

**EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ABSOLUTAS Y LAS  
RELACIONES RELATIVAS EN EL DERECHO ROMANO  
PRECLÁSICO\***

**THE EVOLUTION OF ABSOLUTE AND RELATIVE  
RELATIONS IN THE PRECLASIC ROMAN LAW**

**EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES ABSOLUTAS  
E RELATIVAS NO DIREITO ROMANO  
PRÉ-CLÁSSICO**

**Claudia Patricia Salcedo de Patarroyo<sup>a</sup>**  
clasalcedo2@hotmail.com  
Fecha de recepción: 1 de Diciembre 2012  
Fecha de revisión: 23 de Mayo 2013  
Fecha de aceptación: 15 de Julio 2013

**RESUMEN**

Mediante este escrito mi propósito ha sido exponer la evolución de las relaciones absolutas y las relaciones relativas dentro del Derecho Romano, especialmente el Derecho Romano Privado, desde la laicización del derecho, desarrollando el Período Preclásico y haciendo un estudio inmerso en la historia, en la estructura estatal, en la evolución del derecho y, por supuesto, en la Jurisprudencia; recopilado todo al finalizar el Período Posclásico por el último emperador de Roma, Justiniano I, en el “*Corpus Iuris Civilis*”; maravilloso derecho que se ha convertido en un monumento perenne y en el mayor legado de la tradición y de la ciencia jurídica romana como fuente universal y, por lo tanto, base fundamental de nuestra legislación colombiana.

\* Artículo de reflexión producto de la sistematización de la experiencia en trabajos de investigación y debate en el curso de Derecho Romano dictado desde hace 15 años en las Universidades Colegio Mayor de Cundinamarca, Cooperativa de Colombia y Sergio Arboleda.

a. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Romano de la Universidad de los Estudios de Génova, Italia. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Libre. Magíster en Docencia de la Universidad de La Salle. Titular de las cátedras de Derecho Romano, Instituciones Jurídicas Romanas, Pedagogía del Derecho, Régimen de los Bienes, Régimen de las Obligaciones y Régimen de los Contratos en el Derecho Colombiano en las Universidades Colegio Mayor de Cundinamarca, Cooperativa de Colombia, Sergio Arboleda y La Gran Colombia.

## PALABRAS CLAVE

Evolución, Derecho Romano Preclásico, Derecho Privado, relaciones absolutas, relaciones relativas, Jurisprudencia.

## ABSTRACT

By this article my purpose has been to expose the evolution of absolute relations and relations within the Roman Law, especially, Roman Private Law, from the Secularization of law, developing the Preclassic period and making a study immersed in history, in the State structure, the evolution of law and, of course, in the jurisprudence; all compiled at the end of the Postclassic period by the last emperor of Rome, Justinian I, in the "Corpus Juris Civilis", wonderful law which has become a perennial monument and the greatest legacy of tradition and Roman legal science as universal source, therefore, fundamental basis of our Colombian Legislation.

## KEY WORDS

Evolution, Preclasic Roman Law, Private Law, Foreign Absolute Relations, Relative Relations, Jurisprudence.

## RESUMO

Através deste escrito, meu propósito foi expor a evolução das relações absolutas e relativas dentro do Direito Romano, especialmente o Direito Privado Romano, desde a secularização do Direito, abordando o período Pré-Clássico e fazendo um estudo imerso na história, na estrutura estatal, na evolução do Direito e, claro, na jurisprudência; todos compilados no final do período Pós-Clássico pelo último imperador de Roma, Justiniano I, no "Corpus Juris Civilis" – lei maravilhosa que se tornou um monumento perene e o maior legado da tradição da ciência jurídica romana como fonte universal e, portanto, base fundamental da nossa legislação colombiana.

## PALAVRAS-CHAVE

Evolução, Direito romano pré-clássico, Direito privado, relações absolutas, relações relativas, jurisprudência.

## INTRODUCCIÓN

En el derecho de la "Respublica Nacional Romana" del Período Preclásico: *Ius Civile Vetus*, *Ius Publicum*, *Ius Civile Novum*, *Ius Honorarium* y la *Jurisprudencia*, continúa evolucionando, ya de una manera más definida, la famosa hasta nuestros días bipartita clasificación de las relaciones absolutas y las relaciones relativas, sobrepasando el Período Arcaico en la "Civitas Quiritaria", tal como lo expusimos anteriormente en un artículo de esta Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Misión Jurídica.

En esta vivencia histórica se distinguen las relaciones absolutas, que se desarrollan en el Régimen de las Cosas: Derechos Reales, y las relaciones relativas, que se desarrollan en el Régimen de las Obligaciones y en el Régimen de los Contratos: Derechos Personales.

Sin duda alguna, es muy complicado establecer con precisión en qué fecha exacta de la historia del Derecho Romano nace esta forma de clasificar las relaciones jurídicas; lo que sí es cierto es que los datos suministrados por los historiadores, disposiciones de la ley de las Doce Tablas, algunos textos de jurisperitos preclásicos y clásicos y, principalmente, escritos del "Corpus Juris Civilis", han permitido formar una teoría; por lo tanto, es menester seguir estudiando su evolución y sus principales rasgos.

Es de anotar la importancia de estudiar el derecho en forma integral, teniendo en cuenta la historia, como concatenación de hechos que se desenvuelven en una determinada estructura estatal (población, territorio, gobierno), lo que da como resultado (causa-efecto) y con notoriedad, la evolución de las Instituciones Jurídicas (en la mente brillante y prodigiosa de sus autores y protagonistas).

## PERIODO PRECLÁSICO: "RESPUBLICA NACIONAL ROMANA"

### HISTORIA

#### 1. MARCO GENERAL

Siglo IV a. C. Acuerdo patricio-plebeyo: "Leges Licinia Sextiae" (367 a. C.).

Siglo I a. C. Concesión a Octaviano de los primeros poderes constitucionales de Príncipe (27 a. C.)

Hacia la mitad del siglo IV a. C., tuvo inicio un nuevo período histórico de la civilización y del estado romano: La “*RESPUBLICA NACIONAL ROMANA*”, que se extendió hasta el siglo I a. C.; esto debido al resquebrajamiento del exclusivismo patricio en los ordenamientos estatal y jurídico arcaicos, como consecuencia de la nueva influencia y fortaleza plebeya y a que, por lo tanto, el mundo romano como consecuencia se estabilizó sobre una nueva base: la “*NACIONALIDAD ROMANA*”, sin más preconceptos de estirpe (“gentes”) o de pertenencia étnica (“tribus”).

En este período, el núcleo de la civilización romana fue constituido por la compacta solidaridad de intereses, de sentimientos y de acciones de los ciudadanos romanos (tanto patricios como plebeyos). En efecto, la cualidad de “*ciudadano romano*” fue un marco formal de pertenencia al estado, fue la expresión jurídica de la introducción del ciudadano en una amalgama de intereses económicos, de conveniencias sociales, de aspiraciones en relación con el mundo externo, en fin, también de exigencias espirituales e ideales, caracterizadas en su conjunto por una especie única e inconfundible de organización política: una NACIÓN (“*natio*”) dirigida al reconocimiento constitucional de la ciudadanía romana.

Esta concepción nacionalista del elemento ciudadano romano, fue causa y efecto de la nueva estructura de “*respublica*” que con el tiempo asumió el estado romano (no más de simple “*civitas*”).

La “*unidad nacional romana*” fue determinada sobre todo por la emersión y por la convergencia de precisas y tangibles exigencias de orden material que:

- Por un lado, pusieron a callar la lucha patricio-plebeya.

- Por otro lado, encaminaron la política romana hacia la recolección de fuerzas humanas escogidas, de las cuales había necesidad para llevar adelante una expansión imperialista siempre más vasta y audaz.

## 2- FASES

### a. FASE DEL ASENTAMIENTO DE LA “*RESPUBLICA NACIONAL ROMANA*”:

Desde mitad del siglo IV a. C. hasta finales del siglo IV a. C.

Fueron casi integralmente eliminados los últimos privilegios patricios. Comportó un fatigoso proceso de asentamiento que se realizó en dos tiempos:

#### 1. Caracterizado por la reducción de los privilegios patricios: a través de las “*Leges Publiliae Philonis*” del año 339 a.C.

- Los Samnitas querían asegurarse el dominio sobre Campania y el Lazio: *Primera Guerra Samnítica*.
- También amenazaban los cartagineses o púnicos, de Cartago –África–, entre los siglos VI y V a. C., que se encontraba en la cumbre de su potencia marítima.

Con todos estos sucesos, Roma prefirió concluir dos tratados de amistad estipulados en los años 354 y 348 a.C., renovando el anterior tratado con los cartagineses del año 509 a.C. Este documento grabado en tablas de bronce, se podía leer todavía en tiempos de Polibio en el tesoro de los ediles que se encontraba en el templo de Júpiter Capitolino (Polyb. 3, 26, 1).

*Entre los romanos y los aliados de los romanos, y los cartagineses y los aliados de los cartagineses, existirá amistad según estas condiciones. Ni los Romanos ni sus aliados navegarán más allá del promontorio Bello, a no ser que sean constreñidos por una tempestad o por lo enemigos... (Polyb. 3, 22, 4-13).*

#### 2. Caracterizado por la eliminación total de los últimos privilegios del patriciado:

Los plebeyos pretendieron y obtuvieron cambios posteriores e importantes concesiones, que terminaron en tres providencias de gobierno: 1... “*Lex Ovinia*” 2... “*Lex Ogulnia*”. 3... “*Lex Hortensia de plebiscitis*”.

Con la *Segunda Guerra Samnítica* del año 327 a.C. Roma ocupó la colonia griega de Nápoles constriñéndola a unírsele. Pero los samnitas quisieron hacer una última y desesperada tentativa con la *Tercera Guerra Samnítica*; en el año 295 a.C. los romanos vencen en la batalla de Sentino.

La conquista de Campania puso a disposición de Roma un grandísimo granero e incitó a los romanos a emprender una vasta actividad económico-comercial por tierra y mar. Las guerras victoriosas les dejaron a los romanos un buen número de esclavos.

### **b-FASE DEL APOGEO DE LA “RESPUBLICA NACIONAL ROMANA”:**

Desde inicios del siglo III a.C. hasta mitad del siglo II a.C.

Roma, por su eficiente organización político-militar interna, pasó abiertamente a ejecutar una política imperialista que la convirtió en dominadora de todo el Mediterráneo.

Sólo se trataba de esperar los siglos III y II a. C., con la conquista de Italia, los primeros dominios provinciales y la guerra con Aníbal, para que Roma se afirmara como una grande potencia mercantil en el tráfico mediterráneo. El horizonte cambió todavía más. Con la victoria sobre Cartago, las actividades industriales y comerciales reciben un salto nuevo, favorecidas por la masa de fuerza de trabajo disponible, la explotación de las minas, el crecimiento continuo de las fuentes financieras y la circulación de dinero.

En los cincuenta (50) años sucesivos a la victoria del año 283 a.C. contra los samnitas, se inició la realización de una nueva fase de la historia de Roma: “la fase imperialista del estado romano”, que la llevó al decisivo y entrelazado conflicto de tres (3) *guerras macedónicas* y tres (3) *guerras púnicas*, a la fatigosa victoria contra su potente rival, Cartago, y a la afirmación de la hegemonía romana total no sólo en el Mediterráneo occidental sino también en el Mediterráneo oriental, poniendo el sello durable de su predominio en todo el mundo.

Así es como Polibio, que se había movido sobre los teatros de la política y de la guerra, en sí mismo se veía como el testigo de un cambio revolucionario en la historia de la humanidad. Los acontecimientos extraordinarios que él describe, principalmente de la segunda guerra púnica al año crucial de Pidna, convergen en un solo sentido y es menester abrazarlos con una sola mirada. ¿Cómo se convirtieron los romanos en patrones de la tierra y del mar Mediterráneo? Todas las regiones

de la tierra en aproximadamente 50 años, fueron cayendo bajo un único dominio; hecho que no existe igual en el pasado, porque ningún imperio (ni el de los persianos, ni el de los macedonios, ni el de los espartanos) es comparable con el imperio romano (Polyb. 1,1- 4; 3,1, 4-10; 4, 2, 1- 2; 6, 2, 1- 3).

Pero Roma empieza a sufrir un fenómeno: *La helenización*. Se empezó a considerar mezquina la tradición campesina de Roma y se cambiaron las costumbres patrias por las que prevalecían en las ciudades más lujosas de Grecia.

De modo que, si la conquista trajo el abrir a Roma las puertas de la cultura, no es menos cierto que preparó una verdadera revolución, porque su masa social comenzó a vivir y a pensar de acuerdo con otros ideales, diferentes a los que nutrían antaño a sus campesinos rudos y virtuosos. Así, la conquista modificó el espíritu de Roma y trajo consigo la grave crisis del siglo I a.C., en la que sucumbió la república. Cicerón expresa:

*Est autem maritimis urbibus etiam quaedam corruptela ac mutatio morum; admiscuntur enim novis sermonibus ac disciplinis, et inportantur non merces solum adventiciae sed etiam mores, ut nihil possit in patriis institutis manere integrum. Iam qui incolunt eas urbes, non haerent in suis sedibus, sed volucris semper spe et cogitatione rapiuntur domo longius, atque etiam cum manent corpore, animo tamen exulant et vagantur”. “En las ciudades de mar se dan también unos tipos de degeneración de las costumbres: cogen de inmediato familiaridad con lenguas y usos nuevos, e importan no solamente mercancías, sino también costumbres extranjeras; así ninguna institución, así sea ésta muy antigua, puede conservarse íntegra. Del resto, aquéllos que habitan semejantes ciudades no permanecen vinculados a las propias moradas, sino que son empujados siempre más lejos de los lugares nativos por la voluble y fantástica esperanza; aun cuando permanezcan físicamente, sin embargo se alejan con el vagar del pensamiento (Cic. De re publ. 2, 4, 7).*

### **c-FASE DE CRISIS DE LA “RESPUBLICA NACIONAL ROMANA”:**

Desde la mitad del siglo II a.C. hasta finales del siglo I a.C.

