ocupación, un modo originario de adquirir la propiedad.

*Orbis*: el territorio romano identificado como mundo (*orbis terrarum*).

*Pactum*: el pacto.

*Partus ancillae*: el hijo de la esclava.

*Paterfamilias*: el hombre que encabezaba una familia. En plural, *patresfamiliarum*.

*Patergentis*: el hombre que encabezaba una *gens*.

*Patria potestas*: la patria potestad.

*Pecunia*: lo que está en el patrimonio.

*Perduellio*: el enemigo.

*Peregrinus*: el peregrino, el extranjero. En plural, *peregrini*.

*Pignus*: la prenda.

*Plebiscitum*: el plebiscito.

*Populus romanus*: el pueblo romano.

*Possessio iniusta*: la posesión injusta.

*Possessio iusta*: la posesión justa.

*Possessio naturalis*: la posesión natural.

*Possessio*: la posesión.

*Potestas*: la potestad.

*Praefectus pretorio*: el prefecto del pretorio. En plural, *praefecti pretorio*.

*Praetor peregrinus*: el pretor peregrino.

*Praetor urbanus*: el pretor urbano.

*Praetor*: el pretor.

*Princeps civitatis*: el primero de la ciudad.

*Princeps senatus*: el primero del Senado.

*Princeps*: el príncipe. Este término significaba primero.

*Privatae familiae*: el grupo de esclavos de propiedad de un particular.

*Proprietas*: la propiedad.

*Puer*: el niño.

*Quasi maleficium*: los cuasidelitos.

*Quasi-contractus*: los cuasicontratos.

*Quirites*: los ciudadanos romanos.

*Res corporales*: las cosas corpóreas.

*Res divini iuris*: las cosas de derecho divino.

*Res extra patrimonio*: las cosas que no se encuentran en el patrimonio de una persona.

*Res humani iuris*: las cosas de derecho humano.

*Res in patrimonio:* las cosas que se encuentran en el patrimonio de una persona.

*Res incorporales:* las cosas incorpóreas son las que no pueden tocarse ni son percibidas por los sentidos.

*Res immobilis:* las cosas inmuebles.

*Res Mancipi:* las cosas transferidas por *mancipatio*.

*Res mobilis:* las cosas muebles.

*Res nec Mancipi:* las cosas que no eran consideradas *res Mancipi*.

*Res nullius:* la cosa que no está en el patrimonio de una persona; la cosa de nadie.

*Res privatae:* las cosas privadas que pertenecen a un particular.

*Res publicae:* las cosas públicas.

*Res religiosae:* las cosas religiosas.

*Res sacrae:* las cosas sagradas.

*Res sanctae:* las cosas santas.

*Res:* la cosa; también las cosas.

*Rex sacrorum* o *sacrificulus:* el sacerdote principal de Roma.

*Rex:* el rey.

*Rogatio:* ruego o pedido. La propuesta de un magistrado a las asambleas populares.

*Senatus consultum:* el senadoconsulto.

*Servitutes:* las servidumbres.

*Servus:* el esclavo. En plural *servi*.

*Sine manus:* justas nupcias donde la mujer casada no estaba bajo potestad marital.

*Societas:* la sociedad; el contrato de sociedad.

*Soluti retentio:* retener lo pagado.

*Sponsio:* la promesa.

*Status civitatis:* el estado de ciudadanía.

*Status familiae:* el estado de familia.

*Status libertatis:* el estado de libertad.

*Status:* el estado.

*Stipulatio:* la estipulación.

*Successio in locum et in ius*: el heredero sucede en el lugar y derecho del causante.

*Sui iuris*: de su propio derecho. No depende jurídicamente del poder de otro.

*Testamentifactio*: la facultad de otorgar testamento y de ser beneficiario de la última voluntad del testador.

*Tradens*: quien realiza la entrega de la *res* para transmitir la propiedad por tradición.

*Traditio*: la tradición. Modo derivado de adquirir la propiedad.

*Tribuni plebis*: los tribunos de la plebe.

*Tutela mulierum*: la tutela de las mujeres.

*Urbs*: la ciudad como espacio geográfico donde habitan los seres humanos.

*Usucapio*: la usucapión.

*Usus fructus*: el usufructo.

*Utilitas*: la utilidad.

*Uxor*: la mujer casada. En plural, *uxores*.

*Vindicatio*: la reivindicación, el reclamo.

*Vir*: el hombre; también el marido.

