

Principios Generales del Derecho Privado.

Cátedra: Dra. Graciela Craig

Unidad I: El derecho y la justicia

1.- El derecho romano como antecedente de las instituciones contemporáneas

Definición del Derecho Romano:

El derecho Romano, es el conjunto de normas y leyes jurídicas que fueron aplicadas a los ciudadanos romanos desde la fundación de la Antigua Roma, (año 753 a.c.) hasta el 533 de nuestra era, cuando se publicaron por primera vez las Institutas, cuerpo normativo que reunía todas las compilaciones jurídicas previas, ese único ordenamiento jurídico recibió el nombre de *Corpus Iuris Civilis (Corpus del Derecho Civil)*. Constituyendo un cuerpo legal vivo que se adaptó para cubrir las necesidades sociales de cada momento histórico.

En retrospectiva, si analizamos hoy el derecho romano, encontraremos dos tipos de normas, las de *derecho privado*, que estaba constituido por las leyes que regulaban las transacciones comerciales, y las normas de *derecho público*, las cuales se representan en la legislación creada para la protección de los ciudadanos y regulación de la organización política.

La regulación de la esfera pública del ciudadano en su relación con la Cívica y la privada entre los propios ciudadanos. Apoyándose en soluciones similares que habían resuelto de manera exitosa, conflictos de propiedad, compraventa, adquisición, posesión, hurtos, delitos violentos. Estas situaciones hoy quedan reflejadas en los

ordenamientos jurídicos modernos en países como Argentina, en los Códigos Civil y Comercial o el código penal, según el caso.

Es importante tener en cuenta que esa división, es una clasificación moderna, fundamentalmente a partir de la aparición de las formas de organización política donde hay una separación entre lo público y lo privado.

En Roma esta distinción de las normas del Ius Civile, no era tal. El Ius Civile, era el derecho de los que tenían la condición de romanos, es decir aquellos que habían nacido en roma o que eran hijos de romanos, por lo tanto la actividad de estos estaba regulada por ese derecho, sin hacerse una separación que se corresponde más a los tiempos en que aparecen las primeras formas de organización Estatal, entre lo público y lo privado.

Debe reconocerse que Roma, comenzó como ciudad-estado, calificación anacrónica porque la palabra Estado, como forma de organización política recién va a ser reconocida como tal en la obra de Niccolò di Bernardo dei Machiavelli (Nicolás Maquiavelo – Siglo XV), cuando el autor menciona el Status (Estado) para denominar a esa organización.

La denominación correcta es Cívica, esa era la forma de organización de Roma, que tenía varias características compartidas con su antecedente griego, la Polis.

La Cívica, con el tiempo se convertiría en la Ciudad Imperial, la ciudad donde se asentaban las autoridades de una Roma que había conquistado territorios convirtiéndose en el Imperio Romano.

Es decir que Roma se fundó en el siglo VIII antes de Cristo, y su poder imperial se extendió hasta el siglo XV (1453) de nuestra era, momento en que el Imperio Romano de Oriente (o imperio Bizantino), deja de existir tras la caída de su Ciudad Imperial, Constantinopla en

poder de los turcos. El compendio de normas de la antigua Roma, siguió vigente hasta la caída definitiva del imperio en 1453.

El derecho romano, tiene sus defensores de su carácter de “derecho vivo” en la actualidad y tiene sus detractores. Los defensores de la presencia del derecho romano, en las instituciones jurídicas actuales, ponen de manifiesto la inclusión de sus fundamentos en los textos jurídicos germánicos, del Sacro Imperio Germánico Romano (años 800 hasta 1806), después como parte del *Ius commune* y de los diversos derechos nacional sirviendo de base para el desarrollo de las legislaciones europeas y de américa latina. También ha sido base para el desarrollo de múltiples instituciones y principios como la separación de poderes, la regulación de los bienes públicos, los crímenes (delitos), la materia urbanística, la organización administrativa o el sistema impositivo entre otras.

El período que nos interesa analizar es el correspondiente que se extiende desde la fundación de Roma, hasta la caída del Imperio Romano de Occidente. Muchas de las importantes ciudades actuales de Europa se fundaron durante el imperio romano, por ejemplo Londres, Paris, Zaragoza, Mérida, Lyon, Milán, Estambul, la influencia del Derecho Romano es relevante en el devenir de estas comunidades. El *Corpus Iuris Civilis*, se convirtió en el texto legal más relevante de la historia, no solo por su aplicación en un extenso territorio europeo, sino también en la creación de los ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Abordamos su estudio porque es insoslayable su influencia como punto de referencia de la evolución de las ciencias del derecho.