Ya en el momento de más florecimiento de la vida romana, después de la victoriosa conclusión

de la segunda guerra púnica y durante las guerras de Oriente y de Occidente, comenzaron a manifestarse inminentes señales premonitorias de una gravísima crisis.

### Causas principales:

1. Inadecuación de sus ordenamientos políticos respecto a la función nueva y enorme de una durable organización del imperio.
2. Crisis del sistema económico romano.
3. El ejército se encontró privado de su mejor fuente de hombres.
4. El éxodo rural de la vieja clase agrícola hacia la urbe, para buscar fortuna a fácil precio.
5. La formación de clases sociales y partidos políticos.
6. Las Provincias, molestas con la administración sin escrúpulos y sin control de los gobernadores, representantes de los nobles, no soportaron más el juego de la dominación romana.
7. La lucha de los esclavos.
8. La pretensión de los itálicos.
9. La crisis de los Gracos.
10. La crisis de Mario y Sila.
11. La crisis de Julio César y Pompeyo.
12. Primer triunvirato: Pompeyo - Craso - Julio César.
13. Segundo triunvirato: Marco Antonio - Lépido - Octaviano.
14. Formación de la "respublica universal romana".

Se decía que César se preparaba para convertirse en monarca absoluto: "*dominus et deus*", a la manera oriental, aunque si en realidad César era ya de avanzada edad, no había hecho nada en concreto ni en público para preparar en vida un sucesor.

César, como jefe del estado romano permaneció poco en Roma: del año 49 al 45 a.C., porque cayó víctima de una conspiración anticesariana por partidarios de la reacción senatorial en marzo del año 44 a.C., en manos de Cassio y Bruto (amadísimo por César). El asesinato de César parecía significar la restauración de la oligarquía senatorial. Pero los conspiradores no fueron absolutamente capaces de explotar la situación; temiendo la ira del pueblo no se precipitaron al poder.

De esta absurda situación supo aprovechar Marco Antonio, compañero de armas de César, que indujo al pueblo a levantarse contra los conspiradores. Marco Antonio leyó el testamento de César al pueblo con ocasión de sus funerales y reveló a los "*populares*" que Julio César los había magníficamente beneficiado con riquísimos legados de dinero, encargando la ejecución de todo a su bisnieto, Cayo Octavio, nominado hijo adoptivo y heredero con el nombre de "*César Octaviano*". Esto determinó la desgracia de los anticesarianos. En un primer momento, Marco Antonio pensó suceder en la dictadura a César, poniéndose de acuerdo con Lépido. Pero Octaviano viajó desde Epiro a Roma para reclamar sus derechos. Por todo esto, se llega a un acuerdo para evitar guerras civiles y sangrientas: el segundo triunvirato, quinquenal, con poderes ilimitados, a través de la "*Lex Titia de Triumviris*" del año 43 a.C.

- Lépido tuvo el Africa.
- Marco Antonio tuvo el Oriente.
- Octaviano permaneció en Roma, para evitar reacciones del Senado.

En este decenio, Octaviano se convirtió en Señor incontestable de Italia romana, Lépido murió en África y Marco Antonio se enamoró en Oriente de la reina Cleopatra, quienes se suicidaron en Egipto.

En el año 32 a.C., finalizado el triunvirato, los amigos de Octaviano le organizaron una solemne aclamación plebiscitaria de sus virtudes: "*Coniurato Italiae et Provinciarum*". Octaviano, con su genio político unido a una sabia y prudente moderación, supo ponerse en ventaja siempre. Así, en el año 27 a.C., Octaviano declaró vengada la muerte de César y restablecida la paz civil. Su ágil maniobra política determinó un reconocimiento del Senado y del pueblo y fue universalmente proclamado

- El sumo "*moderator rei publicae*".
- El primer ciudadano de Roma "*Princeps Romanorum*".
- Con el título de "*Augustus*": "Consagrado de los dioses".
- Con el "*Imperium*" extraordinario de 10 años sobre las provincias no pacificadas, para reducirlas a la obediencia.

Consecuentemente: Se abrió un período histórico: la *“Respublica Universal Romana”* dirigida por un régimen de gobierno autoritario: *“Principatus”*.

El papel que Roma debió ejercer como ciudad dominante, fue más que un dominio verdadero y propio: Roma debió ejercer un protectorado sobre el mundo entero.

## ESTRUCTURA ESTATAL "RESPUBLICA NACIONAL ROMANA"

### 1- CONCEPTO Y GENERALIDADES

El concepto de Estado como *“Respublica”*, se delineó lentamente durante el Estado Quiritario y especialmente durante la fase de crisis de la *“Civitas Quiritaria”*, cuyos elementos esenciales perduraron hasta el siglo III a. C.; aunque perdieron su importancia práctica, permanecieron formalmente a causa de la reverencia de los romanos a sus tradiciones.

#### ***“Respublica” “Res Populi” “COSA DE TODO EL PUEBLO”.***

Así, la clase plebeya, en el curso del siglo IV a. C., logró hacer reconocer un nuevo principio: que el Estado fuera un bien indivisible de todo el *“Populus”*, sin perjuicios de origen y de estirpe, y por tal, todos los miembros merecieran la calificación de *“Cives”*, con la consecuente capacidad de participación en el gobierno del Estado.

### 2- POBLACIÓN DE LA REPUBLICA NACIONAL ROMANA:

Cicerón en su obra *De officiis*, llamada el manual de la clase dirigente, escrita en los últimos meses del año 44 a. C., delineó en el primer libro un diseño de la sociedad. Esta se presenta como una pirámide invertida o una serie de círculos concéntricos: Los dos extremos son la humanidad entera y la familia, la célula mínima de la cual el singular individuo hace parte; entre estos extremos se sitúa el Estado, una institución natural e histórica:

*Cuáles sean los principios que la naturaleza ha establecido para la sociedad, para la comunidad de los hombres, es quizá posible verlo sólo mucho tiempo hacia*

*el pasado. El primero es aquel que se vislumbra en la sociedad del género humano, todo entero. El vínculo que la tiene unida es la razón y la palabra: estas –con el enseñar y el aprender, el comunicar, el discutir, el juzgar– concilian a los hombres entre ellos y los unen en un tipo de sociedad natural. ...Esta es la sociedad más amplia que se haya abierto a los hombres y a sus relaciones, y a las relaciones de todos con todos. En esta se debe conservar la comunión de todos los bienes que la naturaleza ha producido para el uso común, con una distinción: los bienes que las leyes y el derecho civil han asignado a los singulares, estarán en su posesión exclusiva, así como fue establecido; en cuanto a los otros, tendrá valor para ellos el proverbio griego según el cual entre los amigos todo es en común.*

*...Varios son los grados de la sociedad humana. Alejándose de aquella que no tiene límites, la más próxima comprende la misma gente o nación, y se fundamenta sobre la misma lengua, que es entre los hombres el nexo más sólido. Un vínculo todavía más estrecho es la pertenencia a una misma ciudad: el foro, los templos, los pórticos, las vías, las leyes, las normas tradicionalmente observadas, los tribunales, las votaciones, y también las costumbres y las amistades y las diversas relaciones de negocios de muchos con muchos. Pero más íntimo es el vínculo al interno del grupo familiar; así, de aquella inmensa sociedad que abraza el género humano, se llega a un círculo pequeño y angosto.*

Cic. De Off. 1, 16, 50-17, 53:

*sed quae naturae principia sint communitatis et societatis humanae, repetendum videtur altius. Est enim primum quod cernitur in universi generis humani societate. Eius autem vinculum est ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando, conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate... Ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est. In qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas. E quibus ipsis, ut quae que discripta sunt legibus et iura civili, haec ita teneantur, ut est constitutum. Cetera sic observentur, ut in Graecorum proverbio est amicorum esse communia omnia... Gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, propior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur. Interius etiam est eiusdem esse civitatis; multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim inmensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur.*

La definición de *Populus* en la concepción republicana, la dio el jurista clásico Gayo: "*Populi appellatione universi cives significantur connumeratis etiam patriis*". "Con la denominación de pueblo se entienden todos los ciudadanos, comprendidos los patricios". De esta definición se desprenden dos ideas:

1. El logro de llegar a una irrelevancia de la distinción entre patricios y plebeyos.
2. La identificación del *Populus* solamente con la palabra *Cives*, permaneciendo como *non Cives* solamente la categoría de los peregrinos.

Así es que la connotación del *Cives* en la *Respublica Nacional*, estuvo anclada a la finalidad de salvaguardar la nacionalidad romana.

En fin, la población estaba integrada por:  
"CIVES": CIUDADANOS: Patricios, Clientes y Plebeyos.

"PEREGRINI": PEREGRINOS: Extranjeros.

## LA CIUDADANÍA:

### a. REQUISITOS PRIMARIOS PARA SER CIUDADANO ROMANO EN LA "REPÚBLICA NACIONAL ROMANA":

1. Pertenecer a la especie humana, (no ser dioses, ni animales, ni monstruos).
2. Tener la existencia "*in rerum natura*" (no estar muertos).
3. Poseer la libertad, el "*status libertatis*" (no ser esclavo).
4. Poseer la ciudadanía, el "*status civitatis*" (no ser extranjero. Tener la ciudadanía por nacimiento, o por naturalización, o por manumisión).

Eran requisitos suficientes para que el individuo fuera sujeto en el ordenamiento estatal, es decir, en las relaciones de Derecho Público. Pero estos requisitos no eran suficientes para ser sujetos jurídicos, es decir, sujetos activos y pasivos en las relaciones privadas previstas por el *Ius Civile* ("*Vetus*" o "*Novum*"), y por el "*Ius Honorarium*". Era necesario el requisito ulterior de la autonomía familiar, o sea, la independencia de toda sujeción a "*Potestas*", "*Manus*" o "*Mancipium*".

### b- REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN EL GOBIERNO:

1. La "*Ingenuitas*": La ingenuidad, es decir, haber nacido como hombres libres.
2. La "*Civitatis donatio ex lege*": La explícita concesión de la ciudadanía romana con plena capacidad.

## 3- EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA NACIONAL ROMANA:

En virtud de la concepción de "*Respublica*" como *Res Populi Romani*, por territorio de la *Respublica Nacional Romana*, no se entiende todo el territorio sometido por Roma y mucho menos todo el territorio habitado por los romanos. Se entendía por territorio de la *Respublica Nacional Romana*, la extensión tradicionalmente habitada por los *Cives Romani*, es decir, la sede tradicional del *Populus Romanus Quiritium*:

La vieja "*Urbs*" serviana, con sus cuatro (4) "*Tribus Urbanae*", y el condado circundante o campiña romana, que en el año 242 a. C. estaba integrado por 31 "*Tribus Rusticae*":

Salvo excepciones, todos los "*Cives Romani*" con capacidad de voto (excluidas las mujeres y los impúberes) estaban distribuidos en las tribus sobre la base de los siguientes criterios:

- Los no propietarios de tierras (proletarios) eran asignados a las tribus urbanas.
- Los propietarios de tierras ("*Adsidui*") eran asignados, aunque residieran personalmente en la urbe, a las tribus rústicas, especialmente a la tribu en la cual se encontraba el terreno, o en el caso de varias propiedades en regiones distintas, en la tribu de la región que escogiera el censor.

Así, las tribus eran circunscripciones de voto, sobre las cuales se basaba el funcionamiento de los comicios.

## 1. EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA NACIONAL ROMANA:

La "*Respublica Nacional Romana*" se manifestó en un *Estado de gobierno abierto*, es decir, estructuralmente democrático, con un régimen político marcadamente conservador. Algunos historiadores hablan de una aristocracia en el sentido de oligarquía por dos razones:

1. *Las asambleas populares estaban constituidas de modo de dar mayor peso a los ciudadanos de las clases habientes.*

2. *Los cargos públicos y el Senado normalmente quedaban en manos de un restringido número de ricas familias, las cuales constituían la llamada "Nobilitas".*

Pero la innegable posición de favor reconocida a los más habientes, no significó la imposibilidad para los otros "Cives" de obtener la misma condición. Esto no ocurría porque estuviera establecido así en el ordenamiento, sino que sucedía simplemente en virtud de la libre determinación de las asambleas populares.

La verdad es que, si el gobierno de la *Respublica Nacional Romana* fue en su estructura constitucional indiscutiblemente democrático, también fue fuertemente conservador, su forma de funcionamiento, ya que reservó una situación de mayor influencia política a los descendientes del antiguo patriciado y las clases más habientes, que se creían más especializadas y cultas.