*Vulgo quaesiti*: los hijos nacidos fuera de las justas nupcias.

Fondo Editorial PUCP

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes romanas

- Aulo Gelio (1959). *Noctes Atticae. Capítulos Jurídicos*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Catalano, Pierangelo (1990). *Constitución deo auctore y Libro I del Digesto del emperador Justiniano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cicerón, Marco Tulio (1984). *Sobre la República*. Introducción, traducción, apéndice y notas de Álvaro D'Ors. Madrid: Gredos.
- Crawford, Michael (1996). *Roman statutes*. Londres: Institute of Classical Studies University of London.
- De Robertis, Francesco (1981). *Fontes. Ad praelectiones iuris romani pertinentes*. Bari: Cacucci.
- Domingo, Rafael (coord.) (1998). *Textos de derecho romano*. Pamplona: Aranzadi.
- D'Ors, Álvaro y otros (1968). *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Aranzadi.
- García del Corral, Ildefonso (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias

por D. Ildefonso L. García del Corral. Tomos I-VI. Barcelona: Jaime Molinas.

Iglesias, Juan (1986). *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*. Madrid: Civitas.

Krueger, Paul & Theodor Mommsen (1893). *Institutiones. Digesta*. Volumen I. Berlín: Weidmann.

Krueger, Paul (1877). *Codex Iustinianus*. Berlín: Weidmann.

Nardi, Enzo (1991). *Le istituzioni giuridiche romane. Gaio e Giustiniano*. Milano: Giuffrè.

Ortolán, Marco (1988). *Instituciones de Justiniano* (tercera edición). Lima: Mesa Redonda.

Ovidio (2001). *Fasti*. Introducción, traducción y notas de Bartolomé Segura Ramos. Madrid: Biblioteca Básica Gredos.

Suetonio Tranquilo, Cayo (1883). *Los doce Césares*. Traducción del latín por F. Norberto Castilla. Madrid: Luis Navarro.

## Doctrina

Alba Crespo, Juan (1995). *Derecho romano II* (segunda edición corregida y actualizada). Córdoba: Eudecor.

Albanese, Bernardo (1985). *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*. Palermo: Grafica Artigiana.

Álvarez Correa, Eduardo (1979). *Curso de derecho romano* (segunda edición). Bogotá: Pluma.

Arangio-Ruiz, Vincenzo (1952). *Instituciones del derecho romano* (décima edición). Buenos Aires: Depalma.

Arangio-Ruiz, Vincenzo (2006). *Historia del derecho romano*. Traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Iváñez. Madrid: Reus.

- Argüello, Luis Rodolfo (1987). *Manual de derecho romano* (segunda edición). Buenos Aires: Astrea.
- Arias Bonet, Juan & Juan Arias Ramos (1986). *Derecho romano*. Tomo I (décima octava edición). Madrid: Revista de derecho privado.
- Barrow, Reginald (1987). *Los romanos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Basadre, Jorge (1988). *Manual del derecho peruano* (cuarta edición corregida). Lima: Studium.
- Basadre, Jorge (1997). *Historia del derecho peruano* (segunda edición). Lima: San Marcos.
- Bello, Andrés (1932). *Proyecto de Código Civil. Obras completas*. Tomos III y IV (último proyecto y proyecto inédito manuscrito). Santiago: Nascimento.
- Bello, Andrés (1959). *Derecho romano. Obras completas de Andrés Bello*. Tomo XIV. Caracas: Ministerio de Educación.
- Betti, Emilio (1947). *Istituzioni di diritto romano*. Vol. I. Padua: Cedam.
- Biondo, Biondi (1946). *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè.
- Biscardi, Arnaldo (1987). *Temas de derecho romano*. Barcelona: Bosch.
- Bonfante, Pietro (1939). *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Reus.
- Bonfante, Pietro (1944). *Historia del derecho romano*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Borda, Guillermo (1959). *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.
- Bravo González, Agustín (1974). *Obligaciones romanae*. Ciudad de México: Pax.
- Broggini, Gerardo (1989). Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi. En Facoltà di Giurisprudenza della II Università di Roma (ed.), *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi* (pp. 49-65). Milán: Giuffrè.