Formas de comprensión de lo justo

El derecho romano, distinguía entre varias formas de comprender lo que era justo de acuerdo al derecho:

El Ius, eran las normas creadas por el hombre, la Iniuria, era todo lo contrario a esas normas, el Fas, la norma religiosa, eran las normas de un derecho natural (Ius Naturale) que provenían de la divinidad, el derecho y la religión aparecen en épocas primitivas como ideas que guardan entre si un nexo de unión evidente que hacen que no haya una antítesis entre el derecho humano y el derecho divino, como consecuencia de esto, veremos más adelante, los primeros intérpretes del derecho fueron los pontífices. Por último el Nefas, el comportamiento contrario a la voluntad divina.

Principios del Derecho Romano:

El derecho romano, se asentaba sobre tres principios fundamentales, ***Tria Iuris Perceptae (los preceptos del derecho)*** los cuales fueron formulados por el jurista Domicio Ulpiano, quien cumplía la función de consejero pretoriano, durante el mandato del emperador Alejandro Severo:

Primer principio: ***Vivir honestamente (honeste vivere)***, este principio orienta a tratar de llevar una vida pública honesta y transparente, lo contrario de ello sería violar las leyes, lo cual necesariamente deviene en la aplicación de sanciones

Segundo principio: ***no producir daños a otros (alterum non laedere)***, el objetivo de este principio es que no se hace daño a terceros, de ocurrir, se hace obligatorio la restitución del agravio físico, material o moral, a través de la aplicación de la regulación jurídica, la ley.

Tercer principio: ***dar a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere)***, los acuerdos también se hacen para cumplirlos, cumplidos estos cada uno recibirá lo que le corresponde, recibirá lo suyo de acuerdo a lo que se pactó. De no cumplirse con lo pactado ese acto genera desigualdad entre quien cumple y quien no, por lo tanto se hace necesaria la administración de justicia.

Ulpiano en sus formulaciones como pretor, el señalaba que la *Iurisprudentia*, es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto, y que la *Iustitia* es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, los romanos consideraba a este valor como meta del derecho.

Las características principales del derecho romano,

1.- son su carácter *tradicionalista*, las instituciones y las leyes fundamentales se mantienen, esto no significa que el derecho romano no pudiera evolucionar, una nueva creación jurídica siempre se afianzaba sobre las tradiciones que antecedian.

El ordenamiento jurídico romano se formó tomando como base la costumbre, es decir los actos que eran solemnemente aceptados y que a través de su repetición quedaban validados como una forma de actuar de carácter legítimo para responder a una necesidad jurídica.

2.- El derecho romano, era *formal*, el acto jurídico es rígido, no hay interpretaciones discrecionales de la ley, el acto jurídico se afianza sobre la creación de modelos o formulas aplicables en diferentes casos. Otra característica de la formalidad se expresa en la solemnidad del acto para administrar justicia.

3.- Su carácter *realista, y sencillo* se expresaba en que cuando las leyes escritas no eran útiles para resolver una situación dada, se recurría a lo que decía la tradición, de esa manera la ley era ajustada a la realidad del momento en que había que resolver, pero el punto de partida era el antecedente, la tradición. Su sencillez residía en la facilidad o naturalidad para aplicar la ley y solucionar los casos actuales, basándose en cómo se aplicó la ley en el pasado.

A pesar de ser una legislación antigua, la influencia del derecho romano, está presente en diferentes factores sociales, políticos y económicos. Es un derecho que ha trascendido en el tiempo, por ser

un cuerpo legislativo sencillo, capaz de dar respuesta a los conflictos que surgían entre los ciudadanos de la forma más simple. Los romanos no buscaban grandes formulaciones teóricas, si bien su derecho se caracterizaba por un espíritu formalista muy sólido, tanto para la interpretación como para la aplicación de su derecho, lo que buscaba era la solución más justa en cada caso concreto, sumado a la cualidad de una enorme capacidad de adaptación a los cambios y necesidades imperantes de cada momento histórico de la sociedad.

Los significados jurídicos dependían de su ámbito de aplicación, por eso el derecho romano *individualizaba*, estableciendo una clara diferencia entre el ámbito social, moral y jurídico.

Principales fuentes del derecho romano:

Las fuentes del derecho romano, si tomamos en cuenta que es una civilización que tuvo casi más de dos milenios de existencia, el conjunto de fuentes es amplio. Para no sobre abundar, solo vamos a mencionar algunas de las que por su influencia, y posterior estudio han resultado más relevantes.

Los orígenes del saber jurídico (fuentes), en el derecho romano se dividen en tres importantes categorías.

1.- *Las costumbres y la tradición (mores maiorum)*. Son las costumbres que pasaron de los fundadores de Roma a las siguientes generaciones, no existe un registro escrito de estas normas, porque las mismas pasaron a través de la tradición oral. La falta de precisión de las tradiciones originó la primera de las normas escritas de carácter importante, la “ley de las 12 Tablas, estas normas escritas se publicaron para que cualquier persona pudiera interpretarla.

2.- *Las fuentes justineanas*, son las normas recopiladas por orden del emperador Justiniano 1º, en el Corpus Iuris Civilis, dividido a su vez en cuatro grandes obras de la cual el más importante era el Digesto, el cual recopilaba la doctrina que aun tenia vigencia y que podía ponerse en practica

3.- Por ultimo *las fuentes extra-justineanas*, como su propio nombre lo indica, se refiere a los textos o materiales jurídicos que no están incluidos en el corpus ordenado por Justiniano. De la amplia cantidad de fuentes, es de destacar las Instituciones, obra del jurista Gayo, en la cual se recopilaba la jurisprudencia del sistema romano.

Es importante señalar, que si bien no es una fuente estrictamente jurídica, también constituyen fuente del derecho romano, *las fuentes extrajurídicas*, registro de las prácticas jurídicas romanas, como podrían ser los testimonios de los historiadores antiguos, filósofos, oradores y cualquier obra de carácter histórico que se pueda considerar como fuente del conocimiento jurídico. Por ejemplo la obra extrajurídica que recopila la vida y obra de los emperadores de roma, entre comienzos del siglo II y finales del siglo III d.C.

Periodos del Derecho Romano

La extensión en el tiempo de la existencia del Imperio Romano, signífico que si bien el Derecho Romano, siempre se afianzo sobre sus tradiciones, las leyes y la administración de justicia no fueron uniformes a lo largo del tiempo, por eso cuando se lo estudia se reconocen distintos periodos.

El llamado *periodo arcaico*, el cual podemos ubicar entre el año 754 a.C. y el 450 a.C. Este periodo es el que corresponde a las costumbres y tradiciones orales, las cuales también se las conoce como “las costumbres de los ancestros”. Leyes no escritas administradas por los

pontífices, y entre las cuales se pueden reconocer cinco derechos que en la actualidad reconocen como el antecedente más lejano en el tiempo al derecho romano.

Esos derechos son, el derecho de matrimonio civil (*Ius connubii*), el derecho al voto (*Ius suffragii*), el derecho a practicar el comercio (*Ius commercii*), el derecho al desempeño de cargos públicos (*Ius honorum*). Y la ley de las XII Tablas, que como mencionamos se hicieron necesarias para tener leyes escritas.

La ley de las XII Tablas se convirtió en el primer texto jurídico de los romanos, su nombre se debe a que las leyes fueron talladas en tablas de madera y bronce, y fueron expuestas al público para evitar que las mismas pudieran ser interpretadas de manera subjetiva. También recibieron dada la característica de su publicación como la “Ley de la igualdad Romana”.

El *periodo preclásico*, se extiende desde el 450 a.C. hasta el año 130 a.C.

Esta etapa se caracteriza porque la administración de justicia ya no está en manos de los pontífices, sino que esa función la cumplirá el pretor. El pretor es el magistrado de mayor importancia de la época. Los pretores realizaban el archivo de pronunciamientos legales, esos pronunciamientos se formalizaban en documentos que recibían el nombre de edictos. La facultad del pretor, era la de poder editar, abolir o ampliar el edicto, esta facultad se extendía incluso a quien lo sucediera en su cargo.

En Roma existían dos tipos de pretores, el pretor encargado de los asuntos de los ciudadanos romanos, y el de los asuntos de los ciudadanos no romanos, los cuales recibían el nombre de peregrinos.

En la práctica, la mayoría de los asuntos legales involucraban a los peregrinos, en consecuencia se hizo necesaria una ley que incluyera tanto a romanos como no romanos. Por lo tanto surgió el derecho de gentes (Ius Gentium, quizás el antecedente histórico más remoto de lo que con el tiempo sería el Derecho Internacional, tanto público como privado). El Ius Gentium, era un derecho que venía a complementar el derecho de los que solo eran romanos, el Ius Civile.

Cabe aclarar que una de las diferencias con la concepción del derecho actual, es que en el antiguo ordenamiento romano, no todo ser humano era sujeto de derecho, por lo tanto no se reconocía derechos a toda la sociedad, de la cual los esclavos quedaban afuera, los esclavos si bien tenían la condición de humanos, jurídicamente era “cosas”, cosas que piensan. Los latinos tuvieron otorgada una especie de semi-ciudadanía, pudiendo alguno de ellos llegar a convertirse en romanos. Los peregrinos o extranjeros dependían en derechos de los pactos o acuerdos realizados entre su comunidad y Roma. El Ius Gentium regulaba la posibilidad de realizar actos jurídicos validos concedidos por Roma en esos acuerdo que se pactaban con la comunidad extranjera.

La figura del jurisprudente también se corresponde a este período. El jurisprudente es reconocido como poseedor de un saber que tiene reconocimiento social. Los jurisprudentes no interpretan ni administran la ley, su función era *estudiarla y transmitir* sus conocimientos a los discípulos. En la actualidad esa sería la función de los “doctrinarios”, la doctrina es la labor de los estudiosos del derecho

El *periodo clásico* entre 130 a.C y 230 d.C

Este periodo se caracterizó por la aplicación de la ley del proceso formulario (Lex Aeubutias). Un sistema nuevo basado en formulas y

que constituye el antecedente más remoto de lo que en la actualidad sería las etapas de un proceso judicial. La finalidad de esta Ley de proceso formulario, generar una sistematización de la administración de justicia, de tal manera que se disminuyeran las posibles interpretaciones injustas.

Las formulas esenciales de establecidas por esta ley fueron:

La *designatio*, (designación del juez), *demonstratio* (la demostración) de los hechos a través del relato, lo que en la actualidad sería la prueba testimonial, *intentio* (es la pretensión de quien acciona, la persona que demanda justicia expresa su objetivo a conseguir), por último la *Condemnatio* (condena) según lo que se haya expresado en la *intentio*, el Juez es quien decide si condena o absuelve. Como se notara, estas fórmulas, son antecedente de lo que hoy conocemos en nuestro sistema jurídico como el derecho de poder acceder a una decisión judicial a través del debido proceso legal.

La figura importante de este periodo es la del Jurista. Para resolver el caos generado por leyes creadas por los gobernadores provinciales de Roma, que tenían esa facultad pero que en su creación generaban contradicciones entre las normas. Se creó la figura del Jurista, su función principal la de sistematizar y simplificar las leyes de tal forma que no hubiera contradicción entre ellas, y por lo tanto no hubiera obstáculos para su aplicación a casos futuros.

Periodo *Post-Clásico*, comprendido entre el 230 d.C y el 572 d.C.

Es un periodo de concentración del poder en el Emperador, este tiene el poder absoluto en todas las esferas del poder, incluyendo las leyes. La ciencia del derecho queda invisibilidad en este periodo, debido a que la aplicación de justicia se hacía desde el poder lo que implicaba que se generaran desigualdades.

Las leyes dictadas por los Emperadores se hacía a través de las llamadas Constituciones imperiales, cuatro eran los mecanismos para su promulgación (entrada en vigencia).

El edicto, eran normas sobre cuestiones generales que posteriormente alcanzarían el rango de leyes. El mandado, eran leyes sobre instrucciones que el emperador enviaba a los gobernadores. El decreto, se llamaba a si a las sentencias dictadas por el Emperador al finalizar un juicio. El rescripto, que eran las respuestas del emperador cuando se formulaban dudas o cuestiones relativas al derecho.

La importancia del Derecho Romano en las instituciones jurídicas actuales.

En la actualidad el Derecho Romano, constituye un objeto de estudio obligatorio en la mayoría de las escuelas de leyes y facultades de derecho de occidente.

Ayuda al alumno a comprender mejor instituciones jurídicas que se desarrollaron hace siglos y que siguen plenamente vigentes, como el concepto de persona física (para nuestra codificación actual, “persona humana”), la capacidad jurídica de goce y de ejercicio, el negocio jurídico, la garantía, el proceso, la sucesión hereditaria o la propiedad particular, solo por mencionar algunas de las instituciones actuales, contribuyendo el estudio del Derecho Romano a una interpretación más precisa de su regulación actual y por lo tanto permitir completar y corregir lagunas.

Sus influencias son las de haber creado un sistema jurídico ordenado, apporto conceptos esenciales en la legislación actual, algunos de ellos ya fueron mencionados en este texto, como es el caso de los juristas o jurisconsultos (iuris consultus), se refiere a un experto en normas jurídicas, en la actualidad puede ser tanto, un abogado, un

investigador académico, un juez, el empleo del término “jurista” dependerá del lenguaje de cada país a quien se le atribuye esa facultad.

La Pater Potestas (patria potestad), el poder del padre sobre los hijos menores de edad, en algunas legislaciones actuales esto se extiende también a la figura de la madre. En Argentina, el CCyC, ya no habla de patria potestad, sino que la figura jurídica es la de “responsabilidad parental”, que recae indistintamente con independencia de su género sobre ambos o cualquiera de los progenitores si los hubiera.

Magistrado (pretor), como ya vimos el pretor era la antigua figura que en Roma se encargaba de la administración de justicia. En la actualidad se utiliza el término “Magistrado” para referirse a los funcionarios públicos del poder judicial. Aunque cabe agregar que el término, pretor y sus derivados como pretoriano, se siguen utilizando en la actualidad sobre todo en el ámbito académico, por ejemplo cuando se menciona la llamada “creación pretoriana de la Corte” (CSJN). Haciendo referencia a la creación jurídica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de garantías constitucionales por vía de la interpretación. Un claro ejemplo de ellas son el Habeas Corpus, garantía que protege el derecho a la libertad física y ambulatoria de las personas, y el Amparo, figura jurídica que es garantía de los derechos individuales que no estén protegidos por el Habeas Corpus.

El Senado (senatus), esta institución jurídico-política era la encargada de la deliberación y toma de decisiones legislativas, además de cumplir la función de control en el periodo de la República Romana del poder del Emperador. Actualmente el Senador es el cargo legislativo electo en representación de las Provincias o Estados Locales que constituyen la división político-geográfica de un Estado-Nación. En la República Argentina, nuestro texto constitucional desde 1853, adopto para nuestro congreso Nacional, el sistema Bi-Cameral, en la cual la cámara de diputados representa al habitante (conforme a

las prerrogativas que establezca la ley electoral) del territorio argentino, y las cámara de senadores que representa a las distintas Provincias, como Estados previos a la conformación del Estado Argentino.

Tres grandes sistemas se pueden reconocer en la actualidad, como legislaciones que fueron influenciadas por el derecho Romano.

El sistema del derecho continental, podemos ubicar en este sistema el conjunto de países europeos continentales, incluyendo el de los territorios conquistados por estos. Argentina se ubicaría en este conjunto de países, a partir de las instituciones jurídicas del derecho español. El territorio actual de España formo parte del imperio romano cerca de 8 siglos. La característica de estas legislaciones, es el de que sus normas están sistematizadas en códigos legales, los cuales son aplicados por los tribunales (poder judicial)

El sistema del derecho anglosajón, de origen medieval, el cual se lo creo a partir de los aportes dejados por el derecho romano. También es conocido como “Common law”. Se aplica en los países que conforman el Reino de la Gran Bretaña además de aquellos países que fueron colonias inglesas, por ejemplo Estados Unidos de América, y algunos estados locales de Canadá que fueron territorios colonizados por el imperio Británico. Recordemos la mención en este mismo texto que Londres fue una ciudad que se fundó durante la extensión de roma como imperio en el territorio de lo que es la actual Inglaterra. En el sistema anglosajón, la ley se expresa a través de las sentencias, cuando surge alguna ambigüedad son los tribunales los que deben aclarar los alcances de esas sentencias.

El derecho Canónico, este derecho fue creado en el Siglo XI d.C. impulsado por el Papa Gregorio VII, las grandes transformaciones de la Iglesia Católica de este periodo se conocen como “la reforma gregoriana”, la base teórica de esa reforma jurídica, fue el derecho

romano. El derecho Canónico continua vigente hoy en día. Corresponde a una comisión pontifica con carácter permanente la interpretación de las distintas normas que conforman este derecho. Esa comisión fue creada en 1917, durante el papado de Benedicto XV.

Recién en los siglos XVIII y XIX, países europeos, como Francia (Código Napoleónico) Alemania (Código Prusiano), o España, impulsaran el movimiento codificador de sus propios ordenamientos jurídicos, surgiendo así nuevos cuerpos legislativos. Por ejemplo en el caso de España su primer Código de comercio data del año 1885 y el Código Civil de 1889, los cuales han sido modificados, para adaptarse a los cambios sociales de España, pero la base y la simplicidad de algunos preceptos han permanecido en el tiempo.

Algo similar ocurre con el Código Civil Argentino (1871-2015), y el Código de Comercio (1862-2015), múltiples son las fuentes de estos dos Códigos, pero en cada uno de ellos se reconocen innumerables instituciones, del Derecho Romano, actualizadas por supuesto a los nuevos tiempos. En Agosto 2015 después de cerca de un siglo de debate, la República Argentina, unifico en un solo cuerpo sistematizado la codificación de sus normas civiles y comerciales, en el Código civil y comercial de la Nación.