Polibio dice al respecto que la constitución romana no es clasificable en ninguna de las categorías fundamentales de la monarquía, de la aristocracia o de la democracia, porque estas tres formas de gobierno, todas eran operantes en el control del estado. Esta tiene un carácter mixto: si se mira el poder de los cónsules, el sistema político aparece monárquico y regio; en cambio aquel del senado aparece aristocrático; pero si se observa el poder de la multitud en las asambleas populares, se ve manifiestamente democrático (Polyb. 6, 11, 11-12).

Esto hace creer que la constitución mixta, a la cual los romanos no llegaron con un simple razonamiento, sino a través de grandes luchas y agitaciones, comenzó su recorrido histórico con el decenvirato (momento de cambio sustancial) (Polyb. 6, 11, 1-2. - 6, 10, 13-14). Las XII Tablas entran tanto en el discurso de Polibio, como en el de Cicerón un siglo después. Se trató de una magistratura cuya función específica fue la de escribir las leyes: *Fasti consulares capitolini*, ad a. 451, II XIII 1, 1g, p. 27: "Decemviri consulari imperio legibus scribundis facti eodem anno".

La república no fue un diseño que solamente indicara el camino y anticipara el futuro, sino que se formó por grados. Y en esta idea Polibio y Catón estuvieron de acuerdo. Al respecto Cicerón dijo:

*Catón decía que nuestra ciudad superaba todas las otras ciudades por el siguiente motivo: en las otras ciudades, individuos singulares habían asumido generalmente la tarea de ordenar cada uno el propio estado con leyes e instituciones, como por ejemplo, Licurgo para los espartanos, Minos para los cretenses, y en cuanto al estado de los atenienses, que habían sufrido tan frecuentes cambios, estaban Teseo, Draco, Solón, Clístenes y muchos otros. Al contrario, nuestro estado no fue ordenado por la mente de un solo individuo, sino de muchos, y no en el espacio de una sola vida humana, sino de muchos siglos y generaciones. No se trata tanto de definir un estado ideal, sino de mostrar el estado romano, en su nacimiento y crecimiento, en su convertirse adulto, robusto y estable.*

*Catonis is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii, ... nostra autem res publica non uniuersum ingenio sed multorum, nec una homines vita sed aliquod constituta saeculis et aetatibus. ...Facilius autem quod est propositum consequar, si nostram rem publica vobis et nascentem et crescentem et adultam et iam firmam atque robustam ostendero...(Cic. "De re publ." 2,1,2-3).*

## 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA NACIONAL ROMANA:

Los elementos constitutivos del gobierno de la *Respublica Nacional Romana*, que era abierto y democrático, aunque marcadamente conservador, eran los siguientes:

1. Las asambleas populares: "comitia curiata" - "comitia centuriata" - "comitia tributa" - "concilia plebis tributa".
2. El Senado.
3. Las Magistraturas y las Promagistraturas.
4. Las Oficinas Subalternas.

## EVOLUCIÓN DEL DERECHO

El ordenamiento de la República Nacional Romana ("Libera Respublica") de los siglos IV - I a. C., fue la continuación, esencialmente coherente,



del ordenamiento de la *Civitas Quiritaria*, del Período Arcaico.

Pero es obvio que, respecto al ordenamiento arcaico, el ordenamiento de la *Respublica Nacional Romana* se manifestó más rico y articulado, en dependencia de las nuevas y siempre más complejas situaciones, que se fueron perfilando en los tres siglos y medio de este Período Preclásico, en el campo político, económico y social.

### 1. CARACTERÍSTICAS DEL ORDENAMIENTO DE LA “RESPUBLICA NACIONAL ROMANA”

- El Exclusivismo romano-nacional.
- La Laicización del ordenamiento.
- La pluralidad y la variedad de los sistemas normativos.

#### a- EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LA FASE DE ASENTAMIENTO DE LA REPÚBLICA NACIONAL ROMANA

En el tramo de tiempo que va aproximadamente del 367 al 283 a.C., se da la transformación prácticamente completa del ordenamiento ciudadano centralizado por los patricios, en un ordenamiento estatal común, tanto a los patricios como a los plebeyos, en consecuencia considerados también éstos como ciudadanos romanos, “*Cives Romani*”.

En núcleo esencial del ordenamiento se convierte, en esta primera fase histórica, el “*Ius Civile Romanorum*”, un conjunto de principios de comportamiento igual para todos los romanos y sólo para los ciudadanos romanos, que fue el resultado de la evolución del “*Ius Quiritium*”, del “*Ius Legitimum Vetus*” y de la “*Interpretatio*” de los colegios sacerdotales, en especial, los pontífices, del Período Arcaico.

El “*Ius Civile*”, que traduce literalmente **Derecho Civil**, indica: el ordenamiento jurídico de la ciudad. Se forma en una época remota. Los Libros de los Pontífices y la Ley de las Doce Tablas nos conducen a su fase más arcaica. Eran los sacerdotes (juristas) los que desarrollaban la obra de la “*Iuris interpretatio*” antes de la legislación decenviral.

El *Ius Civile* en éste período preclásico se denomina: *Ius Civile Vetus* para diferenciarlo del *Ius Civile Novum*.

Pero el *Ius Civile Vetus* no ocupó integralmente el área del ordenamiento de la “*Respublica*”, porque se limitó a recoger el sector de las relaciones entre las familias. Por fuera del *Ius Civile*, el sector puramente religioso fue de competencia del *Ius Sacrum*, prerrogativa exclusiva de la *Interpretatio Pontificum* y de unión estrecha con el *Ius Quiritium*.

El sector constitucional del ordenamiento estatal, es decir, el atinente a la constitución y a la administración de la *Respublica*, fue objeto de un reglamento de otra naturaleza, constituido en parte por los institutos tradicionales de la constitución romana y en parte por las normas modificativas o innovadoras de las *Leges Publicae Populi Romani*, es decir, de las providencias votadas, primero, por la “*Comitia Centuriata*”, después, por la *Comitia Tributa* y finalmente, por la *Concilia Plebis Tributa*. Estas *Leges Publicae* se encaminaron a ser consideradas como expresión de una nueva especie de *Ius* subsidiario del *Ius Civile*, el denominado: *Ius Publicum*.

#### b- EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LA FASE DE APOGEO DE LA REPÚBLICA NACIONAL ROMANA

En el curso de esta fase: 283 al 146 a. C., el primer fenómeno que tomó consistencia fue el alejamiento siempre más neto del *Ius Civile Romanorum* respecto del *Ius Sacrum*. El puesto de la *Interpretatio* pontifical se fue afirmando en la obra de la *Interpretatio* del *Ius Civile*, una interpretación esencialmente laica, extraída de la clase de la *Nobilitas*, la cual se convierte progresivamente en el centro de propulsión de toda la vida jurídica romana, el pensar jurídico: la *Jurisprudencia Romana*.

El ordenamiento constitucional, permanece constituido en parte por los institutos tradicionales y en parte por las normas de las *Leges Publicae*, particularmente numerosas en materia electoral, judicial y criminal. Así es como el concepto de *Ius Publicum*, originariamente limitado a las normas integrativas del *Ius Civile*, se extendió a todo el ordenamiento jurídico.

La característica más notable de esta fase se constituyó en la solución que los romanos dieron a un doble problema:

- El reglamento de nuevos tipos de relaciones, especialmente de carácter comercial, ignorados por las antiguas *Mores*.
- La admisión de la tutela jurídica a las relaciones de los peregrinos con los *Cives*.

La solución se encontró y se dio mediante la creación de un instituto: el *Praetor Peregrinus*, al cual se dio el poder de acordar la tutela jurídica romana a aquellas relaciones comerciales entre romanos y extranjeros que, aunque extraños al *Ius Civile Vetus* y al *Ius Publicum*, no estuvieran en contraste insanable con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico romano. De tal modo, a través de la praxis del tribunal peregrino se fue formando y consolidando un conjunto de nuevas instituciones privadas de carácter de exclusivismo romano-nacional, las cuales constituyeron un nuevo sistema jurídico que tomó el nombre de: *Ius Civile Novum*.

### **c- EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LA FASE DE CRISIS DE LA “RESPUBLICA NACIONAL ROMANA”**

En esta fase: 146 al 27 a. C., al profundo tormento de las estructuras estatales, determinado por las luchas y por los desórdenes que caracterizaron esta época, corresponde, en el campo propiamente jurídico, una siempre más acentuada y evidente inadecuación de las viejas fuentes y de los viejos sistemas de frente a las urgentes exigencias de nuevos reglamentos manifestados por la vida social romana.

Ante estas nuevas exigencias, se hubiera tenido que proveer en todo y para todo el “*Ius Publicum*” a través de sus *Leges*. En efecto, la legislación romana se intensificó notablemente durante esta fase. Por otra parte, sea por los fuertes desacuerdos que bloqueaban al Senado, sea por la dificultad de convocar seguido a los comicios y de llevarlos rápidamente a decisiones de múltiples problemas, sucede que, al lado práctico, el *Ius Publicum*, mientras hizo frente eficazmente a las instancias más urgentes de reforma del ordenamiento estatal y, sobre todo, de reglamento y fortalecimiento de la represión criminal, no

logró proveer con la debida capilaridad y urgencia la necesaria renovación del anticuado *Ius Civile*, que la evolucionada colectividad romana cada vez comprendía menos, porque ya muy difícilmente se aplicaba a las transformaciones y a los cambios de las condiciones sociales.

Del reglamento de las relaciones civilistas, según nuevos y más modernos criterios, se encargaron los magistrados *Ius Dicere* y particularmente el *Praetor Urbanus*, naturalmente a través de los poderes de comando que constituían en sustancia su *Iurisdictio* y no mediante la emanación de normas, que no tenían el poder de hacerlo

Los magistrados *Ius Dicere* actualizaron el *Ius Civile Vetus* y acomodaron el *Ius Civile Novum* para responder a las nuevas exigencias sociales.

De estos primeros pasos se desarrolló con el tiempo toda una praxis jurisdiccional, que asumió progresivamente el rango de un nuevo sistema jurídico, al cual, más tarde, se le dio el nombre de: *Ius Honorarium*, que incluye el tan famoso *Ius Praetorium*.

## **2. EL DERECHO ROMANO PRECLÁSICO:**

Es la expresión de un proceso histórico unitario, bien distinto del Derecho Arcaico y del Derecho Clásico, con connotaciones de laicización progresiva, con tendencia decidida a acrecentar su esfera de influencia y de desarrollo de sus institutos.

Mientras en el período sucesivo, el Período Clásico de la *Respublica Universal Romana* se verificó en el cuadro de una vida social y política fuertemente constituida por el régimen del principado, un proceso de sistematización y de simplificación orgánica de los varios institutos jurídicos romanos, en el Período Preclásico se dio un tumulto en la vida jurídica. No sólo faltó la organicidad clásica del ordenamiento, sino que también faltó una clara visión del valor de la producción, de la interpretación y de la aplicación del derecho. Al lado de los institutos jurídicos, creados mediante los modos propios de la producción jurídica, se determinaron otros a través de la praxis de los tribunales, y otros se perfilaron con la actividad sólo formal interpretativa y creativa de la jurisprudencia.

Así es como el Derecho Romano Preclásico estuvo integrado por:

- *El Ius Civile Vetus.*
- *El Ius Publicum.*
- *El Ius Civile Novum.*
- *El Ius Honorarium.*

La estación del Derecho Romano Preclásico fue la época en la cual el Derecho Romano adquirió los trazos esenciales de lo que sería por siglos su estructura maestra, aquélla misma que Justiniano I nos transmitió en su gran compilación del siglo VI d. C, el admirable "*Corpus Iuris Civilis*".

## EL "IUS CIVILE VETUS":

### a. MARCO GENERAL:

Se llamó así para diferenciarlo del *Ius Civile Novum*, de formación sucesiva.

Fue el *Ius Civile Romanorum* por antonomasia y constituyó el sistema normativo fundamental, el cimiento de todo el ordenamiento jurídico preclásico, es decir, el sistema respecto al cual todos los otros sistemas jurídicos sucesivos, como el *Ius Publicum*, el *Ius Civile Novum* y el *Ius Honorarium*, fueron considerados complementarios y subsidiarios. Las raíces del *Ius Civile Vetus* se encuentran en el derecho de la edad arcaica, de la cual el *Ius Civile Romanorum*, es decir, el "Ius" de todo el *Populus Romanus*, fue el resultado unitario y la continuación histórica.

Este nuevo y más preciso sistema se perfeccionó a través de la laicización: la *Interpretatio Prudentium* que hizo desaparecer la *Iuris Interpretatio Pontificum*, el monopolio que tenían los pontífices de la interpretación del derecho.

La historia cuenta que en el año 304 a. C., el plebeyo Gneo Flavio, escriba de Appio Claudio Cieco, sustrajo a los pontífices los formularios de las *Actiones* y los hizo públicos, obteniendo tanta gratitud de los conciudadanos que logró alcanzar, no obstante su humilde origen, el alto cargo de edil curul. Su recolección fue lo que posteriormente se llamó: *Ius Civile Flavianum*.

Un decenio después, Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que alcanzó el cargo de "Pontifex

Maximus", determinó la caída definitiva del monopolio sacerdotal, estableciendo que las consultas a los pontífices debían ser públicas y no más a puerta cerrada.

A finales del siglo IV a. C., todas las diferencias entre patriciado y plebe habían sido ya superadas, así es que, todo un revolcón completo de condiciones sociales ocasionó en Roma la desaparición de un estado de situaciones que se había vuelto anacrónico.

El desarrollo del *Ius Civile* fue actuado a través de la obra de la Jurisprudencia laica, que sobrepasó en el siglo III a. C., a la antigua interpretación sacerdotal. Los nuevos juristas laicos, *Iurisprudentes*, se dedicaron no sólo a la actividad puramente lógica de la interpretación, si no que, basándose en su personal respetabilidad y estimación social, *Auctoritas*, se dedicaron a creaciones de nuevos institutos y a lograr nuevos desarrollos de institutos ya existentes, a través de la *Interpretatio Iuris*.

### b. CARACTERÍSTICAS DEL "IUS CIVILE VETUS"

#### 1. La aplicación exclusiva a la nacionalidad romana:

El exclusivismo nacional-romano del "Ius Civile Vetus", representó una superación del exclusivismo patricio.

#### 2. La limitación a las relaciones privadas en sentido amplio:

Implica que se clarifique que el *Ius Civile Romanorum* se ocupó sólo del reglamento de las relaciones privadas, es decir, de las relaciones inter-privados, o singulares, en las cuales no interviene el Estado.

En conclusión, todo y sólo aquello que en el Período Arcaico había sido considerado *Ius*, hizo parte del *Ius Civile Vetus*.

### c. CONTENIDO DEL "IUS CIVILE VETUS"

El progreso de los tiempos se nota fácilmente, pero también se advierte la adherencia del sistema civil a una sociedad eminentemente agraria, de la

cual la célula elemental es la familia, y el punto central se convirtió en la explotación de la tierra mediante fuerzas de trabajo, con fundamento en la esclavitud.

Aunque vale formalmente para todos los romanos, en realidad el *Ius Civile* es esencialmente el derecho que tutela los intereses de los propietarios de tierras, *Adsidui*, y más en general, de los habientes. Era un derecho que favorecía la concentración de la riqueza en un número relativamente restringido de familias y que por consecuencia, se prestaba al sacrificio de los elementos sociales más débiles, en ventaja de la "Nobilitas" senatorial.

## 1. SUJETOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Los sujetos de las relaciones jurídicas en el *Ius Civile Vetus* eran exclusivamente los *Cives Romani*:

- a. **Los Ciudadanos Romanos que gozaran de autonomía familiar:** Es decir, los *Sui Iuris*, independientes de la "Potestas" de un "Paterfamilias" viviente.
- b. **Los hijos emancipados:** Además que por la muerte del *Paterfamilias*, la autonomía familiar se podía adquirir por la emancipación.
- c. **Las mujeres:** También las mujeres estaban admitidas a la subjetividad jurídica, si no estaban sujetas a la *Patria Potestas* pero con algunas limitaciones:

*Las mujeres no podían ser titulares de Potestas sobre los hijos y ulteriores descendientes.*

- a. **Los peregrinos:** Excepcionalmente, los peregrinos tenían la subjetividad jurídica si habían obtenido la concesión del *Ius Commercium* y en forma eventual también el *Ius Connubium*.
- b. **Los privilegiados con la manumisión:** Los esclavos podían adquirir la subjetividad jurídica a través de la concesión de la manumisión por parte del *Dominus*.
- c. **Los impúberes y los padres de familia dementes o pródigos:** Se consideraban

sujetos jurídicos los impúberes y los *Patres Familiarum* que se volvían dementes o pródigos, a los cuales se les nombraba un representante, todo esto en interés de ellos mismos, de sus familias y de la misma comunidad, porque estas personas se consideraban incapaces de actuar. Como eran sujetos jurídicos, actuaban a través del guardador, quien los representaba y cuidaba de sus intereses.

En este sentido se desarrollaron los institutos, de los cuales las Doce Tablas ya habían dado sus raíces:

*La "Tutela Impuberum" y la "Tutela Mulierum".  
La "Curatela Furiosi" y la "Curatela Prodigii".*

- Si la incapacidad de juicio y voluntad era total, a los guardadores, *Tutor* y *Curator* les tocaba una verdadera y propia función sustitutiva, denominada *Negotiorum Gestio*.
- Si la incapacidad de juicio y voluntad era solo parcial, los guardadores, respecto a las actividades jurídicas las dejaban cumplir al sujeto, pero con la integración de la voluntad de su custodio; se denominaba *Auctoritas Tutoris* y normalmente se desarrollaba para las mujeres púberes y los impúberes que ya casi llegaban a la pubertad.

La familia era un conjunto de objetos jurídicos, pero ahora estaba limitada, en sentido propio, al conjunto de los sometidos a la "Patria Potestas", a la *Manus* y al *Mancipium*; por extensión, hacían parte también los esclavos y las demás cosas.

Sobre los miembros de la familia el *Pater* tenía siempre las tradicionales facultades de disposición como creyera mejor:

- De alienarlos a terceras personas, *Ius Vendendi*.
- De matarlos, *Ius vitae ac necis*.

## 2. LAS RELACIONES ABSOLUTAS

Un sistema como el *Ius Civile Vetus*, claramente orientado hacia la tutela de los intereses de la concentración de la riqueza en las manos de los sujetos más capaces de valorizarla, obviamente se dedicó con particular cuidado a la disciplina de las relaciones absolutas de contenido patrimonial sobre las cosas (*Res*) en sentido estricto y sobre los esclavos, con atención aun más particular a

las relaciones absolutas atinentes a la riqueza inmobiliaria.

Lo confirma toda la relevante obra de *Interpretatio* ejercitada por la jurisprudencia civilista respecto de:

El Dominio. Las Servidumbres. El Usufructo y el Uso. La garantía.

#### a. El Dominio

- El *Dominium ex iure Quiritium* era una relación jurídica absoluta en sentido propio; tenía como objeto cosas de importancia jurídica y económica, las “Res Mancipi” (inmuebles, esclavos, semovientes de tiro...) y las demás, “Res Nec Mancipi”.

Los objetos más tutelados eran los fundos en territorio ciudadano, *Fundi in agro Romano*, y seguidamente aquellos fundos que estuvieran en territorio itálico, “Fundi in agro Italico”.

- Los sujetos activos sólo podían ser los ciudadanos romanos, *Cives Romani*, y los peregrinos a los que se les había concedido el *Ius Commercium*.

El derecho del propietario, *Dominus*, sobre los inmuebles, era inmenso al extenderse en el fundo ilimitadamente. Además, se excluía la expropiación por pública utilidad.

- Se admitía la comunidad, *Communio*, es decir, el concurso de varios sujetos en la titularidad activa de un dominio. Cada comunero participaba *Pro Parte* en la utilización del bien común, soportando a prorrata los gastos y los daños causados.
- Las cosas (*Res*), se distinguían en varias categorías:
- *Res in commercium, in patrimonium - Res extra commercium, extra patrimonium.*
- *Res Divini Iuris - Res Humani Iuris.*
- *Res Publicae - Res Privatae.*
- *Res Mancipi - Res Nec Mancipi.*

#### **Respecto a los modos de adquirir el dominio**

Los hechos jurídicos constitutivos y extintivos del dominio se consideraron:

- El Aluvión, *Adluvio*.
- La avulsión, *Avulsio*.
- La isla surgida del cauce, *Insule in flumine nata*.

- La accesión.
- La adquisición de frutos, *Fructus*.

Entre los actos jurídicos constitutivos y extintivos del dominio estaban:

- La ocupación, *Occupatio*.
- La usucapión, *Usucapio*.

Los Negocios jurídicos para el traslado del dominio fueron:

- La *Mancipatio*.
- La *in iure cessio*.
- La tradición, *Traditio*.

### LAS SERVIDUMBRES

El desarrollo de la agricultura intensiva incrementó en forma relevante la multiplicación de los *Iura Praediorum* llamados también *Servitutes Praedii*: Servidumbres Prediales, cuyas raíces vienen de la ley de las Doce Tablas.

Era una situación de subordinación en la cual un inmueble, denominado *fundo sirviente*, se encontraba en relación con un inmueble vecino, llamado *fundo dominante*, cuando éste fuera destinado por autonomía privada a determinar cierta utilidad (*Utilitas*) objetiva al otro fundo. Esta servidumbre sobrevivía al cambio de los respectivos propietarios.

Podía tratarse de una *Servidumbre positiva* cuando la obligación del propietario del fundo sirviente consistía en soportar una actividad sobre su fundo por parte del otro propietario; al contrario, era una *Servidumbre negativa* cuando se trataba de la abstención de una actividad que tenía derecho a ejecutar.

Se distinguían dos (2) categorías de servidumbres:

#### **1. Servidumbres Prediales o Rústicas, Servitutes rusticae:**

- De paso, *Ius aundi agendi*.
- De acueducto, *Ius aquae ducendae*.
- De abrevadero, *Ius pecoris an aquam appellendi*.

#### **2. Servidumbres Urbanas, Servitutes urbanae**

- De no sobreelevar, *Ius altius non tollendi*.

- De sostén del edificio dominante, *Servitus oneris ferendi*.
- De vista, *Servitus ne prospectui officiat, ne luminibus officiat*.

### a. El Usufructo y el Uso

El desarrollo de la jurisprudencia civilista derivó nuevos institutos: el Usufructo, *Usus fructus*, y el Uso, *Usus sine fructus*, que permitían al propietario conservar el dominio de una cosa mueble o inmueble (“Nudus Dominium”) y confiar estos derechos temporalmente a otros.

El *Usus fructus* se daba para las cosas fructíferas. Otorgaba derecho al usufructuario de usar la cosa para apropiarse de los frutos, pero sin alterar o cambiar la estructura de la destinación económica.

El *Usus sine fructus* se daba para las cosas no fructíferas. Concedía derecho al usuario de usar la cosa, pero sin alterar o cambiar la estructura de la destinación económica.

### b. La Garantía

El propietario, *Dominus*, podía dar en *fiducia* sus propias cosas en garantía a otros para cubrir una propia obligación o para cubrir una obligación de otros, operación ventajosa respecto del antiguo *Nexum*, donde el deudor se daba a sí mismo en garantía al acreedor.

El problema era obtener el retraspaso del *Dominium* de la cosa cuando la obligación ya se hubiera cumplido. Un medio jurídico para reclamar la restitución no estaba previsto en el ordenamiento. La jurisprudencia se esforzó en responsabilizar al máximo, al menos en el campo social, tomándola como una cuestión de buena fe, *bona fides*.

## 1. LAS RELACIONES RELATIVAS

En el sistema del *Ius Civile Vetus*, siendo atenuado el contenido aflictivo y coactivo del *Nexum* con la *Lex Poetelia Papiria* del año 326 a. C., la obligación, *Obligatio*, se perfiló más claramente como vínculo jurídico, *Iuris Vinculum*, ahora patrimonial, dejando de ser físico-material como en la ley de las Doce Tablas. No se trataba de un instituto muy difundido, pero tampoco de poca relevancia.

Las fuentes de las obligaciones se agrupaban en dos categorías:

### (1). El contrato, *Contractum*

Que comprendía un cierto número de actos lícitos.

Toda asunción de deuda en virtud de acto lícito fue designada con el término de *Obligatio Contracta*, obligación pacíficamente asumida, y se le agregaba la indicación del modo por el cual el vínculo se había creado: *Verbis* o *Litteris* o *Re*.

- *Obligaciones verbis contractae*: Para su existencia tenían una ritualidad de formas verbales. Su formalidad era la oralidad. Entre ellas se encuentran La “*Sponsio*” y la “*Stipulatio*”.
- *Obligaciones litteris contractae*: Tenían carácter pecuniario y nacían a través de escrituraciones y de documentos específicos. Su formalidad era la escritura. Por ejemplo: La “*Expensilatio*”.
- *Obligaciones re contractae*: Eran aquellas derivadas de una “*Datio rei*” o precisamente de la entrega de una cosa. Por ejemplo: El “*Mutuum*”.

### (2). El Delito, *Delictum*

Los *Delicta*, delitos previstos y disciplinados por el *Ius Civile* para ser fuentes de obligaciones, fueron los siguientes:

- El hurto, *Furtum*.
- La injuria, *Iniuria*.
- El daño en cosa ajena, *Damnum iniuria datum*.

## EL IUS PUBLICUM

### MARCO GENERAL

El reconocimiento de la *Comitia Centuriata* como asamblea popular constitucional deliberante, con el cual se abrió el Período Preclásico de la *Respublica Nacional Romana*, dio lugar a la inclusión, entre las fuentes de ordenamiento estatal romano, de las *Leges Publicae Populi Romani*. Las *Leges Publicae* eran todas aquellas deliberaciones de los comicios, y también aquellas relativas a la *Creatio Magistratus* y a los *Iudicia Criminalis*.

En la fase de asentamiento de la *Respublica Nacional Romana* sucedió que, por exigencias de carácter social y político, algunas *Leges Publicae* intervinieron para delimitar y precisar el campo de aplicación de institutos civiles.

### **a. LA ESTRUCTURA DEL “IUS PUBLICUM”**

El campo de aplicación de las *Leges Publicae* fue:

- La estructura estatal del Estado Romano, desarrollando:
- Los elementos constitutivos del Estado: Población - Territorio - Gobierno.
- Los elementos constitutivos del Gobierno.
- La represión criminal.
- La intervención en materias del *Ius Civile*, lo que dio el inicio de la formación del concepto del *Ius Publicum* como sistema normativo concurrente con el *Ius Civile*, como parte integrante del *Ius Privatum*, dando inicio a la evolución del fenómeno de la *ramificación del derecho*.