- Burdese, Alberto (1985). *Manuale di diritto privato romano* (tercera edición). Turín: UTET.
- Carandini, Andrea (2011). *La fondazione di Roma raccontata da Andrea Carandini*. Roma: Laterza.
- Cardilli, Riccardo (2008). El problema de la resistencia del tipo contractual en el derecho romano: entre *natura contractus* y *forma iuris*. *Roma e America. Diritto romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 26, 161-220.
- Casadiegos Cáceres, Ferdinando (2003). *Curso de derecho romano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Catalano, Pierangelo (1965). *Linee del sistema sovranazionale romano*. Turín: G. Giappichelli.
- Catalano, Pierangelo (1974). *Populus romanus quirites*. Turín: G. Giappichelli.
- Catalano, Pierangelo (1986). Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil Peruano de 1984). En Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (ed.), *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano* (pp. 229-234). Lima: Cultural Cuzco.
- Catalano, Pierangelo (1990). *Diritto e persone*. Turín: G. Giappichelli.
- Catalano Pierangelo (2006). *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina. Cuadernos del curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del derecho en América Latina*. Ciudad de México: Porrúa.
- De Martino, Francesco (1973). *Storia della Costituzione romana*. Volumen II (segunda edición). Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- De Martino, Francesco (1991). *Individualismo y derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Di Pietro, Alfredo & Angel Lapieza (1985). *Manual de derecho romano* (cuarta edición). Buenos Aires: Depalma.

- Di Porto, Andrea (2004). Interdictos populares y protección de las «*res in usus publico*». Líneas de investigación. *Roma e America. Diritto romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 17, 293-318.
- D'Ors, Álvaro (1946). Estudios sobre la Constitutio Antoniniana, III: los peregrinos después del Edicto de Caracalla. *Anuario de Historia del derecho Español* (AHDE), 17, 586-604.
- D'Ors, Álvaro (1984). Cuatro logros del genio jurídico romano. *Revista argentina La Ley*. Tomo 1984-B, sección doctrina, 594-599.
- Espitia Garzón, Fabio (2004). *Historia del derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fascione, Lorenzo (1994). Producción de normas durante el imperio. Traducción del italiano por Elvira Méndez Chang. *Derecho y sociedad*, 5(8-9), 141-145.
- Fernández de Buján, Antonio (1993). *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*. Madrid: Reus.
- Fernández de Buján, Antonio (2006). *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje* (novena edición). Madrid: Civitas.
- Fernández de Buján, Federico (2000). Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 15, 109-128.
- Fustel de Coulanges, Numa (1996). *La ciudad antigua*. Madrid: EDAF.
- García Garrido, Manuel (1993). *Derecho privado romano*. Madrid: Dykinson.
- Gavernet, Haroldo & Mario Mojer (1992). *El romano. La tierra. Las armas*. La Plata: Lex.
- Gayosso y Navarrete, Mercedes (1992). *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*. Xalapa: Universidad Veracruzana.
- Giménez-Candela, Teresa (1990). *Los llamados cuasidelitos*. Madrid: Trivium.

- González de Cancino, Emilssen (1993). *Manual de derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Goria, Fausto (1981). Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle *Istituzioni* di Gaio. En Universidad de Turín (ed.), *Il modello di Gaio nella formazione del Giurista. Atti del Convegno Torinese, 4 - 5 maggio 1978, in onore del Prof. Silvio Romano* (pp. 211-324). Milán: Giuffrè.
- Grelle, Francesco (1970). Le relazioni internazionali dei Romani. *Index*, 1, 321-328.
- Grossi, Paolo (2004). *Derecho, sociedad, Estado*. Ciudad de México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Grosso, Giuseppe (1965). *Lezioni di storia del diritto romano* (quinta edición). Turín: Giappichelli.
- Grosso, Giuseppe (1967). *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. Turín: Giappichelli.
- Guhl, Ernst & Wilhelm Koner (2002). *Los romanos. Su vida y costumbres*. Madrid: Edimat Libros.
- Guzmán Brito, Alejandro (1996). Historia del concepto de cosa incorporal. En Universidad Veracruzana (ed.), *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano «El derecho romano y los derechos indígenas: síntesis de América Latina» (Xalapa, Ciudad de México, 1994)*. Tomo I (pp. 304-321). Xalapa: Universidad Veracruzana.
- Guzmán Brito, Alejandro (1997). *Derecho privado romano*. Tomos I y II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro (2001). Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana. *Revista de estudios histórico jurídicos*, 23, 1-102.
- Herrera Paulsen, Darío (1999). *Derecho romano en concordancia con el código civil vigente y aportes doctrinarios*. Lima: Gráfica Horizonte.

- Iglesias, Juan (1979). *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (sexta edición). Barcelona: Ariel.
- Ihering, Rudolph von (1998). *Abreviaturas de espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares.
- Irigoyen Troconis, Patricia (2009). Literatos y juristas escriben sobre mujeres romanas. En José Cuevas Gayosso (comp.), *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete* (pp. 142-169). Xalapa: Facultad de derecho de la Universidad Veracruzana.
- Jörs, Paul (1937). *Derecho privado romano*. Traducción por Wolfgang Kunkel y Leonardo Prieto Carlos. Barcelona: Labor.
- Kaser, Max (1968). *Derecho romano privado*. Madrid: Reus.
- Kaser, Max (2004). *Ius gentium*. Traducido del alemán por Francisco Javier Andrés Santos. Granada: Comares.
- Koschaker, Paul (1955). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Kreller, Hans (1983). *Historia del derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kunkel, Wolfgang (1979). *Historia del derecho romano* (sexta edición). Barcelona: Ariel.
- Laquis, Manuel (1991). Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elementos de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema. En Sandro Schipani (coord.), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* (pp. 515-539). Padua: Cedam.
- Levmore, Saul (1986). Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law. *Tulane Law Review*, 61, 235-287
- Lobrano, Giovanni (1983). *Il potere dei tribuni della plebe*. Milán: Giuffrè.
- Longo, Carlo (1935). *Corso di diritto romano. Fatti giuridici, negozio giuridico, atti illeciti*. Milán: Giuffrè.

- Lozano Corbi, Enrique (1994). Origen de la propiedad romana y sus limitaciones. *Proyecto social: revista de relaciones laborales*, 2, 83-94.
- Méndez Chang, Elvira (1993). *Insegnamento del diritto romano in Perú*. Ricerche Giuridiche e Politiche. (Rendiconti VII). Progetto Italia-America Latina. Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Sácer (Cerdeña): Consiglio Nazionale delle Ricerche.
- Méndez Chang, Elvira (1996a). La influencia de la codificación de Justiniano. *Scribas - Revista de derecho*, 1(1), 159-167.
- Méndez Chang, Elvira (1996b). La noción de extranjero en el derecho romano. *Ius et Veritas*, VII(12), 185-194.
- Méndez Chang, Elvira (1997). El *ius fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos. *Revista del Magister en Derecho Civil*, I, 33-53.
- Méndez Chang, Elvira (1998-1999). El *ius gentium* como derecho común y su aplicación a las relaciones «internacionales» en la experiencia romana. *Revista del Magister en Derecho Civil*, 2-3, 89-110.
- Méndez Chang, Elvira (2015). Conferencia inaugural: fundamentos de derecho romano para el trato nacional del inversionista extranjero. En Universidad de Flores (ed.), *Actas del I Congreso de Principios Generales y derecho romano 2014* (pp. 15-39). Buenos Aires: Universidad de Flores.
- Merryman, John (1980). *La tradición jurídica romano-canónica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Mommsen, Théodor (1889). *Le Droit Public Romain*. Traducido del alemán por Paul Frédéric Girard. Tomos I-VI. París: Ernest Thorin.
- Mommsen, Théodor (1991). *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis.
- Montoya Gómez, Mario (1973). *De las obligaciones en el derecho romano*. Bogotá: Temis.
- Núñez Paz, Isabel (2000). *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*. Oviedo: Universidad de Oviedo.

- Obregón, Liliana (2006). Between Civilisation and Barbarism: Creole Interventions in International Law. *Third World Quarterly*, 27(5), 815-832.
- Oderigo, Mario (1982). *Sinopsis de derecho romano* (sexta edición). Buenos Aires: Depalma.
- Ortolan, Marco (1978). *Compendio del derecho romano*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pereira, Aloysio (1988). O uso Brasileiro do Direito romano no Século XIX: Papel de Teixeira de Freitas. En Sandro Schipani (ed.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano* (pp. 83-99). Padua: Cedam.
- Petit, Eugène (1985). *Tratado elemental de derecho romano*. Traducido de la novena edición francesa y aumentado. Introducción de Rudolf Ihering. Buenos Aires: Albatros.
- Petrucci, Aldo (2003). Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil. *Anuario Mexicano de Historia del derecho*, XV, 601-615.
- Poletti, Ronaldo (1996). *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica.
- Ponssa, Nina (1979). *Manual de historia del derecho romano*. Buenos Aires: Lerner.
- Pugliese, Giovanni (1985). *Lezioni di istituzioni di diritto romano – I: Il periodo antico*. Lama (Perugia): DISA.
- Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di diritto romano* (tercera edición). Turín: Giappichelli.
- Riccobono, Salvatore (1935). *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*. Milán: Giuffrè.
- Rinaldi, Norberto Darío (2017). *Manual de derecho romano público y privado*. Con la colaboración de Mirta Beatriz Alvarez. Buenos Aires: Edictum.