### **b. LA INFLUENCIA DEL IUS PUBLICUM SOBRE EL IUS CIVILE**

Es menester pasar a ver las relaciones entre el *Ius Publicum* y el *Ius Civile Romanorum*:

#### **a. En la fase de asentamiento de la respublica nacional romana**

En esta etapa sólo dos (2) leyes interfirieron en el “*Ius Civile*”:

##### **1- La Lex Poetelia Papiria de nexis**

Del año 326 a. C., votada por la “Comitia Centuriata” por propuesta de los cónsules Petelio Libone y Papirio Cursor.

Esta ley se ocupó del instituto del “*Nexum*”, pero no para abolirlo, sino para mitigar la condición inhumana en la cual se encontraban los “*nexi*”. En efecto, se prohibió que los ciudadanos en estado de “*Nexum*” fueran tratados por sus acreedores con cadenas, abriendo la vía a ese principio tan importante por el cual la responsabilidad del deudor va limitada a sus bienes patrimoniales y no va extendida a su persona.

##### **La “Lex Aquilia de damno dato”**

Plebiscito votado en el año 286 a. C., que introdujo un nuevo tipo de ilícito, constituido por el injusto daño ocasionado con actos materiales a cosa ajena (cosas, esclavos, animales, etc.).

#### **b. En la fase de apogeo de la “respublica nacional romana”**

Entre las leyes de esta fase están:

##### **La “Lex Cincia de donis et muneribus”**

Plebiscito propuesto por el tribuno de la plebe M. Cincio en el año 204 a. C., para que oficialmente se pusiera freno a los despilfarros privados. Prohibió, sin conminar sanción, aceptar liberalidad más allá de un cierto monto (“*dona*”), salvo de parientes: “...*prohibet, exceptis quibusdam personis cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, not rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit...*”.

##### **La “Lex Atilia de tutoris dando”**

Expedida en el año 186 a. C. Autorizó al pretor nombrar, de acuerdo con la mayoría de los tribunos de la plebe, un tutor, *Tutor Atilianus*, a los impúberes cuando estuvieran desprovistos de tutor testamentario o legítimo.

##### **La “Lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium”**

Del año 180 a. C., para la protección de los menores, la cual prohibió el aprovecharse de la inexperiencia de un menor de 25 años para concluir negocios.

##### **La “Lex Atinia de Usucapione”**

Esta ley fue expedida en el año 150 a. C. y declaró que las cosas robadas, *Res Furtivae*, llevaran consigo mismas el sello de no poderse adquirir mediante *Usucapio*.

#### **c. En la fase de crisis de la “respublica nacional romana”**

En esta etapa se dieron nuevas intervenciones de las *Leges Publicae* en las materias del *Ius Civile*, pero se trató siempre de intervenciones limitadas en el número y en el fin, es decir, prohibir o

frenar los abusos más graves e intolerables de los derechos nacidos del “Ius Civile”, entre otras:

### **Las “Leges Sponsu”**

Interesadas todas en precisar el régimen jurídico de las garantías personales de las obligaciones.

### **La “Lex Furia de sponsu”**

Su expedición oscila entre el siglo III y el año 100 a. C. Disposición que obligaba al acreedor a actuar contra cualquiera de los garantes pero sólo por la parte que le correspondía.

### **La “Lex Marcia”**

Es difícil su ubicación, pero oscila entre el siglo II y el siglo I a. C. Aseguraba a los deudores la restitución de los intereses indebidamente pagados.

### **La “Lex Iulia de Vi Privata”**

Expedida en el año 46 a. C. Por medio de esta ley se declaran no usucapibles las cosas tomadas con violencia, *Res Vi Possessae*.

Además, muchas leyes en materia de sucesiones.

## **EL “IUS CIVILE NOVUM”**

### **MARCO GENERAL**

Junto al *Ius Civile Vetus* pasó a integrar el *Ius Privatum*.

Un paso verdaderamente importante para lo fines de ampliación y de renovación del “Ius Civile”, fue determinado por el “Ius Publicum”, no en modo explícito, sino de modo indirecto a través de la institución de la magistratura del *Praetor Peregrinus*, mediante la *Lex Plaetoria* del año 242 a. C., plebiscito propuesto por el tribuno de la Plebe Marco Pletorio. Esta ley interviene con el objetivo de obtener que de los dos (2) pretores elegidos, uno permaneciera establemente en la ciudad para asegurar la continuidad de la administración de la justicia entre los ciudadanos romanos, y el otro se encargara de la administración de justicia entre romanos y extranjeros y entre estos mismos. La nueva magistratura satisfacía una exigencia bien sentida en la realidad social romana.

Con el asentamiento de las nuevas estructuras de la *Respublica Nacional Romana*, se había empezado una vigorosa expansión comercial en Italia: en el Mediterráneo y en el Adriático. Se trataba de relaciones múltiples completamente ignoradas por el *Ius Civile Romanorum*, por no tratarse de relaciones entre sólo ciudadanos romanos, *Cives Romani*, sino de ciudadanos romanos y extranjeros de las más diversas naciones.

El comercio, hasta ahora, se había desarrollado normalmente en el interior de un área restringida y estrecha y se desenvolvía solamente para el cambio de bienes de lujo o de géneros de primera necesidad, como el hierro y la sal. El fundamento de la economía antigua había sido siempre la agricultura, la cual determinaba en Roma la costumbre, la vida religiosa, el vocabulario, las características esenciales de la vida política, etc. Entre las actividades dignas de un hombre libre estuvo siempre en primer lugar la agricultura. El campesino se había delineado siempre como un paradigma. Cato en *De agri cult.*, dice: **“El bonus agricola es también un soldado valeroso, y en él una antigua sabiduría identifica al vir bonus”**.

Pero con la expansión comercial y el arte de la navegación se empiezan a ver cambios en la economía, con el crecimiento de las fuentes financieras, la llegada constante de extranjeros comerciantes, la frecuente circulación de dinero y la gran masa de fuerza de trabajo disponible. La actividad mercantil se convierte notoriamente en una actividad apreciada. El comerciante es, sin lugar a dudas, un hombre tenaz, con una vida que involucra siempre el riesgo y con tendencia a las ganancias y al lucro, pero con un fin último que es la propiedad de la tierra. La sociedad romana presenta a partir de entonces un rostro diferente. Se delinea un sistema que permanecerá estable por mucho tiempo

El consecuente problema del reglamento aplicable a estas relaciones nuevas era difícil y delicado.

### **EL IUS CIVILE NOVUM Y EL DERECHO COMERCIAL**

En este cuadro romano todavía no se constituye el derecho comercial como una rama autónoma del ordenamiento, no se distingue un *Ius mercatorum* como en el medioevo o en



las legislaciones modernas. Pero a la locución de derecho comercial se le puede dar un significado más amplio: un conjunto normativo que surge para las necesidades del tráfico en el área mediterránea, aplicable no sólo a los comerciantes, sino utilizado principalmente por ellos, abierto a los ciudadanos y a los extranjeros y libre de los vínculos de formalidad del derecho civil.

Esta conjunto normativo debe su origen al *Ius gentium*, que comprende todos los institutos comunes a los diversos pueblos, que, aun siendo de origen civil, se emplean más allá del ámbito ciudadano, y sin duda, se identifican con el *Ius naturale*.

El derecho comercial es adventicio y no está sobre el mismo plano del derecho civil. El derecho civil está ligado estrechamente a la ciudad y es un elemento constitutivo de ésta. Además, está ligado al ciudadano, porque sólo el ciudadano puede disfrutar de sus privilegios; ejemplo revelador es la expresión arcaica *Ius Quiritium*, derecho de los Quirites. El extranjero *hostis* estaba excluido, pues no tenía tutela jurídica, a menos que se recurriera a un tratado internacional, o a un vínculo recíproco de hospitalidad, o a un vínculo de amistad, o al patronato, o a la ficción de la ciudadanía, o también se reconociera el *Ius commercium*, o sea, la facultad de cumplir negocios patrimoniales, o se reconociera el *Ius connubium* que era la facultad de contraer un válido matrimonio y que incluía juntamente el *Ius commercium*.

El derecho civil tiene origen antiguo, consuetudinario y evolutivo. En cambio, el derecho comercial es extraño a la ciudad y sólo acogido por ella; no se forma directamente por la ley, se forma más que todo por un conjunto de usos y de prácticas que se dan en la realidad viva y móvil de los tráficos y de los negocios. Tiene una vocación universal, pues va más allá de los mundos cerrados de los singulares derechos ciudadanos.

Siendo el problema fundamental la tutela jurídica del extranjero y su entorno de negocios, el comercio debe cumplir por doquier el esfuerzo preciso de abolir todas las formas. En su tiempo el formalismo había introducido en el mundo arcaico una dimensión nueva. También la crisis del formalismo ahora es un signo de cambio. Los antiguos negocios del derecho civil

como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *sponsio* y los antiguos procedimientos ya no podían resolver las dificultades que ahora la práctica les ponía en frente. Estos antiguos negocios no se abandonaron, pero el derecho se enriqueció con nuevos institutos. Se empieza a hablar de los negocios del derecho comercial, de las nuevas figuras negociales, como la *emptio venditio*, la *societas*, la *locatio-conductio*, el *mandatus*, etc., que son el resultado de un pensamiento positivo.

La palabra es ahora sólo el instrumento de la voluntad y no un hecho absoluto. Se deja atrás la sensibilidad de las formas arcaicas. El derecho comercial se mueve en un plano laico, donde la relación jurídica es abstracta e impersonal y depende sólo de su función práctica.

Es esencial también la *fides bona* que pertenece al campo de la confianza. Todos los contratos del derecho comercial tienen la buena fe como la norma que fundamenta el vínculo y su correspondiente responsabilidad. No se trata de un valor jurídico nuevo, sino que adquiere una gran importancia, aun dentro del campo del derecho civil. Se observa un significado profundo en todos los juicios arbitrales en los cuales se agrega la cláusula *según la buena fe, ex fide bona*.

En la buena fe se empieza a descubrir una noción amplia que opera en todas las relaciones en las cuales se manifiesta la vida común de los hombres: la tutela, la sociedad, los pactos fiduciarios, el mandato, la compraventa, el arrendamiento, etc. (Cic. De off. 3, 17, 70).

Las relaciones del derecho comercial no permanecieron siempre sin tutela, pues la obtienen con la institución del pretor peregrino. Aunque ya se había encontrado desde antes el modo de protegerlos, a través de compromisos y del procedimiento arbitral (nombramiento de un colegio de árbitros, denominado *Recuperatores*, escogidos entre los conciudadanos y presidido por una persona de nacionalidad neutra), pero las cosas cambiaron, señalando el inicio de una nueva fase, con la institución del pretor peregrino, que tenía la función de administrar justicia entre los romanos y extranjeros y entre los extranjeros. Su jurisdicción determinó el camino de un nuevo procedimiento.

## EL PRAETOR PEREGRINUS Y LA TUTELA DE LAS NUEVAS RELACIONES COMERCIALES

Para facilitar la composición de los frecuentes litigios que nacían de las nuevas relaciones comerciales entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, se clasificaron los pretores en número de dos:

### El Praetor Urbanus:

Columna estructural del sistema jurisdiccional romano, que había existido desde el acuerdo patricio-plebeyo: *Leges Licinia Sextiae* del año 367 a. C.

Su función principal era la administración de justicia entre los ciudadanos romanos.

### El Praetor Peregrinus.

Se creó a finales de la primera guerra Púnica, cuarenta años antes de concluirse la segunda victoria definitiva sobre Cartago, en el año 242 a. C. Se colocó al lado del pretor urbano con funciones varias, pero sobre todo, con la función primordial para el momento coyuntural de la administración de justicia en Roma entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, y también entre los extranjeros.

Su jurisdicción determinó y consolidó un nuevo procedimiento. El proceso que se desenvuelve en su tribunal no es el formalista del período arcaico, sino un proceso nuevo, posteriormente llamado el procedimiento formulario, que suplantará al procedimiento antiguo de las acciones de la ley y que se aplicará también en el tribunal del pretor urbano.

### APORTES DEL IUS CIVILE NOVUM

Al *Ius Civile Novum* se le debe la creación de la *Stipulatio Iuris Gentium*, como una evolución de los tradicionales institutos de la *Sponsio* y de la *Stipulatio*, pero accesible también a los extranjeros.

Desde épocas antiguas del Derecho Romano, se estableció como forma de contratar junto al *Nexum* también la *Sponsio*, que se deriva del verbo *spondere* que quiere decir prometer. Era un contrato verbal, *Verbis*, ya que se perfeccionaba sólo con el uso de determinadas palabras, es decir,

era indispensable el empleo del verbo *spondere* para que se formara el vínculo contractual. Además, este contrato era accesible sólo a los ciudadanos romanos. Pero luego se evolucionó y, entonces, al tomar el nombre de *Stipulatio*, se permitió el empleo de otros verbos que comprendieran la idea de promesa por parte del deudor a favor del acreedor, pero, además, se hizo extensiva esta forma de contratar a toda clase de personas, romanos y extranjeros. En fin, la *Sponsio* y luego la *Stipulatio* (que no fue sino el resultado de la evolución de la *Sponsio*) consistían en una solicitud verbal y solemne de obligarse, dirigida por el futuro acreedor al futuro deudor y en una congrua e inmediata respuesta del segundo al primero.

A través de diversos retoques a la fórmula, el acto de la *Stipulatio* fue adaptado según las diversas necesidades:

- A constituir obligaciones de dar: *Stipulatio in dando*.
- A constituir obligaciones de hacer: *Stipulatio in faciendo*.
- A prometer la dote al marido: *Promissio dotis*, etc.

Con esta nueva figura los peregrinos podían estrechar válidos vínculos obligatorios de “*Stipulatio*” con los romanos, los cuales tenían la “*Actio ex Stipulatu*”.

Pero la *Stipulatio* tenía que llevarse a cabo entre presentes, o sea, entre personas que se encontraran frente a frente, y era un esquema negocial demasiado rígido para poder contener toda la gama de hipótesis de una vida comercial tan intensa, normalmente desarrollada entre personas lejanas. Por lo tanto, este rigorismo hizo sentir la necesidad de dar reconocimiento jurídico directo a las relaciones de crédito que surgían de las negociaciones de buena fe del comercio mediterráneo. Era necesario acudir a otras formas negociales más amplias, teniendo en cuenta la buena fe y la equidad de los contratantes.

Como consecuencia, tomaron cuerpo las *Obligaciones consensu contractae*, como creaciones de la *Stipulatio Iuris Gentium*, y eran aquellas derivadas del puro y simple consenso de las partes, es decir, del acuerdo manifestado independientemente de toda formalidad y de cualquier presupuesto. Esta categoría de

obligaciones dio el arranque a la concepción de *Contractus*, consistente en una convención, *Conventio*, un negocio jurídico bi o plurilateral entendido entre las partes, dirigido a crear entre ellas una o más obligaciones.

### LOS PRINCIPALES INSTITUTOS DEL *IUS CIVILE NOVUM*:

El *Ius Civile Novum* reconoce cuatro tipos de **contratos consensuales** y las correspondientes obligaciones que nacían de ellos.

En los contratos consensuales, la relación obligatoria está sostenida por la buena fe, por la persuasión que se tiene de respetar lealmente las reglas del juego; es la buena fe la que determina y justifica la tutela jurisdiccional.

#### LA COMPRAVENTA: “EMPTIO – VENDITIO”.

Se entiende el contrato consensual entre el vendedor, *venditor*, y el comprador, *emptor*, en virtud del cual nacían las siguientes obligaciones:

##### La obligación del vendedor, *venditor*:

El vendedor tenía la obligación de procurarle al comprador, *emptor*, la disponibilidad de la cosa.

##### La obligación del comprador, *emptor*:

El comprador tenía la obligación de transferir al vendedor, *venditor*, la propiedad de una suma de dinero denominada “*pretium*” (precio).

El efecto inmediato es el vínculo obligatorio que se forma entre los contratantes. No es necesario ningún ritualismo; lo que tiene relevancia, en cambio, es la voluntad que se manifiesta libremente. El consentimiento crea las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador; de entregar la cosa y de pagar el precio, es decir, de realizar el intercambio en un momento sucesivo al acuerdo. La *emptio venditio* se cumple en un solo instante y en virtud del consentimiento.

A tutela de los respectivos derechos esperaba:

- Al vendedor, *venditor*: *La Actio venditi*.
- Al comprador, *emptor*: *La Actio empti*.

#### LA LOCACIÓN O ARRENDAMIENTO: “LOCATIO - CONDUCTIO”

Se entiende el contrato consensual entre el arrendador, “*locator*”, y el arrendatario, “*conductor*”, por medio del cual una de las partes, el “*locator*”, se obliga a poner a la disposición material de la otra, el “*conductor*”, una cosa; y el “*conductor*” se obliga a restituirla después de haberse servido de ella por un cierto tiempo, o después de haberla manipulado o transportado en el modo convenido, a cambio de una suma de dinero, la “*merces*”.

Existían varias clases:

- La *locatio conductio rei*.
- La *locatio conductio operis*.
- La *locatio conductio operarum*.

También en este contrato entra el transporte marítimo o fluvial y en un doble modo: o como locación de carga o como locación de la nave.

Generalmente en fuerza de este contrato nacían las siguientes obligaciones:

##### a. La obligación del arrendador, *locator*:

El arrendador tenía la obligación de poner por un cierto período de tiempo a disposición material del arrendatario, *conductor*, un determinado objeto jurídico.

##### b. La obligación del arrendatario, *conductor*:

El arrendatario tenía la obligación de restituir el objeto al arrendador, *locator*, después de haberlo utilizado en el modo y por el tiempo convenido. Además, el arrendatario, *conductor*, tenía la obligación de corresponder al arrendador, *locator*, una prestación, generalmente periódica, en dinero, denominada *merces*.

A tutela de los respectivos derechos esperaba:

- Al arrendador, *locator*: *La Actio locati*.
- Al arrendatario, *conductor*: *La Actio conducti*.

#### LA SOCIEDAD: *SOCIETAS*

El derecho arcaico no ignoraba la cooperación asociativa entre los sujetos, pero sólo tipificaba el consorcio entre hermanos coherederos o la comunidad entre extraños. En el consorcio fraterno, la posición patrimonial de los hermanos,

que antes estaban sometidos a la potestad del *pater familias*, no es separable de su posición familiar; lo cual justifica la cotitularidad del patrimonio. La sociedad que se contrae con el sólo consentimiento *consensus* es una situación totalmente diferente a la fraternidad. El elemento personal de la confianza y de la fidelidad de los socios es importante para la disciplina jurídica, pero el vínculo recíproco nace es de la voluntad libremente expresada y no de un *status* familiar.

Se entiende, entonces, el contrato consensual entre socios, en virtud del cual cada uno se obligaba a emplear en el interés común un cierto número, aunque desigual, de cosas, *Res*, o también un cierto *quantum* de sus actividades, *operae*, con el objetivo de cumplir un singular negocio o varios negocios. En conexión con este empeño de cooperación, las partes se repartían entre ellas las ganancias, pero también, las pérdidas. Los socios podían poner en común la totalidad o parte de sus bienes o perseguir fines determinados como el ejercicio de una actividad económica o de una singular rama del comercio.

*Sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itque inter omnes homines naturali ratione consistit. Est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum. Olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur *ercto* non cito, id est dominium non divisio: *erctum* enim dominium est, unde *erctus* dominus dicitur; *cier* autem dividere est: unde *caedere* et *secare* et *dividere* dicimus. Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum *sourum* ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat. (Gai. 3, 154 - 154b).*

A tutela de sus derechos cada socio tenía hacia el otro **La "Actio pro socio"**.

### EL MANDATO: MANDATUM - ACCEPTUM

Se entiende el contrato consensual entre el mandante, *mandator* (el que encarga), y el mandatario, *mandatarius* (el encargado), en

virtud del cual este último se obligaba a cumplir gratuitamente uno o más actos encargados y para el interés del primero. No estaba prevista una retribución por la obra del mandatario, porque el contrato se insertaba normalmente en un más amplio conjunto de relaciones entre las partes y constituía una explicación subsidiaria de confianza y de amistad.

A tutela de sus derechos les esperaba:

- El mandante, *mandador*, tenía contra el mandatario *La Actio mandati directa*.
- El mandatario tenía contra el mandante *La Actio mandati contraria*.

## EL IUS HONORARIUM

### MARCO HISTÓRICO

Para que se concluyera un negocio consensual no era necesario que al menos uno de los contratantes fuera extranjero. Aquellos negocios nacidos de las exigencias del tráfico mercantil, eran disponibles también para los ciudadanos romanos. Así, las puertas del nuevo procedimiento se abrían también a ellos. Este nuevo procedimiento, de igual manera, había sido acogido por el tribunal del pretor urbano y también se fundamentaba sobre la fórmula, coexistiendo con el procedimiento antiguo de las *legis actiones*, pero con la tendencia gradual a sustituirlo. Entonces, el ejemplo del *Praetor Peregrinus* fue seguido por el *Praetor Urbanus*, no solamente sobre el plano de la valoración y estimación de las relaciones inter-cives del *Ius Civile Novum*, sino también sobre el plano del procedimiento jurisdiccional.

El motivo de esta situación fue, esencialmente, que con el pasar del tiempo se revelaba siempre más gravosa la función de aplicar *Inter-cives* un ordenamiento jurídico como el *Ius Civile Vetus*, superado desde hace tiempos y muchas veces reprobado por la más evolucionada conciencia social, por ejemplo, respecto al procedimiento de las Acciones de la ley, un procedimiento ya decrepito.

### LA ACTIVIDAD DEL PRAETOR URBANUS Y EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Pero, como seguía el problema fundamental de la inadecuación de los anticuados reglamentos

previstos en el *Ius Civile Vetus*, es decir, en el *Ius proprium Civitum Romanorum*, superados ya por el procedimiento del *Praetor Peregrinus* y el *Ius Civile Novum*, a partir de los últimos años del siglo III a. C., el *Praetor Urbanus* comenzó, entonces, caso por caso, a evitar graves y notorios inconvenientes, entre otros, por ejemplo:

- Aunque sin desconocer la validez formal de algunos negocios civiles, decidía decretar el reintegro del estado jurídico precedente, como si estos negocios no hubieran existido, a través de la *In integrum restitutio*.
- También podía, sin pronunciarse acerca de la formal existencia de un derecho naciente del *Ius Civile*, ordenar su interdicción provisionalmente, tutelando en tal modo la espera de un futuro accertamiento judicial, esto mediante un *Interdictum*.

Indudablemente, con estos medios procesales, *magis imperii, quam iurisdictionis*, el pretor derogaba formalmente el *Ius Civile*; además, su "Imperium" no estaba limitado jurídicamente sino por *Imperia* superiores y por la *Intercessio tribunicia*. Pero aún y además, la opinión pública aplaudía estas iniciativas, que generalmente, estaban fundadas en consejos de los más acreditados juristas y eran reconocidas por la más evolucionada conciencia social.

Con este nuevo procedimiento más ágil y facilitado, es como aparecen en el mundo del derecho los *Iudicia imperio continentia*, o sea, reglas de juicio mediante las cuales el pretor urbano, a través del *Iudicium* encaminaba los litigios a decisión por parte del juez, un juez privado, *Iudex Privatus*, no con recurso a los principios del *Ius Civile Vetus*, sino *ex Imperio suo*, es decir, sobre la base de su *Imperium* y de su bien conocida autoridad y, además, de su cualificada adhesión a las actuales corrientes de valoraciones sociales.

Este nuevo procedimiento empieza a tomar una propia denominación:

**Procedimiento Formulario**, y tenía aplicación por siempre y cuando se dieran dos requisitos:

- Que las partes se encontraran en pleno acuerdo, entre ellas y el pretor, en la adopción del procedimiento formulario y en el contenido del *Iudicium*, que era derogatorio de los principios del *Ius Civile Vetus*.

- Que el *Iudex Privatus*, siendo investido con el poder de juzgar por parte del pretor (*delegatio*), llevara a su terminación el proceso antes del vencimiento del año del cargo del mismo pretor que lo protegía y lo había investido con el *Iussus Iudicandi* y que lo cubría con su "Imperium" y su respetada autoridad.

Una Ley Julia de edad Augustea en el Período Clásico abolió el antiguo procedimiento de las acciones de la ley. Pero aproximadamente un siglo antes, en el siglo II a. C., ya se había hablado de otra ley de limitación que generalizaba el recurso a los nuevos esquemas procesales. La *Lex Aebutia de formulis* fue la que difundió el nuevo Procedimiento Formulario, autorizando explícitamente al pretor urbano el poder adoptar, por solicitud de las partes, el *Procedimiento per concepta verba*, es decir, por criterios de juicio formulados de acuerdo con las partes, y ya no el Procedimiento de las Acciones de la ley, *per legis actiones*, en orden a las controversias relativas a las relaciones previstas por el *Ius Civile Vetus*.

*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. (Gai. 4, 30 - 31).*

Desde la edad arcaica hasta entrado el siglo III a. C., la jurisdicción pretorial había sido guiada por los criterios formalistas dominantes en todo campo del derecho. Estos criterios sufren ahora una lenta declinación. La praxis no sólo corroe el viejo ordenamiento, sino que crea uno nuevo. Al pretor se le confía una función normativa. En un cierto sentido, actúa como un legislador. Así es como el pretor urbano es autorizado a crear un derecho alternativo, actualizado, más ágil y moderno que el viejo *Ius Civile Vetus*, y a inspirar su actuación con el criterio de la equidad, *Aequitas*, o sea, el poder de adecuar las reglas del juicio a las más avanzadas y maduras concepciones y necesidades sociales. El pretor, como titular de la *Iurisdictio*, está en grado de producir un conjunto de normas que toman el nombre de Derecho Pretoriano y que al lado de los demás magistrados van formando el Derecho Honorario.

### LA FORMACIÓN DEL *IUS HONORARIUM*

La obra del pretor fue rápidamente imitada por los otros magistrados juzgantes que tenían que ver con el *Ius Civile Vetus*, como los *Aediles*, los gobernadores de las provincias y los cuestores de éstas. También aquí la elasticidad del procedimiento se aplicó si era aceptada concordemente por las partes en causa. Este nuevo sistema jurídico con el tiempo empezó a denominarse: *Ius Honorarium*, que se difundió, sobre todo, en el sucesivo Período Clásico. *Honorarium*, con alusión al hecho de nacer de la actividad de los magistrados, o sea, de funcionarios vestidos de *Honores* y que consecuentemente ejercían sus funciones “ad honorem”.

La mayor parte del *Ius Honorarium* la constituye el derecho pretorial.

El pretor acoge todos los medios de defensa judicial, bien sea aquellos que se dan con base en el antiguo derecho ciudadano o también aquellos que se refieren a las relaciones nuevas de la praxis comercial; pero no se limita sólo a esto. Si considera inaplicables y ya desuetos los institutos del derecho antiguo, los abandona. Por ejemplo, en el caso del delito de *iniuriae*, la vieja acción prevista por las XII Tablas, dirigida a una pena de venticinco (25) ases, estaba prácticamente en desuso y fue sustituida por un juicio recuperatorio, en el cual el cálculo de la pena era sometido al juez (Gell. 20, 1, 13).

De igual manera, se tutelan intereses que emergen por primera vez y que se definen jurídicamente sólo en el programa edictal, como la disciplina del dolo y de la violencia en el ejercicio de la autonomía privada, los pactos, el depósito, el comodato o la gestión de negocios ajenos. Es bien entendido que el edicto refleja el entero ordenamiento jurídico en su dimensión privada. Por eso se cree que no es ninguna exageración considerarlo la voz viva del derecho civil, según las palabras de Elio Marciano en D. 1, 1, 8. Según Cicerón, el pretor es *iuris civilis custos* y el magistrado *lex loquens* (Cic. De leg. 3, 1, 2; 3, 3, 8).

Claro está que la actividad del pretor, aun cuando no siempre es innovadora, tiene especial importancia. La pertenencia de una cosa a un sujeto, como en el *dominium* o en el *mancipium*, tiene siempre su tutela jurídica. Como lo sabemos, a este fin servía una determinada y adecuada *legis actio*. Ahora esta acción, que continuará

existiendo hasta la época augustea, se coloca a un lado y luego actúa en sustitución la fórmula petitoria. Sólo la forma procesal muta; en cambio, los intereses en juego permanecen siendo los mismos.

El derecho honorario no tiene, como el derecho civil, una eficacia inmediata y automática, no crea relaciones jurídicas duraderas, sino sólo medios temporales de defensa judicial para situaciones de hecho a las cuales se les atribuye relevancia jurídica. Entonces, el derecho honorario es un conjunto de normas destinadas a disciplinar la práctica judicial y no a regular directamente las relaciones de derecho sustancial entre los privados.

En todo caso, el magistrado es indudablemente un órgano productor de normas, donde su actuar es autorizado y, además, tiene autoridad, que de la experiencia cotidiana y espontánea se transforma en un texto vinculante.

### LOS EDICTA MAGISTRATUUM

Para fines del conocimiento del *Ius Honorarium*, tuvieron mucha importancia los *Edicta magistratum*. Todo magistrado romano tenía la facultad de emanar edictos, o sea, ordenanzas, proclamaciones o anuncios del más variado contenido, de diversa intensidad y duración.

Algunos magistrados estaban investidos con el *Ius edicendi*, obviamente, el pretor urbano y el pretor peregrino.

Los *Edicta magistratum* eran los emanados por los magistrados juzgantes al inicio del año de sus funciones para hacer notorio a los “*Cives Romani*” el programa que cada magistrado debía efectuar. Estos edictos se llamaron *Edicta Perpetua*. Pero no se excluía que el magistrado emanara los *Edicta Repentina* en el curso del año de sus funciones, según las necesidades y para integración del edicto inicial, o sea, el edicto perpetuo.

Las controversias modeladas sobre fórmulas edictales, según las técnicas del nuevo proceso, integraron el procedimiento llamado *Agere per formulae*, es decir, el conocido *Procedimiento Formulario*.

## EL EDICTO DEL PRETOR

Al inicio del año en su cargo, el pretor establecía los criterios de su jurisdicción. Prefiguraba las diversas hipótesis en las cuales habría nominado un juez a aquellos que se hubieran dirigido a él como partes de una controversia judicial, y relacionaba los medios de tutela que se proponía aplicar en el curso de su labor. Fórmulas procesales, excepciones y otros remedios encontraban su puesto en el edicto.

El pretor lo comunicaba oralmente al pueblo, indicándole las grandes líneas y las partes nuevas. Pues, al asumir la magistratura, subía a la tribuna y anunciaba las reglas que iba a observar en el ejercicio de su cargo. Como sabemos, en Roma la política se presenta como teatro, y la relación directa con la multitud era el modo más inmediato y simple de convertirse en popular. El edicto era también un medio de publicidad y era apreciado por los ciudadanos en un escenario simbólico. La publicación por escrito del programa edictal sucedía en el Foro, en tablas de madera pintadas de color blanco (*album*) y con letras en color negro y rojo, a fin de que se pudiera leer fácil y correctamente. (Así se cumple el mandato de una ley municipal de la edad flavia, la “*Lex Irnitana*”).

Una vez publicado el edicto, encontraba aplicación. En el año 67 a. C. la *Lex Cornelia* estableció la obligación de los pretores de respetar el edicto. La duración del edicto era anual, como anual era el cargo del pretor. Una vez el pretor terminaba las funciones en el cargo, el edicto perdía formalmente toda eficacia y era sustituido por aquel del pretor sucesivo. Cada año existía, pues, un edicto nuevo, pero las normas pretoriales pasaban normalmente de un edicto al otro y duraban por mucho tiempo.

Su diseño definitivo se tuvo solamente en la edad adrianea, en el Período Clásico, cuando el príncipe Adriano le confió al jurista Salvio Giuliano la función de reordenarlo, dando origen al “Edicto Perpetuo”.

No se tiene del edicto un conocimiento directo. Pero el edicto juliano ha sido reconstruido con un procedimiento análogo al utilizado para la reconstrucción de las Doce Tablas. Los materiales han sido obtenidos de la tradición manuscrita y en gran medida de los comentarios jurisprudenciales. El trabajo de palimpsesto fue comenzado en el siglo XV, pero en el año 1869 se

debe al rigor de Otto Lenel la restitución del texto que se considera hoy en día definitiva.

## F- DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO:

El Procedimiento Formulario, *Agere per formulae*, actuar por fórmulas, que se fue estabilizando a finales del Período Preclásico, subrogó al Procedimiento de las Acciones de la ley, *Per Legis Actionis*. Este procedimiento también se llevó a cabo en dos fases:

### LA FASE “IN IURE”: Se desarrollaba frente al magistrado.

Esta fase era posible sólo con la presencia de las dos partes, el actor y el convenido. Para tal fin, el actor podía citar al convenido mediante el tradicional modo solemne de la “*In Ius Vocatio*”, regulada por la ley de las XII Tablas.

Si efectivamente el convenido se presentaba *In Ius* para el contradictorio, el actor procedía a la *Editio Actionis*, es decir, a una indicación precisa de sus pretensiones, con la consecuente designación de la fórmula edictal escogida, o a falta de ésta, con el “*Iudicium*” del magistrado.

Sobre el punto, el convenido era libre de entablar una discusión. A su terminación, el magistrado debía decidir si proceder a la invocada *Datio Actionis*, o si, en cambio, rechazar las peticiones del actor mediante la “*Denegatio Actionis*”.

La posibilidad del pretor y de las partes de impedir la “*Litis Contestatio*”, demuestra como ésta era el fruto del concurso de tres voluntades:

- La *Datio Iudicii* del magistrado.
- La *Dictatio Iudicii* del actor.
- La *Acceptio Iudicii* del convenido.

El efecto de la “*Litis Contestatio*” era:

La extinción de la relación jurídica controvertida, que no se podía discutir nunca más en *In Iure*.

### LA FASE APUD IUDICEM:

Se desarrollaba frente al juez privado, *Iudex Privatus*.

Tenía inicio cuando terminaba la fase *In Iure*, pero en la práctica comenzaba en el momento en el cual las partes o el actor se presentaban efectivamente ante el *Iudex Privatus*, solicitándole que en fuerza del *Iussum Iudicandi*, y sobre la base del *Iudicium* concertado *In Iure*, desarrollara su actividad juzgadora.

El procedimiento *Apud Iudicem* era muy simple y libre. Las partes, eventualmente asistidas por *Defensores*, debatían las afirmaciones hechas *In Iure* y cristalizadas en el *Iudicium*, aduciendo las pruebas relativas, que el juez asumía y valoraba con amplia facultad de pedir explicaciones y clarificaciones.

En cuanto a los medios de prueba, se dejaba a las partes la máxima libertad de producir las pruebas en toda su variedad, documentos, testimonios, etc. También se dejaba al juez la máxima libertad para valorarlas. La única limitación existente consistía en que el juez no era libre de basar su sentencia sobre indagaciones desarrolladas por su iniciativa propia, *Inquisitiones*, porque debía juzgar sólo con base en lo que habían afirmado y probado las partes. Con la sentencia, *Sententia Iudiciis*, se cerraba la fase *Apud Iudicem*.

#### **G- LOS MEDIOS PROCESALES UTILIZADOS EN EL IUS HONORARIUM PARA LA REFORMA DEL IUS CIVILE:**

De estas técnicas ingeniosas, obras de una refinada jurisprudencia, se pueden mencionar las siguientes:

- *Los interdicta.*
- *Las in integrum restitutiones.*
- *Las stipulationes praetoriae o cautiones.*
- *Las missiones in possessionem.*
- *La bonorum possessio.*
- *La exceptio.*
- *La denegatio actionis.*
- *Los iudicia ficticia.*
- *Los iudicia con transposición de sujetos.*
- *Los iudicia in factum concepta.*
- *Las acciones utiles:*

El magistrado extendía la acción correcta para tutelar una cierta relación o relaciones análogas, aunque no idénticas. Así, rendía con esto utilizable para casos análogos un cierto medio de tutela jurídica. Por ejemplo, la *Actio Legis*

*Aquiliae* se aplicaba solamente para pretender en juicio el resarcimiento de daños ocasionados materialmente del agente a una cosa corporal. El pretor concede *utiliter*, utilizar la misma acción, también para favorecer a aquellos que hubieran sufrido daños de tipo diverso o por causas diversas.

#### **H- EL CONTENIDO DEL IUS HONORARIUM**

Es imponente la obra reformadora ejercitada por el *Ius Honorarium* y particularmente por el *Ius Praetorium*.

#### **RESPECTO A LAS RELACIONES DE FAMILIA**

Es importante la introducción de la *Actio rei uxoriae en materia de dote*. Para el *Ius Civile* la dote, *Dos*, constituida por familiares de la mujer para subvencionar al marido en la gestión doméstica, estaba destinada a convertirse de pertenencia exclusiva del marido. Así es que, si no se había pactado una *Stipulatio de dote reddenda*, no se tenía derecho a la restitución en caso de disolución del matrimonio por muerte de la mujer o por divorcio. La *Actio rei uxoriae* se concedió a la mujer *Sui Iuris*, o si era *Alieni Iuris* al *Paterfamilias* de ésta, para obtener la retrocesión de la dote, que no era justo dejar en manos del marido.

#### **EN MATERIA DE RELACIONES ABSOLUTAS**

El *Ius Honorarium* señaló innovaciones que facilitaron en modo importante la pacífica y la racional explotación de los bienes reales.

#### **La Posesión**

El pretor comenzó con acordar una tutela interdictal a varias hipótesis como cuando un sujeto se encontrara en la *Possessio* de una cosa *res* y fuera asechado y despojado por otros. Las cosas son del *Dominus*, es decir, el Propietario, pero oportunamente el pretor razonó que si el *Dominus* no se pronunciaba para ejercitar la *Rei vindicatio* en contra de quien materialmente la poseía, era justo y equitativo que las cosas permanecieran en tanto en las manos de quien ya las poseía o de quien había sido desposeído de manera reprochable. Así es que se dictaron:



- **Los *Interdicta retinendae possessionis*:** Interdictos para retener la posesión.

Para favorecer al poseedor contra las pretensiones de otros de desposeerlo.

- **Los *Interdicta recuperandae possessionis*:** Interdictos para recuperar la posesión.

Para hacer reobtener al poseedor las cosas de las cuales fue injustamente desposeído.

- **Los *Possessio ad Interdicta*:** Interdictos para entrar en posesión, para hacer surgir el instituto de la posesión.

La tutela de la *Possessio* no significaba desfavorecer el *Dominium*, sino sólo una garantía de las posiciones aparentemente más atendibles hasta que las cuestiones en orden a la titularidad del *Dominium* fueran propuestas o resueltas.

Fue importante en situación a favor de aquellos que, aunque no siendo formalmente *Domini*, meritaban ser considerados como tales, así que el pretor no dudó, en espera de que se verificara la "Usucapio", hacer recurso a la *Fictio Domini* mediante la concesión de *Actiones ficticiae* como la *Actio Publiciana*.

- En fin, es merito de la actividad jurisdiccional honoraria la importancia jurídica concedida a relaciones más modernas que no entraban en los esquemas tradicionales civilistas:

### **La Superficie**

Gozo de un suelo ajeno para erigir una construcción propia.

### **El *Ius in Agro Vectigalis***

Derecho de gozar en perpetuo un fundo municipal, condicionado al regular pago de un *Vectigal*.

### **El *Pignus***

Derecho de tener en *Possessio* una *res* mueble o inmueble a garantía de un crédito, con facultad, en caso de incumplimiento, de satisfacerse con la ganancia de la venta forzosa de la *res*.

## **EN MATERIA DE RELACIONES RELATIVAS**

Respecto de los derechos personales, las iniciativas de los magistrados se multiplicaron. En el campo de las relaciones obligatorias del derecho pretorial, que podían nacer de acuerdos o de actos ilícitos, se modelan sobre aquellos del derecho civil. En éstos se ve una *actioe teneri*; claro está que el *debere*, el *obligari* y la *obligatio* se extienden también a las relaciones pretorianas.

- **Entre los actos lícitos productivos de responsabilidad se distinguen:**

### **El *Depositum***

Confianza de una *res* a la custodia gratuita del depositario, obligado a la buena conservación y a la restitución cuando el depositante se lo solicite.

### **El *Commodatum***

Concesión gratuita de una *res* para un uso determinado a un comodatario, obligado a la buena conservación y a la restitución íntegra al comodante.

El depósito y el comodato fueron protegidos al inicio por una *actio in factum* (que es quizá el instrumento pretorio más representativo) y luego por una acción de buena fe.

Un ejemplo de las fórmulas *in ius e in factum* de la *actio depositi*, es decir, la *actio in factum* del depósito y su cláusula introductoria y la acción de buena fe que se le agregó:

*Si el depósito no ha sido causado por un tumulto o un incendio o un derrumbe o un naufragio, daré una acción en la medida del valor de la cosa; para aquellas cosas, en cambio, que hayan sido depositadas en las circunstancias antes descritas, daré una acción contra el depositario por el doble del valor y contra el heredero del depositario por el equivalente, si el comportamiento doloso es imputable al difunto, por el doble si es imputable al mismo heredero.*

Ulpiano reproduce el edicto introductorio de la *actio in factum*:

*Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem*

*eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo* (Ulp. D. 16, 3, 1, 1).

Si resulta que el actor ha dado en depósito al convenido una mesa de plata, y que esta, por el dolo del convenido, no ha sido restituida, el juez condene al convenido a pagar al actor una suma por el valor que la cosa tendrá en el momento de la condena. Si la premisa no resulta acertada, el juez absuelva.

Puesto que el actor ha dado en depósito al convenido una mesa de plata, y ésta es la relación en discusión, el juez condene al convenido a dar al actor, o a hacer, cuanto por aquella relación sea necesario según la buena fe. Si la premisa no resulta acertada, el juez absuelva”.

Según Gayo:

*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: 'iudex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius idem iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non pare, absolvito', in ius concepta est. At illa formula, quae ita conceptae est: 'iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam, non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito, in factum concepta est* (Gai 4, 47).

### **La Datio Pignoris**

Concesión de una cosa en posesión del acreedor a título de *Pignus*, con el deber, si hay cumplimiento de la *Obligatio*, de restitución.

### **La Conventio Pignoris**

La convención implicante del empeño del deudor de tener una cosa a disposición del acreedor a título de *Pignus*.

### **Entre los actos ilícitos productivos de responsabilidad emergen**

#### **La Actio vi bonorum raptorum**

Concedida a las víctimas de *Rapina* o asalto, es decir, el hurto operado con violencia.

#### **La Actio Popularis effusum vel geiectum**

Concedida contra los autores del lanzamiento de lo alto de líquidos o de sólidos sobre lugares de público tránsito.

#### **La Actio contro Iudex qui litem suam fecerit**

Concedida contra el Juez privado inducido a comportarse con parcialidad.

#### **La Actio contro dolus malus**

- Todas las hipótesis concedidas como *Actiones in factum* y que después se convirtieron en *Actiones in Ius*.
- En relación con los juicios de buena fe que se refieren a los contratos consensuales como la compraventa, la sociedad, el arrendamiento y el mandato, antes de la tutela pretorial es difícil hablar de otro tipo de tutela, aunque estas relaciones que el edicto contempla ya existían en la experiencia jurídica.

Se habla de una propiedad pretoria, la *in bonis habere*. Como sabemos, en la compraventa la obligación del vendedor no era la de transferir el dominio de la cosa al comprador, sino sólo su posesión y de garantizar el pacífico goce y disfrute. Bastaba sólo la *traditio*. El comprador que hubiera recibido la cosa con una simple *traditio*, una *res mancipi*, no se convertía en propietario. Para este efecto debía atenderse a la usucapión, es decir, el transcurso del tiempo necesario para la adquisición a través de la posesión continuada (dos años para los inmuebles y un año para las cosas muebles). El comprador quedaba expuesto, por lo tanto, a la acción real de reivindicación por parte del mismo vendedor, quien continuaba todavía con la propiedad de la cosa. Por ello se provee en el edicto una *exceptio*, o sea, una excepción idónea para paralizarla, la *exceptio rei vindictae et traditae*.

La situación posesoria del comprador encuentra por lo tanto su tutela, la cual la asimila a la propiedad civil. Pues el comprador puede también pretender la restitución de la cosa por parte de un tercero que la haya tomado en posesión. A este fin sirve la *actio Publiciana* modelada sobre la *rei vindictio*.

La acción Publiciana es una acción ficticia, porque en la fórmula se finge como si hubiera sucedido

una usucapión por parte del comprador. Como en las *actiones in factum*, así en las *actiones ficticiae* la técnica pretorial se manifiesta claramente. Esta acción puede ser intentada también y aun en contra del mismo propietario vendedor que haya regresado en posesión de la cosa suya. Él opondría en este caso una *exceptio iusti dominii*, la que se puede neutralizar con una *replicatio doli*.

#### 4- EN MATERIA DE DEUDORES INSOLVENTES

En el caso de los acreedores en relación con un deudor insolvente, no se procedía a la ejecución personal. Se procedía a una venta en bloque de todos los bienes patrimoniales del deudor insolvente, trámite denominado *Venditio bonorum*, y con esta venta se procuraba satisfacer al ciento por ciento a todos los acreedores.

A solicitud de un acreedor, el magistrado “Cum Imperium” le concedía la *Missio in bona* por un período de 30 días, durante los cuales el acreedor debía hacer pública la “Missio in bona”, para que todos los otros acreedores del deudor insolvente tuvieran la posibilidad de inscribirse en la lista. Si pasaba el tiempo descrito y no se pagaban las deudas, el magistrado autorizaba la *Venditio bonorum* y el sucesivo reparto.

#### 5- EN MATERIA DE VOLUNTAD NEGOCIAL

Fue importante el respeto a la verdadera voluntad negocial, independientemente de toda apariencia exterior y de todo requisito formal.

#### Las hipótesis de *Dolus malus* provocadas por *metus*, es decir, miedo

Cuando la voluntad en un negocio se forma por influencia de engaños capciosos por la contraparte o en un clima de temor determinado por presiones y amenazas de la contraparte o terceros.

Comprendiendo que la voluntad está gravemente viciada, el pretor concedía a la víctima tres posibilidades:

#### La *Exceptio o dolus metus*

Para el caso en que, no siendo todavía puesto en ejecución el negocio, la contraparte solicita el cumplimiento.

#### La *In integrum restitutio o Ob dolum, ob metum*

Para el caso en que, siendo ya ejecutada la prestación, todavía es posible reparar las cosas.

#### La *Actio poenalis o doli, quod metus causa*

Para el caso en que no fuera posible restablecer las cosas, y entonces, se pensaba era oportuno obtener la condena del autor del ilícito y, además, una indemnización.

### CONCLUSIÓN

En nuestra legislación colombiana y en fecha hodierna, se siente y se vive el espíritu jurídico romano vibrar en los corazones de los estudiosos del derecho, de los juristas, de los doctrinantes, de los que aplican el derecho en los tribunales y en las cortes; se ve notablemente la influencia y la aplicación del Derecho Romano en las Instituciones Jurídicas, especialmente, desde el punto de vista del derecho privado.

Teniendo en cuenta en forma concreta nuestro estudio, “La evolución de las relaciones absolutas y las relaciones relativas en el Derecho Romano Preclásico”, conocido mundialmente a través de la jurisprudencia y del protagonismo del pretor, sí tiene aplicación notoria en el Derecho Civil Colombiano.

Nuestro Código Civil se organiza de acuerdo con las Instituciones Jurídicas Romanas.

Es nuestro propósito que el lector, después de haber leído este escrito, pueda reflexionar en relación con que la evolución del derecho no puede ir aparte de los hechos y acontecimientos de la historia y de la correspondiente estructura estatal, que desarrolla los elementos constitutivos del estado y los elementos constitutivos del gobierno. Los protagonistas de estos sucesos se organizan en una población establecida en un territorio determinado y organizados a su vez por un gobierno que busca el progreso y la paz, en una amalgama de intereses admirables llamada: Nación.

Que nuestro lector pueda establecer que existe una relación directa de nuestro Derecho Civil Colombiano con el Derecho Pretorial, la

jurisprudencia y, en general, con el Derecho Romano Preclásico.

En el libro segundo, “de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, que se desarrolla entre los artículos 653 y 1007:

.Se empieza a percibir tal relación desde el inicio en su Título I, con “las varias clases de bienes”:

Art. 653: Los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales.

Art. 654: Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.

Art. 664: Las cosas incorporeales son derechos reales y derechos personales.

Art. 665: Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

Art. 666: Derechos personales o de crédito son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

Luego en los títulos siguientes empieza a desarrollar los derechos reales:

Art. 669 - 673: El dominio.

Título IV: los modos de adquirir el dominio.

Art. 685 - 712: Ocupación.

Título V: Adhesión. Art. 713.

Art. 714 - 718: Adhesiones de frutos.

Art. 719 - 726: Adhesiones de suelo:

Aluvión.

Avulsión.

Isla surgida de cauce.

Cauce abandonado.

Título VI: Tradición.

Título VII: Posesión.

Título IX: Usufructo.

Título X: Uso.

Título XI: Servidumbres.

Título XII: Reivindicación.

Art. 950: Acción Reivindicatoria.

Art. 951: Acción publiciana.

Título XIII: Acciones posesorias.

También se empiezan a tratar temas como la garantía (prenda) a través de la buena fe, la comunidad, la superficie, entre muchos otros.

En el libro cuarto, “De las obligaciones en general y de los contratos”, que empieza a partir del artículo 1494.

Se empieza a percibir tal relación desde el inicio en su Título I con “Las fuentes de las obligaciones” en sus artículos 1494 y 2302.

Definiendo la obligación como un vínculo jurídico patrimonial: Art. 2488.

Bosquejando la acción y excepción de dolo y de fuerza como vicios del consentimiento: Art. 1508 y dando como consecuencia, el efecto de nulidad que genera rescisión: Art. 1741.

Y en contratos se establece una forma de clasificación:

Solemnes, reales y consensuales: Art. 1500.

*Contratos reales*: que se perfeccionan con la entrega de la cosa:

- Mutuo: Art.2221 y siguientes.
- Comodato: Art. 2200 y siguientes.
- Deposito: Art. 2236 y siguientes.
- Prenda: Art. 2409 y siguientes.

*Contratos consensuales*: que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades:

- Compraventa: Art. 1849 y siguientes.
- Arrendamiento: Art. 1973 y siguientes.
- Mandato: Art. 2142 y siguientes.
- Sociedad: Que hoy en día se clasifica dentro de los contratos solemnes por necesitar escritura pública.

Y empiezan a evolucionar temas como la prenda con tenencia y sin tenencia, entre otros muchos temas.

## NOTA FINAL

Queridos y respetados lectores: escribir sobre la historia y la evolución del Derecho Romano es mi pasión; es tan interesante como extenso y, aunque necesitaría mucho más

espacio para hablar de cada tema, lo intenté hacer de la manera más simple y didáctica. Mi corazón abraza la esperanza de haber alcanzado la meta. Por esta razón en esta ocasión sólo traté el Período Preclásico, tal como ya lo hice en la

revista anterior al desarrollar sólo el tema en el Período Arcaico. Espero poder desarrollar en otros artículos posteriores el Período Clásico, el Período Posclásico y el fascinante Corpus Iuris Civilis.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bretone, Mario (1992). *Storia del diritto romano*. Roma: Editori Laterza.
- *Corpus Iuris Civilis* (1985). Barcelona: Editorial Lex Nova. Traducción realizada por Don Ildefonso L. García del Corral.
- Código Civil Colombiano.
- González de Cancino, Emilssen (1996). *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guarino, Antonio (1993). *Storia del diritto romano*. Napoli: Editore Jovene.
- Kunkel, Wolfgang (1994). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.
- Medellín, Carlos (1997). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Temis.
- Petit, Eugene (1985). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Argentina: Albatros.
- Salcedo Torres, Claudia Patricia. *Historia del Derecho Romano*. (Conferencias de clase).
- Salcedo Torres, Claudia Patricia (1999). Revista *Valores*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- Salcedo Torres, Claudia Patricia (2006). Revista *Derecho y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo y Lozano.
- Salcedo Torres, Claudia Patricia (2010). Revista *Misión Jurídica*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- Savigny, F. (1878). *Sistema del Derecho Romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Schulz, F. (1960). *Derecho Romano*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Valencia Restrepo, Hernán (1986). *Derecho Privado Romano*. Bogotá: Temis.