- Rouillon Almeida, Denisse (2010). *Bases romanas justinianeas del concubinato actual*. Lima: Fondo Editorial UNMSM.
- Rubio Correa, Marcial (2017). *Ideas de la Roma republicana para modernizar las constituciones de hoy*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Russomano, Mario (1970). *Curso de instituciones de derecho romano. Parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Savigny, Friedrich (1878-1879). *Sistema del derecho romano actual*. Tomos I-VI. Madrid: F. Góngora.
- Schipani, Sandro (1996). *La codificazione del diritto romano comune*. Turín: G. Giappichelli.
- Schipani, Sandro (2007). De la Ley Aquilia al *Digesto*. Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de derecho privado*, 12(139), 263-287.
- Schipani, Sandro (2008). Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las Obligaciones Latinoamericano. *Roma e America. Diritto romano comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 26, 49-64.
- Schipani, Sandro (2015). *El sistema jurídico romanístico y los códigos modernos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Scialoja, Vittorio (1934). *Corso di istituzioni di diritto romano*. Roma: *sle*.
- Scialoja, Vittorio (1938). *Negozi giuridici* (cuarta edición). Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano.
- Serafini, Felipe (1927). *Instituciones de derecho romano* (novena edición). Madrid: Espasa-Calpe.
- Serrao, Feliciano (1984). *Diritto privato, economia e società nella storia de Roma*. Prima parte. Nápoles: Jovene.
- Serrao, Feliciano (1987). Dalle XII tavole all'Editto del Pretore. En *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno (Pavia 26-27 aprile 1985)* (pp. 51-100). Padua: Cedam.

- Siles, Abraham (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, 74, 411-424.
- Somarriva, Manuel (1983). *Evolución del Código Civil chileno* (segunda edición). Bogotá: Temis.
- Tafaro, Sebastiano (1991). *La pubertà a Roma. Profili giuridici*. Bari: Cacucci.
- Talamanca, Mario (1979). *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milán: Giuffrè.
- Talamanca, Mario (1989). *Istituzioni di diritto romano*. Tomo I. Milán: Giuffrè.
- Teixeira de Freitas, Augusto (1896). *Consolidação das leis civis* (tercera edición aumentada). Río de Janeiro: Garnier.
- Teixeira de Freitas, Augusto (1983). *Código Civil - Esboço*. Edición en homenaje al centenario de la muerte de A. Teixeira de Freitas. Tomos I y II. Brasília: Ministério da Justiça / Fundação Universidade de Brasília.
- Tola, Eduardo (1997). *Derecho romano* (tercera edición). Lima: San Marcos.
- Valencia Restrepo, Hernán (1986). *Derecho privado romano*. Bogotá: Temis.
- Venturini, Carlos (2003). Innovaciones posclásicas en materia de *accusatio adulterii*. Traducción de Martha Patricia Yrigoyen Troconis. *Nova tellus. Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, 21(1), 121-144.
- Volterra, Eduardo (1937). *Diritto romano e diritti orientali*. Bolonia: Zanicheli.
- Volterra, Eduardo (1986). *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Civitas.
- Volterra, Eduardo (1991). *Scritti giuridici*. Con una nota di Mario Talamanca. Tomos I-VII. Nápoles: Jovene.
- Watson, Alan (1993). Thinking Property at Rome. *Chicago Kent Law Review*, 68, 1355-1371.
- Zimmermann, Reinhard (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Traducción de Javier Rodríguez Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fondo Editorial PUCP

## VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.  
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.* Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.* Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada
43. *El proceso contencioso-administrativo.* Ramón Huapaya Tapia

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en  
los talleres gráficos de  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Psje. María Auxiliadora 156, Breña  
Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582  
Se utilizaron caracteres  
Adobe Garamond Pro en 11 puntos  
para el cuerpo del texto  
setiembre 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP