

EL DERECHO ROMANO EN EL PERU: ANTECEDENTES, VISION ACTUAL Y PERSPECTIVA.

MEDARDO NIZAMA VALLADOLID

SUMARIO: Resumen. Introducción. I. ORIENTACIÓN METODOLÓGICA. 1. Objetivos. 2. Justificación del estudio. 2.1. Interés. 2.2. Conveniencia. 2.3. Oportunidad. 2.4. Utilidad. 3. Finalidad. 4. Limitaciones de la Investigación. 5. Planteamiento de la Investigación. 6. Formulación del problema. 7. Formulación de hipótesis. 8. Diseño. 9. Antecedentes. 10. Corrientes históricas. 10.1. De la evolución histórico jurídica. 10.2. De la correspondencia jurídica, política, económica y social. 10.3. De la inmutabilidad de las necesidades básicas del hombre. 11. Ámbito de la investigación. 12. Metodología y técnica. II. MARCO TEÓRICO PRELIMINAR. 1. El Derecho como realidad. 1.1. Idea de Derecho. 1.2. Derecho y Sociedad. 1.3. Derecho y Sociedad Peruana. 2. El Derecho Romano: Su razón de ser. 2.1. Ideas Fundamentales. 2.2. Primitivas ideas jurídicas de los romanos. 2.3. Concepto. 2.4. Su razón de ser vital. III. APORTES DEL DERECHO ROMANO EN EL PERÚ. 1. Principios fundamentales. 1.1. Ius. 1.2. Ius y Fas. 1.3. Iustitia. 1.4. Aequitas. 1.5. Iuris Praecepta. 1.6. Jurisprudencia. 2. Fuentes del Derecho Romano. 2.1. Idea general. 2.2. Clases de fuentes. 2.2.1. Fuentes Iurísticas. 2.2.2. Fuentes de Expresión. 3. Instituciones de Derecho Privado. 3.1. La persona. 3.1.1. Significado etimológico. 3.1.2. Definición. 3.1.3. Clasificación. a. Personas físicas. a.1. Comienzo de la existencia. a.2. La capacidad de la persona. a.2.1. Definición. a.2.2. Clases. a.2.2.1. Capacidad de hecho. a.2.2.2. Capacidad de derecho. a.2.3. Elementos. a.2.3.1. Status Libertatis. a.2.3.2. Status civilis. a.2.3.3. Estatus familiae. a.2.4. Disminución de la capacidad: capitis deminutio. a.2.4.1. Capitis deminutio máxima. a.2.4.2. Capitis deminutio media. a.2.4.3. Capitis deminutio mínima. a.3. Fin de la persona física. a. Muerte. b. Esclavitud. a.4. Legislación. b. Persona Jurídica o moral. 3.2. La Familia Romana. 3.2.1. Génesis. 3.2.2. Idea General. 3.2.3. Matrimonio. 3.2.3.1. Definición. 3.2.3.2. Formas de matrimonio. 3.2.3.3. Legislación. 3.3. Jure rerum. 4. Instituciones de Derecho Público. 4.1. El senado. 4.2. El consulado. 4.3. La censura. 4.4. La pretura. 4.5. La cuestura. 4.6. La edilidad. 4.7. El tribunado. 4.8. La dictadura. 5. Instituciones Jurídicas. 5.1. Las leyes: La Ley de las XII Tablas. 5.2. Los Plebiscitos. 5.3. Interpretación de Pontífices y Jurisconsultos. 5.4. La costumbre. 5.5. Edicto de los magistrados. (Continuará). Conclusiones. Propuestas. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El estudio comprende tres partes fundamentales: orientación metodológica, marco teórico preliminar y el análisis de algunos aportes del derecho romano en el Perú. En la primera parte, se abordan algunas ideas sobre la orientación metódica, tales como objetivos, justificación, finalidad, limitaciones, planteamiento de la investigación, enunciado del problema, formulación de hipótesis, etc. La segunda parte explica el enfoque de un marco teórico preliminar en que trata el derecho como realidad y un estudio conceptual, con una razón de ser vital del derecho romano en general. Y, en la tercera parte se valoran los aportes fundamentales del derecho romano en el Perú, tales como los principios, fuentes e instituciones, no sólo en el ámbito del derecho privado, tales como la persona, familia y cosas; sino también en el ámbito del derecho público, tales como el senado, el consulado, censura,

pretura, cuestura, edilidad, tribunado y dictadura. Es más, también comprende un abordaje suscito sobre instituciones jurídicas romanas, tales como las leyes, plebiscitos, interpretación de pontífices y jurisconsultos, costumbres, edictos de magistrados, etc.

ABSTRACT

This study includes three fundamental parts: methodological direction, preliminary theoretical frame and the analysis of some provides of the roman law in Peru.

In the first part we take some ideas of methodological direction like objectives, justification, purpose, limitations, formulation of a hypothesis, etc. The second part explains the approach of a preliminary hypothetical frame. That takes the law as a truth and the conceptual study with a reason of been vital



about the roman law in general. And in the third part we valorate the fundamental contribution about the roman law in Peru, as the origin institution no only in the area of the private law as the person, family and things, in fate of the public law as the area of the senate, consulate, censorship, court and dictatorship. There is more also, includes a succinct approach about roman legal institutions as laws, plebiscure, pontiff performance and lawful customs, magistrates, etc.

PALABRAS CLAVES:

Derecho Romano y Derecho Peruano

KEY WORDS:

Roman Law and Peruvian Law

INTRODUCCIÓN

El presente es un trabajo de investigación histórico jurídica, que tiene como fin estudiar las ideas y principios de la vida jurídica, política y social romana, en el contexto de la sociedad romana en su tiempo.

Dada la amplitud temática, el trabajo se centra fundamentalmente en el análisis de las ideas, principios, instituciones y fuentes de cada momento histórico, apoyándose no sólo al quehacer o a la obra de los grandes y connotados juristas, estudiosos clásicos y modernos, sino que se extrae del manantial vivo y dinámico de la realidad histórico-jurídica romana.

El análisis de las ideas, principios, instituciones y fuentes respectivas, no puede reducirse, de ningún modo, a una fría interpretación del pensamiento ius político, sino lo que en realidad se pensaba y actuaba en esos momentos. Además de lo que se sentía popularmente en torno al Estado, a las ideas políticas, jurídicas y sociales, es imprescindible encontrarlo en la acción política de líderes, promotores y protagonistas de aquellas luchas y, en los resultados jurídicos, políticos y sociales, objetivos de aquellas contradicciones.

I. ORIENTACIÓN METODOLÓGICA

1. Objetivos. Tiene como objetivos generales:

1. Explicar los aportes del derecho romano en el Perú y exponer el análisis y su perspectiva actual.
2. Identificar la influencia y relaciones existentes entre los principios e instituciones jurídico-políticas romanas con sus similares en el derecho peruano.

2. Justificación del estudio.

2.1 Interés.- A pesar del nivel o jerarquía que tiene el estudio de los aportes trascendentales (principios, instituciones y fuentes) del derecho romano para entender el sentido de nuestra legislación, administración judicial (pública) y la institucionalidad política actual; sin embargo, los actores jurídicos y políticos no le reconocen su interés y provecho, que legítimamente corresponde a dicho estudio. Otro motivo de hacer el presente trabajo es que dichos principios e instituciones tienen el carácter de categorías científicas y filosóficas universales, empero, nuestros actores lo perciben como simples concepciones arqueológico-históricas, en desmedro de su verdadero interés y valor de plataforma jurídico-política.

2.2 Conveniencia.- El estudio responde a la conveniencia de saber la relación existente entre los aportes trascendentales (principios y la institucionalidad jurídica y política) del derecho romano con sus similares actuales en el derecho peruano. En realidad, se requiere saber dicha relación para verificar la aplicación de tales principios e instituciones a la realidad peruana, como forma de lograr la paz y tranquilidad social, y una democracia con dignidad y justicia para todos los peruanos.



2.3 Oportunidad.- Creemos que este trabajo resulta oportuno debido a la crisis institucional jurídica y política que atraviesa nuestro país. Esto es debido a que el hombre desde su aparición hasta nuestros días ha tenido necesidades comunes, de avances culturales, científicos y tecnológicos enfrentar mejor la problemática jurídico-político-social.

2.4 Utilidad.- El estudio es útil porque saca a luz los aportes transcendentales (principios, instituciones y fuentes) del derecho romano, su proyección y su tendencia actual, puesto que, a pesar de que el derecho romano es un tema ampliamente abordado, gran parte de su conocimiento aún permanece poco estudiado, tal como se verá en el transcurso de la investigación.

3. Finalidad.

El trabajo de investigación tiene como finalidad obtener un mayor y mejor conocimiento y aplicación de los aportes transcendentales (principios, instituciones y fuentes) del derecho romano como base del sistema jurídico y político actual, a fin de que nos permita entender y plantear propuestas a la crisis institucional y democrática de nuestro país. No se necesita dar datos sobre las condiciones de injusticia en que viven los peruanos, de las que son responsables los grupos sociales dominantes.

4. Limitaciones de la investigación.

El estudio aborda la búsqueda y esclarecimiento de algunos (no todos) principios, instituciones y fuentes consideradas como los aportes más importantes del derecho romano; asimismo, desarrolla un análisis del marco teórico y algunas tendencias que entraña la perspectiva actual y futurista del derecho y la ciencia política peruana. Es conveniente advertir que no todas las ideas y resultados alcanzados en el estudio, caben en el espacio

de este primer reporte. En las siguientes líneas sólo se exhiben lo más puntual, urgente y necesario para cubrir las exigencias del presente estudio.

5. Planteamiento de la investigación.

Con el correr de los años el derecho romano, su conocimiento, enseñanza y aplicación de sus principios, instituciones y fuentes han sido estimadas de más a menos habiéndose reducido al estudio de simples categorías históricas. Sin embargo, nuestras principales instituciones jurídicas y políticas peruanas tienen origen latino y que a pesar de los siglos transcurridos aún mantienen sus principales rasgos y características, aun no aprovechadas del todo. Por eso, a través de este estudio pretendemos precisar los aportes transcendentales del derecho romano y su influencia en la formación, estado actual y modernidad (futuro) del derecho peruano. Desde luego conviene apreciar la forma como se relacionan los principios e institucionalidad jurídico-política romana con sus similares del derecho peruano. Nos interesa, pues, evaluar el uso o empleo que han tenido en el Perú no sólo los principios del derecho romano en general, sino también el uso o empleo específico de las instituciones del derecho privado (persona, familia, derechos patrimoniales: res, corpora y iura, etc) y del derecho público (magistrados, senado, asambleas populares, democracia, etc).

6. Enunciado del problema.

En síntesis referimos los problemas que plantea la investigación. Son las siguientes:

1. ¿Cuáles son los aportes transcendentales del derecho romano en la organización jurídico-política peruana?
2. ¿Cómo influyen y se relacionan los principios e instituciones jurídico-político romanos con sus similares del derecho peruano?



7. Formulación de hipótesis.

1. Los aportes trascendentales del derecho romano en la organización jurídico-política peruana son sus principios, instituciones y fuentes románicas, respectivamente.
2. Los principios e instituciones jurídico-político romano influyen y se relacionan con sus similares peruanos de manera inclusiva, fundante e indirecta.

8. Diseño.

En cuanto al diseño del proyecto de investigación referimos que se trata de un trabajo jurídico-formal porque contiene el estudio de los principios, instituciones y fuentes del derecho romano dentro de su contexto político, económico y social de cada etapa de su evolución con su respectivo análisis histórico, crítico y comparativo de las categorías a estudiar y su proyección en nuestro derecho y ciencia política.

9. Antecedentes

En la búsqueda de otros trabajos efectuados con anterioridad, nos hemos encontrado con varias obras similares, muy bien elaboradas y con una amplia perspectiva histórica y actual, pero no con el mismo título, orientación y desarrollo. Así por ejemplo referimos las siguientes obras: Instituciones de Derecho Romano de Jacinto Tello Johnson, extinto maestro sanmarquino; Principios del Derecho Romano de Fritz Schulz; Instituciones de Derecho Romano de Felipe Serafini; Fuentes del Derecho Romano de Dante Corrente Spanò; y Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje de Antonio Fernández de Buján; entre otros.

10. Corrientes históricas

- 10.1. De la evolución histórica jurídica.- Aborda la influencia y asimilación de los pequeños pueblos por las grandes naciones como Roma, que luego de ser

conquistadas eran totalmente romanizadas adaptando su sistema jurídico y político. Debido a ello y a la grandeza de su derecho, sus principios e instituciones se encuentran presentes en muchos países y legislaciones del mundo.

- 10.2. De la correspondencia jurídica, política, económica y social.- Aborda la relación directa que existe entre el derecho, la política, la economía y la sociedad de un país, por cuanto todos dependen de todos; su crecimiento o retroceso incide en todos ellos. Su comprensión nos permite entender que el desarrollo duradero de un Estado no puede estar parcializado a uno o dos aspectos, sino que debe abordarse de manera conjunta.

- 10.3. De la inmutabilidad de las necesidades básicas del hombre.- Esta teoría parte de la necesidad básica de alimentación, vestido y vivienda desde la aparición del hombre hasta nuestros días, a partir de estas necesidades básicas se han desarrollado instituciones como persona, familia, sociedad, etc. que se mantienen inmutables en su esencia desde tiempos muy remotos hasta hoy. A medida que la humanidad evoluciona estas necesidades adoptan diferentes matices y formas haciendo que se produzcan luchas constantes entre los hombres por satisfacerlas. Es por eso, que a pesar de los siglos transcurridos las sociedades mantienen características comunes a todos los tiempos y hacen que los conflictos de antaño sean en esencia los mismos que se dan en el presente, aunque bajo otro contexto histórico.

11. Ámbito de la Investigación.

Considerando que el tiempo es la medida del movimiento en el que se operan los cambios, referimos, que el ámbito de la presente investigación cubre el desenvolvimiento de



Roma antes de Justiniano y una breve proyección post-justiniana. Igualmente, en lo que atañe a los cambios producidos en la sociedad peruana referimos que estos tuvieron lugar en los dominios del Tahuantinsuyo, antes y después de la conquista.

12. Metodología y técnica.

El derecho romano debe estudiarse —escribe Rodríguez Pastor— conforme al método histórico que es la investigación comparada del origen, desarrollo y cambio de las instituciones jurídicas de Roma en las distintas etapas de su desenvolvimiento. Asimismo, se han utilizado los dos procedimientos que corresponden a dicho método: el cronológico y el sincrónico, siendo este último el más adecuado. Del mismo modo, se ha empleado las técnicas de lectura comprensiva, fichaje, mapas mentales, recopilación documental, etc. Para ello fue necesario el uso y manejo de ficheros, registros, legajos, files, y otras formas de almacenamiento y depósito de la información recopilada de las fuentes.

II. MARCO TEÓRICO PRELIMINAR

1. El derecho como realidad

El hombre —dice Eugene Petit¹— está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver siempre sus facultades naturales, también aduce que esta libertad no es infinita sino que está limitada por el respeto a la libertad de los demás. Por esta razón nace la necesidad de

tener principios, reglas o normas de conducta² que garanticen a cada ciudadano el pleno ejercicio de sus actividades diarias.

1.1. Idea del Derecho

En verdad, no es fácil decir lo que es el derecho en todas las épocas y todas las situaciones posibles. Tampoco resulta fácil descubrir el quid o esencia del derecho. Muchas veces nos hemos puesto a meditar sobre los conceptos vertidos por estudiosos y especialistas. Así, por ejemplo, Jorge Basadre manifiesta que el "Derecho es un conjunto de principios definidos y sistemáticos (dogmática)". Lizardo Alzamora Silva refiere que derecho es el "conjunto de reglas o normas externas, dependientes de la voluntad humana, que normalizan la relación de los individuos y cuya observancia puede exigirse coactivamente por la autoridad"³.

1.2. Derecho y Sociedad

El derecho como ordenamiento de la vida social tiene por función principal organizar la sociedad para que alcance el progreso colectivo, que no es otra cosa que el bien común público⁴, basado en la justicia y la equidad; por este motivo desde tiempo inmemoriales⁵, los pueblos se han regido por principios comúnmente aceptados y practicados. A través del tiempo, el derecho se ha expresado en un conjunto normativo, legislado y regulado por autoridades nombradas por la misma sociedad que regulan la actividad entre todos sus integrantes, ubi homo, ubi ius (donde está el hombre, allí está el derecho). Para los juristas

¹PETT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, págs. 15,16

²Sobre la concepción del Derecho como norma de conducta, ver *Lineamenti di teoria e ideologia di diritto*, del profesor Giuseppe Lumia. A. Giuffrè Editore S. p. A.: 1973.

³BASADRE, Jorge. *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*, pág. 28.

⁴ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Derecho Romano*, pág. 11.

⁵BERNAL Beatriz y LEDESMA, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de las Derechos Neorrománicas*, pág. 15

⁶Al parecer todo hace suponer que el derecho como aparato social de coacción ha existido siempre en todas las sociedades antiguas y modernas, lo que también quiere decir, que la humanidad no habría conocido en toda su historia un hombre bueno o en estado de naturaleza.



existe un gran paralelismo entre el derecho y la sociedad, de modo que el derecho se relaciona con todas las ramas del saber humano y los problemas del hombre. El derecho ampara y protege todos los valores e intereses sociales, desde los más menudos hasta los más encumbrados, así ampara la propiedad, el honor, la vida, la libertad, la salud, etc., pues no se concibe una sociedad humana que no este provista de un ordenamiento jurídico y viceversa, el derecho es exclusivo de las sociedades humanas (*ubi ius, ibi societas*).

1.3. Derecho y Sociedad Peruana⁷

En cuanto al Perú, nuestra sociedad ha pasado por diferentes etapas jurídicas y sociales, expresando en cada etapa su propia normatividad jurídica, desde la concepción incaica del derecho y la sociedad hasta la concepción republicana y democrática actual. Empero desde finales del siglo pasado hasta nuestros días la sociedad del Perú se encuentra bajo el influjo de una utopía⁸ social-mesiánica, que se expresa a través del clamor general de la sociedad. Un clamor que se traduce en el rechazo a la intolerancia, al racismo, a la explotación monopólica, a las imposiciones gubernamentales, etc. ¿Pero cómo cambiar esta situación? ¿Cómo alcanzar este ideal? Pues la tendencia peruana es encontrar en una persona las cualidades de un salvador que pueda guiar al pueblo al presente y futuro deseado: es decir, busca encontrar a un Haya, un Mariátegui, un Lenin o un Pachacutec, que pueda guiarnos a nuestra salvación bajo los ideales de un sistema social, en la que se distribuya la riqueza

equitativamente. Pero como se dijo líneas arriba, ese ideal representa sólo una utopía, que lejos de cumplirse se convirtió en el caudillaje de algunas figuras representativas para llegar al poder. Finalmente, utopía es lo que no tiene lugar ni en el espacio ni en el tiempo; sin embargo, en los Andes, la imaginación colectiva terminó ubicando la sociedad ideal como paradigma de sociedad posible y alternativa futurista, en el Imperio Incaico. Una historia de milenios fue identificada con la de un Imperio, y un mundo en el que existieron desigualdad e imposición se convirtió en una sociedad homogénea y justa. Los incas dejaron de ser una dinastía para transformarse en símbolo de un orden, donde el país pertenecía a sus verdaderos y antiguos dueños.

2. El Derecho Romano: su razón de ser

"El derecho romano es una disciplina formativa, su objetivo es formar mentes jurídicas, enseñar a pensar jurídicamente a quien va a tener que hacerlo durante su vida profesional"

GUMERSINDO PADILLA

2.1. Ideas Fundamentales

Para explicar la razón de ser del Derecho Romano hemos recurrido al criterio de Eusebio Díaz profesor de la Universidad de Barcelona⁹. A este propósito él apunta que la antigua data de nacimiento del derecho (2000 años) es suficiente para exigir su reconocimiento de haber saludado en sus albores a Roma y haber

⁷ Recogo este tópico la parte doctrinal de la entrevista sobre "Utopía, Mesianismo e Historia" efectuada a Alberto FLORES GALINDO en el campus de la Universidad Católica de Lima, el 05 de octubre de 1988, y que fue publicada en el libro *Ideas y los Hombres* de Raúl CHANAME ORBE. Véase también "El Perú Hiriente de estos días..." publicado en la obra *Violencia y Crisis de Valores en el Perú*. Edición de la Universidad Católica del Perú. Departamento de Humanidades, 1987; págs. 199 y ss. Un pasaje de este artículo que merece recordarse es el siguiente: "Observe la orgía de corrupción que satura el país, el hambre que aniquila a unos y el hartazgo que hace reventar a otros; converse con la gente de a pie, observe a la de caballo. Escuche, y no sólo oiga, observe y no sólo vea. Así se explica esa violencia seguramente en la misma medida en que yo me la explico."

⁸ Verdad es que se necesita esta utopía que basándose en el pasado esté pendiente al futuro, para la forja de las nuevas ideas necesarias para la construcción de un nuevo Perú.

⁹ DÍAZ, Eusebio. *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 5



acompañado en su gloriosa marcha a través de siglos a la espléndida civilización latina. Asimismo, –añade que la seguridad y confianza que dan los siglos se considera que el derecho posee un aspecto supremo de incalculable valor cual es servir de substancia al pensamiento jurídico moderno, al igual que las ideas helénicas sirven aún a la sabiduría filosófica moderna. Al mismo tiempo –señala que el mérito sociológico del Derecho Romano se ve además valorado por el alto sentido de didáctica jurídica que le afecta, por su espiritualidad flexibilizada a través de tiempos y de razas, por su humanitarismo postrero y por su progresión civilizadora.

Desde que los pueblos primitivos –etruscos, sabinos y latinos– se integraron en la urbe primitiva y surgió de ello una autoridad pública capaz de promulgar, sancionar, declarar y hacer ejecutar coactivamente los principios jurídicos, nació el derecho romano dando vida a grandes instituciones que rigen hasta hoy.

2.2. Primitivas ideas jurídicas de los romanos

Para los primeros pobladores romanos el derecho era sinónimo de orden o mandato dictada por la autoridad e impuesta por la fuerza (*quod iussum est*). Esta primera conceptualización tiene carácter formulista, debido a que exige la observancia de ciertas fórmulas inmutables, así como determinadas ceremonias que exteriorizaban el consentimiento de las partes para considerar válidos los actos civiles. El derecho romano también fue limitado y exclusivo, es decir, sus leyes no eran

aplicables a cualquier persona, sino que se encontraban limitadas al uso exclusivo de los ciudadanos romanos y sus patrimonios –*Ius Civile Quiritium*– y por ningún motivo dichas leyes podían ser aplicadas a los extranjeros o peregrinos, dado que eran considerados como sus enemigos. Asimismo el derecho romano fue conservador, es decir, los romanos profesaban un respeto profundo por sus antepasados y las antiguas tradiciones, por ello se dice que el derecho romano tuvo un desarrollo lento, gradual, sutil y original. Al mismo tiempo se dice que el derecho romano es estricto, por ser este un carácter predominante de todo el pueblo romano, de aquí provenía su energía moral, su fuerza de voluntad, y su sometimiento a la más dura disciplina, obedeciendo las normas impuestas por más firmes que fueran. Por último, el derecho romano fue rígido e inflexible por cuanto no hizo distinción de personas o circunstancias al momento de aplicarse; pues no consideraba a la equidad ni a la justicia. Todas estas características justifican el nombre que entonces se le dio: *Ius strictum*¹⁰.

Entre tanto, más tarde y conforme al avance social, económico, político y jurídico, la conceptualización ruda y primigenia del derecho, se fue modificando hasta considerarla como una ciencia basada en la justicia y la equidad, tal como lo definen magistralmente Celso y Ulpiano, como es de verse más adelante. Como en toda civilización antigua, el derecho era estudiado y conservado por los pontífices o sacerdotes, quienes invirtieron el orden etimológico de las palabras haciendo derivar al derecho (*ius*) de la justicia (*iustitia*), de manera que, el

¹⁰Digesto I.1.10.1 en GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo I, pág. 199.



derecho era la aplicación de la justicia, en su sentido práctico. Posteriormente, Ulpiano¹¹ amplía este concepto a través de sus preceptos del derecho.

Esta conceptualización en un principio aparentemente pudo producir confusión al momento de aplicar el derecho, pero ello no ocurrió, por cuanto esta confusión sólo se limitaba a los términos de la teoría, dado que en la práctica, los romanos distinguieron muy bien la moral y el derecho, definiendo al derecho en cuestiones prácticas.

En esta fase de la evolución jurídica, el derecho estaba íntimamente ligado a la religión, pero se advierte que cada uno tenía su propio campo de dominio, de manera que, las infracciones religiosas no influenciaban en el derecho civil.

2.3. Concepto

Conceptuar el derecho romano, resulta ser una tarea amplia, pero también resulta ser una tarea estricta o convencional por el gran desarrollo histórico, político y jurídico. Con cierto sentido estricto, experimentados profesores peruanos de derecho romano han elaborado valiosos conceptos. Según nos dice Lizardo Alzamora¹², el derecho civil romano "es el conjunto de reglas jurídicas aplicados por los tribunales exclusivamente a los ciudadanos. Es el derecho propio de la ciudad de Roma, y como tal, derecho de que se sirven los romanos desde los más remotos tiempos de Roma, se caracteriza por su severidad, índole formulista y

aplicación privativa a los ciudadanos romanos". Manuel Gamarra Pereda¹³, destacado profesor de la Universidad Nacional de Trujillo, expone que, el derecho romano "es el conjunto de normas y reglas jurídicas, elaboradas progresivamente por el pueblo romano, desde sus orígenes hasta la muerte del emperador Justiniano. Este derecho es el fruto maravilloso de la costumbre, jurisprudencia y legislación romana, desenvueltas con singular maestría". Darío Herrera Paulsen¹⁴ expresa que, al derecho romano hay que definirlo como un conjunto de "principios de justicia e instituciones jurídicas que estuvieron en vigor en Roma en las distintas épocas de su existencia, desde su fundación hasta la muerte del emperador Justiniano". Carlos Rodríguez Pastor¹⁵ explica que, "se llama derecho romano al 'Corpus Iuris Civilis' fijando a perpetuidad las categorías de su pensamiento jurídico", así el derecho romano es un conjunto de normas consuetudinarias y escritas que han regido la convivencia social de Roma. Y Jacinto Tello¹⁶ enseña que, el "estudio del derecho romano, sirve como una introducción de los conceptos fundamentales del derecho privado, ya que su función es eminentemente propedéutica". Luego añade que el educando debe familiarizarse con las instituciones de las que tratan las Institutas, opiniones y respuestas de los jurisprudentes romanos contenidas en el Digesto y las leyes del Códex y las Novelas del Corpus Iuris Civilis.

¹¹Ibidem, pág. 18

¹²ALZAMORA SILVA, Lizardo. Ibid, pág. 21

¹³GAMARRA PEREDA, Manuel. *Derecho Romano I*, págs. 1,2

¹⁴HERRERA PAULSEN, Darío. y GODENZIALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*, pág. 2.

¹⁵RODRIGUEZ PASTOR, Carlos. *Prontuario de Derecho Romano*. Segunda Edición. Cultural Cuzco S.A. Editores, 1992. Lima. Pág. 21

¹⁶TELLO JOHNSON, Jacinto. *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 17



Igualmente se deberá familiarizar con las enseñanzas de Gayo en sus Instituciones, las "Reglas" de Ulpiano y las "Sentencias" de Paulo.

Dentro del mismo sentido estricto magníficos profesores extranjeros han escrito interesantes conceptos sobre la materia. Así por ejemplo, Luis Arguello¹⁷ refiere que, "la expresión derecho romano designa el ordenamiento normativo contenido en la compilación de las leyes y jurisprudencia romana realizada en el siglo VI de nuestra era". Alfredo Di Pietro¹⁸ esclarece que, "bajo la denominación de derecho romano se elaboraron diferentes ideas restringidas a lo largo de su historia; así por ejemplo, para el estudioso del siglo XIII, el derecho romano era la compilación justiniana". Oderigo¹⁹ expone que, el derecho romano es el "conjunto de normas y principios jurídicos que han regido la actividad del pueblo romano, desde sus orígenes, en la humilde aldea de campesinos, hasta la época imperial". Carlos Vogel²⁰ refiere que, "el derecho romano significa el desarrollo de orden normativo que reguló a la sociedad romana desde su fundación en el año 753 a. de C. (Siglo VIII a. de C.) hasta la muerte del emperador Justiniano, en el año 565 d. de C. (Siglo VI d. de C.)".

2.4. Su razón de ser vital

Como se ha visto en líneas anteriores Roma por ser la Ciudad Eterna nació con

su derecho en el Latio y que este derecho se gestó en el pueblo romano habiendo durado dos milenios su evolución. Asimismo, se aprecia que el derecho romano igual que las ideas aristotélicas y platonianas sirven de aliento al pensamiento filosófico actual. Por lo demás, se percibe que las concepciones grandiosas de los juristas romanos anidan el germen de la ciencia del derecho, y los eternos principios racionales romanos, siempre antiguos y siempre nuevos, contienen la base incommovible de la legislación contemporánea. He allí la razón de ser vital del Derecho Romano.

III. APORTES DEL DERECHO ROMANO EN EL PERÚ

1. Principios Fundamentales

Constituyen un valioso aporte del derecho romano. No cabe la menor duda que para entender aquel conjunto de normas generales, primero es necesario conocer su esencia (significado etimológico) y su evolución; por tal motivo es necesario estudiar sus principios y sus nociones fundamentales, las mismas que presentamos a continuación:

1.1. Ius

Verdad es que el *Ius* es una palabra romana-latina importante, cuyo origen²¹ y significado no se encuentra bien precisado²². En su sentido más común *Ius*

¹⁷ ARGUELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*, pág. 3-4

¹⁸ DI PIETRO, Alfredo. *Manual de Derecho Romano*. Pág. 7

¹⁹ ODERIGO, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano*, pág. 3

²⁰ VOGEL, Carlos Alfredo. *Historia del Derecho Romano*, págs. 11-13

²¹ Tal como se tiene dicho en la página 6 de esta obra el origen del *Ius* proviene de *Iu*, significa lugar, unir. *Iussum* (*Iubeo*), verbo latino que significa mandar. *Iupiter*, padre de los dioses de la mitología romana y que apunta la idea de voluntad suprema. *Ius*, expresión antigua del Zend Avesta que insinúa la idea de voluntad divina.

²² *Iura*, leyes; *iure*, con derecho, razón, equidad; *Ius civitatis*, derecho de ciudadanía; *Ius connubi*, derecho a contraer matrimonio; *contra Ius*, contra derecho, injustamente; *Ius coniugalia*, vínculos conyugales; *Ius est*, hay derecho a...; SEGURA, Santiago. *Ibid.*, pág. 387. VALBUENA. *Diccionario Latino-Español*, pág. 475.

²³ El vocablo *derecho* es una palabra muy compleja que a pesar de más de dos siglos de estudio no encuentra una definición que la abarque totalmente.



significa derecho²¹, pero los romanos lo usaban para denominar tanto a las normas (lex) del ordenamiento jurídico llamado derecho objetivo (ius civile, ius gentium) como para designar las facultades que le pertenece a un sujeto en un determinado momento llamado derecho subjetivo (ius utendi, ius fruendi).

Los romanos – entre ellos Celso - también tenían preocupación por la definición del ius, pero no lo definieron en forma abstracta como ordenamiento jurídico sino que lo definieron refiriéndose a la actividad o disciplina de los juristas, en la que debe conciliar de manera realista lo que resulta justo y adecuado a las necesidades sociales de su tiempo. El jurista Juvencio Celso²² es él que inmortalizó la definición romana del ius como “ius est ars boni et aequi” (“el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo”) que posteriormente es tomada por Ulpiano como la mejor definición del ius, y finalmente Justiniano lo introduce en el Digesto. Para Eugene Petit, el jurista romano Celso mezcla y confunde el derecho con la moral, siendo estos valores diferentes ya que el derecho no consagra siempre todo lo bueno.

1.2. Ius y Fas

No obstante ser el ius el término usado para identificar el derecho, sin embargo, éste se presentaba de dos formas: como precepto o norma emanado de la religión y sancionado por ella, o como facultad del

individuo de obrar y hacer conforme a las designaciones del poder público y bajo la protección del Estado. Así según se trate de una u otra forma se les denomina por fas o por ius, respectivamente²³. Sin embargo, esta diferenciación no siempre fue clara; pues los antiguos romanos no hacían una clara distinción entre el derecho y la religión como sistemas opuestos, ya que estas guardaban entre sí un nexo muy fuerte.

1.3. Iustitia

Aristóteles decía: “Justicia se le llama a esa cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas y que es causa de que se hagan y quieran hacer. La injusticia es la cualidad contraria, es injusto el que falta a las leyes, el que es demasiado codicioso y el inicuo. Es justo el que obedece a las leyes y el que observa con los demás las reglas de igualdad. Lo justo será lo que es de acuerdo a la ley y a la igualdad; lo injusto lo contrario”. Es lo que se lee en el Digesto y en las Institutas:

10. ULPIANUS, libro I. Regularum.- Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi..

10. ULPIANO; Reglas, libro I.- Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. D. 1.1, 10. - Inst. 1.1.²⁴

1.4. Aequitas²⁵

Es evidente que aequitas y aequum son

²¹DIGESTO 1.1.1. Ver la obra *Corpus Iuris Civile* de Idelfonso GARCÍA DEL CORRAL, pág. 197.

²²NIZAMA VALLADOLID, Medardo. *Materiales de Enseñanza para el Curso de Derecho Romano – 2006. Nociones Fundamentales de Derecho Romano*.

²³GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Ibid.* Tomo 1, págs. 199 y 5 respectivamente.

²⁴En el Diccionario de la Lengua Española se afirma que la equidad consiste en la igualdad de ánimo. También significa bondadosa templanza, habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por texto terminante de la ley.



palabras de origen griego, que significaban "equidad, igualdad". Precisamente, la equidad permite establecer la justa proporción, el equilibrio entre el derecho y los constantes cambios sociales, por ello regulaba cada caso concreto, según los hábitos, costumbres y sentimientos arraigados en la conciencia social; ya que de no ser así se llegaría a la inequidad. Por eso, los romanos tomaron a la equidad para adecuar la ley, aplicarla y evitar soluciones inicuas o contrarias a lo justo, lo que dio como resultado que todo el derecho romano se esforzó por regular el derecho a través de las *aequitas*; es decir, se adaptó a las condiciones cambiantes de la vida social romana.

1.5. *Iuris Praecepta*

Significa "los preceptos del derecho" y tiene su origen en el tiempo en que llegaron a Roma dos escuelas filosóficas helenas opuestas: el estoicismo y el epicureísmo²⁹. La primera con su ética sublime; y, la segunda, enunciando que el sumo bien consiste en la voluptuosidad y el sumo mal en el dolor.

§1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* §1. Los principios del derecho son estos: vivir honestamente; no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo. D. 1.1.10,1 - Inst. 1.1.3³⁰

Entonces estas leyes sirven para garantizar las

buenas costumbres: vivir honestamente, prohíbe uniones incestuosas o adulterios; no hacer daño a otro, prohíbe perjudicar a otro en su persona o sus bienes; dar a cada uno lo suyo, alude a la noción de justicia como sustancia del orden jurídico. En conclusión diremos que estos preceptos tienen contenido moral y jurídico, pero corresponden a la esfera del derecho.³¹

1.6. *Iurisprudentia*

Contiene la idea de ciencia del derecho y el jurisprudente es la persona que conoce la ciencia del derecho. Deriva de "ius" y "prudentia" que significa "prudencia en el derecho, discernir entre lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto". El término *iurisprudentia* o *jurisprudencia* pertenece a la era de los jurisconsultos romanos que la entendían como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia del derecho (de lo justo y lo injusto). Precisamente el *Digesto* dice:

§2. *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniustis scientia.* §2. *Jurisprudencia* es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y lo injusto. D. 1.1.10,2 - Inst. 1.1.1³²

Nótese que la primera parte de la definición posee un carácter religioso del derecho, el mismo, que en sus orígenes fue de conocimiento exclusivo de los miembros del Colegio de los Pontífices, y que posteriormente

²⁹Para Aristóteles la *aequitas* era como la regla de losos, que al ser elástica servía para medir superficies curvas, y así la equidad tempera a la ley en cada caso.

³⁰Escuela filosófica de la antigüedad, iniciada por Epicúreo, que fundaba el bien moral y la felicidad en el placer adecuado a la naturaleza humana. SALAZAR BONDY, Augusto. *Iniciación Filosófica*, pág. 277

³¹GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Ibid.* Tomo I, págs. 199 y 5 respectivamente

³²Se debe considerar que no son valores ideales ni sugerencias, sino que son órdenes que provienen de una autoridad que tiene el *ius imperium*.

³³GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Ibid.* Tomo I, págs. 199 y 5 respectivamente.



fue objeto de estudio y aplicación de los jurisprudentes o jurisperitos. En la segunda parte de la definición se refiere al carácter humano. Esta definición a pesar de tener la fusión del derecho humano y el derecho religioso tuvo aplicación práctica, ya que toda sentencia satisfactoria tenía como base la prudencia jurídica. Además la jurisprudencia sirvió para actualizar el derecho, y su recopilación creaba manuales para la enseñanza del mismo.

2. FUENTES DE DERECHO ROMANO

2.1. Idea general.

Las fuentes constituyen un relevante aporte del derecho romano. Se da el nombre de fuentes a todos los medios que tiene el hombre para adquirir la certidumbre de una realidad, de un hecho histórico. Las fuentes son, pues, las huellas y testimonios dejados por el hombre del pasado. Algunas son fuentes monumentales, otras son fuentes orales o tradicionales y, por último existen las fuentes escritas.

2.2. Fuentes de Derecho Romano

La gran mayoría de estudiosos del derecho nos hablan de fuentes, pero ¿Qué son las fuentes? Según nuestro conocimiento popular, las fuentes son los puquiales de donde emana el agua. Análogamente por ciencia jurídica entendemos como fuente al órgano de donde germina el derecho. Los autores han señalado que el derecho romano posee dos grandes vertientes que son las fuentes iurísticas o de producción y las fuentes de expresión o de

conocimiento.

2.2.1. Fuentes Iurísticas: Es aquella que crea o genera derecho, por tal motivo se le conoce también como fuente de producción o fuente material. De la misma manera se puede decir que es fuente generatriz –que engendra el derecho–, que entraña la esencia o contenido de la norma. Los romanos consideraban que el pueblo es esa fuente generatriz: él es la raíz de la norma. Así ellos decían “Vox populi vox dei”¹³ “dura lex, sed lex”¹⁴.

2.2.2. Fuentes de expresión: Es aquella que expresa o traduce al exterior el contenido de la norma que nació a través de una fuente iurística específica.¹⁵ También se le conoce como fuente formal ya que expresa en lineamientos escritos y formales la traducción del derecho. Como ya dijimos, a cada fuente iurística le corresponde su fuente expresiva, así tenemos:¹⁶ la lex, los plebiscito, los senadoconsulto, los edictos, las constituciones imperiales y la respuesta de los jurisprudentes.

3. INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO

3.1. La Persona

3.1.1. Significado Etimológico

Este vocablo deriva de las siguientes voces: PHERSU: vocablo etrusco. Prefijo: per y verbo sonare. PERSONAE: persona, personaje. Carácter. Cargo, dignidad, empleo. PERSONARE: resonar, máscara, personaje de teatro. Retumbar con ruido,

¹³Significa “voz del pueblo, voz de Dios”, véase CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico*, pág. 204

¹⁴Significa “dura es la ley, pero es la ley”, véase MANS PUIGARNAU, Jaime. M. *Ibid.*, pág. 283

¹⁵RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. *Ibid.*, pág. 25

¹⁶HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZIALEGRE, Jorge. *Ibid.*, pág. 10



con estrépido. Cantar, celebrar, proclamar. Gritar. Plausibus, personare: aplaudir ruidosamente. PERSONATUS: actor enmascarado. Aparente, falso, engañoso.

3.1.2. Definición

Gramaticalmente significa "hombre" según su estado natural la persona es hombre porque tiene cuerpo y mente. Es todo ser real capaz de ser sujeto activo o pasivo de un derecho, es decir que será capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones.

A las personas también se les denomina "singulare personae", certi homines o singuli. En Roma no todos los hombres eran personas ni todas las personas eran hombres. La persona es el hombre considerando su estatus. En sentido jurídico, persona es todo ser titular de derechos y obligaciones; ese ser es el hombre. El derecho ha nacido por y para el hombre (Hermógenes).

3.1.3. Clasificación²⁷

a. Personas Físicas

Es el hombre dotado de capacidad jurídica. Dos son, pues, los requisitos de la personalidad física, a saber: existencia de un individuo humano y la capacidad jurídica del mismo.

a.1. Comienzo de la Existencia²⁸

No se puede hablar de la existencia de un hombre, sino cuando ha nacido vivo, viable y con forma humana:

1) Separación del claustro materno: se produce con el corte del cordón umbilical, hasta tanto, se lo considera un órgano de la

mujer. Ulpiano dice: *"El feto en el claustro materno no es más que un embrión que forma parte de las entrañas de la madre."*

2) Que haya nacido con vida: siendo necesario que se cumpla lo dicho. Pero antes de nacer las personas concebidas pueden adquirir derechos determinados (sucesorios) sujetos a la condición suspensiva de nacer con vida. La prueba del nacimiento se hacía por reconocimiento. Paulo, señala que: *"aún cuando el feto no sea jurídicamente un hombre, sino únicamente una esperanza de hombre, la ley respeta en él la futura humanidad y le reserva los derechos para el caso que en el nacimiento adquiera la capacidad jurídica"*

Dos teorías existieron acerca de las condiciones que debía reunir el recién nacido, para adquirir derechos. Los proculyanos, sostenían que el niño debía llorar al nacer y los sabinianos, afirmaban la tesis contraria, fundando su opinión en que un niño mudo de nacimiento, aunque perfectamente vivo, sería incapaz de adquirir derechos.

Quien nace muerto se lo considera que nunca nació.

3) Que el nacido presente forma humana: por eso se consideraba que los monstruos no serán considerados hijo de la madre.

a.2. La Capacidad de la Persona

a.2.1. Definición

Denominada caput en el derecho romano. Es la aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones. Asimismo, es un atributo de la persona. Puede ser:

a) Capacidad de hecho (capacidad de ejercer un derecho)

²⁷Según las Institutas la división principal que resulta del derecho de las personas se reduce a que todos los hombres son libres o esclavos (Instituciones de Justiniano, Título III, pág. 13)

²⁸Véase el libro Instituciones de Derecho Romano, de Felipe SERAFINI, pág. 129.



b) Capacidad de derecho (ser titular de un derecho)

a.2.2. Clases

a.2.2.1. Capacidad de Hecho: Es el conjunto de condiciones requeridas por la ley para poder obrar en derecho (ejercitar los derechos de que se es titular). Es la posibilidad de ejercer un derecho, capacidad para realizar actos voluntarios. Eran incapaces de hecho: a) Los dementes, b) Los impúberes, c) Los pródigos y d) Las mujeres sui iuris solteras.

a.2.2.2. Capacidad de Derecho: Se refiere al goce de los derechos. Era la posibilidad de ser titular de un derecho sólo si se es persona. Es el conjunto de condiciones requeridas por ley para ser titular de derecho. Status libertatis, civitatis y familiae constituyen el fundamento de la capacidad jurídica, civil y política.

a.2.3. Elementos

El status es la situación o posición jurídica ocupada por un hombre. Se acostumbra dividir tres clases distintas: Status libertatis (de acuerdo con la libertas), status civitas (de acuerdo con la ubicación en la civitas) y Status familiae (de acuerdo con la ubicación en la familiae).

a.2.3.1. Estatus Libertatis: Estado reconocido por el derecho, por el cual se puede disponer libremente de la propia persona y de los propios actos. La máxima división de los hombres (summa divisio hominum) es la que nos dice que los hombres son libres o son esclavos. A su vez los libres son ingenuos o son libertos. Carecían de él los esclavos.

a.2.3.2. Estatus Civitatis: Requería la ciudadanía romana, significa la posición jurídica que ocupa un hombre libre dentro de la civitas. Este status fue de suma

importancia en los primeros siglos de Roma, pues el individuo que carecía de él no tenía acceso a las instituciones del derecho civil romano. De acuerdo a esto se pueden distinguir a los ciudadanos romanos, los latinos y los peregrinos. Carecían de él los esclavos y los extranjeros.

a.2.3.3. Estatus Familiae: Derecho que todo varón tiene dentro de su familia; ejemplo patria potestas, manus maritatis o autoridad del marido. Desde el punto de vista del status familiae se dividen las personas en sui iuris y alieni iuris.

a.2.4. Capitis Deminutio (I; de capitis minutione, I, 16.) (Disminución de la capacidad)

Es la disminución o pérdida de la capacidad jurídica, por ausencia de uno de uno o más status integrantes de la personalidad. Podía clasificarse en:

a.2.4.1. Capitis deminutio máxima: Es la pérdida del status libertatis que trae aparejada la pérdida de los otros dos: el civitatis y el familiae debido a que desde el punto de vista del derecho civil, un esclavo no podía ser ciudadano ni tener una familia.

a.2.4.2. Capitis deminutio media: Es la pérdida de la ciudadanía romana, no obstante, se conserva el status libertatis. Trae aparejada la pérdida del status familiae debido a que los lazos de potestad paterna (patria potestas) o marital (manus) solo pueden existir entre ciudadanos.

a.2.4.3. Capitis deminutio mínima: Es la pérdida del status familiae; el capite deminute conserva su libertad y ciudadanía. No quebranta los lazos de parentesco natural (cognación), pero sí el vínculo civil (agnación).



a.3. Fin de la Persona³⁰

El fin de la existencia de una persona, desde el punto de vista del derecho civil puede producirse por dos causas:

a) Muerte: Cesación de la actividad orgánico-fisiológica de un individuo. Produce la transmisión de un patrimonio de éste a sus herederos. Las leyes romanas establecieron, a fin de facilitar la cuestión hereditaria varias reglas de derecho orientadas a regular dicha transmisión de herencia.

b) Esclavitud: Es la muerte civil del individuo. Importa la pérdida de todos los derechos civiles o políticos que tuviere o que en adelante pueda adquirir.

a.4. Legislación

Constitución Política.- Derechos fundamentales de la persona, art. 1º y 2º etc.

Código Civil.- Libro I. Derechos de las Personas.

b. Persona jurídica o moral

Según Gamarra Pereda la persona es aquella representada por dos o más personas físicas, colectivamente considerada. Otros autores refieren que las personas jurídicas o morales son creaciones ideales, a las que la Ley reconoce capacidad de derecho.

3.2. La Familia Romana

3.2.1. Génesis

La primera idea helena consiste en unir a dos seres que no pueden ser completos uno sin otro, como hombre y mujer para los efectos de la generación. Aristóteles afirma que la familia griega es una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana.

La doble reunión de hombre y mujer y amo y esclavo constituyó la familia. En su libro Las Obras y los Días, Hesiodo dijo: "la primera familia la compusieron la mujer y el buey, dado que el buey hacia las veces de esclavo entre los pobres". En efecto, la asociación que se forma para las necesidades diarias es la familia, compuesta por los homosipyens quienes son los que toman el pan de la misma artesa (Carondas). En Creta se les llama homocapiens que comen en el mismo pesebre (Epiménides).

La primera agrupación de familias, por conveniencia y utilidad común, es la aldea; algunos la llaman homogalactios (criados con la misma leche) a los hijos de la primera familia y a los hijos de los hijos, que forman un poblado o colonia de familias.

3.2.2. Idea general

Desde el punto de vista conceptual tiene varias acepciones: hay la familia cognaticia en contra posición a la familia agnaticia. La cognaticia es la fundada en los vínculos de sangre. De la unión sexual (varón con mujer) nace una mezcla de indole sanguínea, en forma tal que el hijo va a cooperar de la sangre de sus padres; y los hermanos entre sí participan también de la sangre proveniente del tronco común. Así tenemos la consanguinidad en línea recta y en línea colateral. En Roma originariamente interesó la familia agnaticia que es aquella en la cual hay una serie de individuos que seguramente se reclaman de un tronco común, pero que fundamentalmente están subordinados y sujetos a un solo jefe que es la máxima autoridad del pater familias, es lo que constituye la familia agnática, o

³⁰Alfredo Di Pietro, en su obra Derecho Privado Romano señala que la extinción de una persona ocurre con la muerte, la cual es un hecho que debe ser probado por parte de aquel que pretenda gozar de alguna situación jurídica. (por ejemplo ser heredero) del fallecido; pág. 81.



sea la familia civil en la que los lazos de sangre tienen una prevalencia menos destacada que los vínculos puramente civiles, estrictamente agnaticias. Esto es interesante porque con el transcurso del tiempo hay una transformación en esta concepción familiar y llega un momento en que ya no cuentan los lazos agnáticos como los lazos de consanguinidad, y en este desplazamiento de un sentido familiar a otro, determina también la aparición de nuevas instituciones y de nuevas normas jurídicas. También entendieron los romanos por familia, en sentido real, económico, al conjunto de bienes de los cuales puede disponer el pater y llamaron también a la familia el conjunto de esclavos o de ciervos.

3.2.3. Matrimonio

3.2.3.1. Definición

Alfredo Di Pietro⁴⁰, indica que existen dos célebres definiciones de matrimonio en los textos romanos. La primera corresponde a Modestino que considera al matrimonio como la unión del macho y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano (D. 23.2.1).

En la primera parte, la palabra *coniunctio*, que es la que permite hablar *coniux* (cónyuge), aparece vinculada a *iugum*, es decir, el instrumento rústico que es el "yugo", el cual permite a dos animales – bueyes, por ejemplo – estar uncidos a dicho aparato de madera que los liga por el cuello para la labor agrícola.

La palabra *consortium* es muy ilustrativa. Viene de *sors* (suerte), ordinariamente la pequeña tablilla de madera que servía para responder a preguntas presentadas a los oráculos y también para tirar "suertes" en la división de tareas de los magistrados.

La otra definición dice: "Nupcias o matrimonio" es la unión del varón y de la mujer (*vir et mulieris coniunctio*) que contiene la costumbre indivisa de la vida (*Institutus de Justiniano*).

Es una unión monogámica y permanente del varón y de la mujer en orden a la procreación de la especie y a la identificación de los mismos derechos divinos y humanos. Es una comunidad de vida con esa característica: monogámica, que descarta a la poligamia.

El matrimonio supone dos bases fundamentales, una de orden fisiológico y otra de orden legal. La base fisiológica fue la pubertad y la base legal fue el *jus connubium*.

3.2.3.2. Formas del Matrimonio

La primera forma del matrimonio llamada *confareatio* viene de *farria* que quiere decir pan de trigo. Un matrimonio que tenía carácter eminentemente religioso, realizado ante el sumo pontifice y testigos. Se daba el ofrecimiento del pan de trigo a la divinidad. Era el matrimonio de los patricios, en que la mujer está personal y patrimonialmente sometida a la autoridad del marido.

La segunda forma del matrimonio denominado *coemptio* viene del verbo *emere* que significa comprar. Era el matrimonio por compra, practicado por todos aquellos que no recurriesen al matrimonio sagrado o al religioso. Más tarde fue esta una compra simbólica que la mujer hacía de sí misma o que hacía el padre de la mujer.

La tercera forma del matrimonio denominado por uso comenzó saliendo de un rapto. El rapto de las sabinas pudo ser una especie de símbolo expresivo de cómo el acto del matrimonio arranca de otro acto de violencia o de fuerza que se

⁴⁰Véase su obra *Derecho Privado*, pág. 311.



traduce en la posesión. Sin duda éste era un raptó simbólico. Este es un matrimonio desprovisto de las formas solemnes de la *confareatio* y la *coemptio*. Este matrimonio por uso, no generaba el poder "in manu". Era ventajoso para la mujer que no quedaba sometida a la potestad marital ni en su persona ni en sus propiedades.

3.2.3.3. Legislación

Constitución Política.- De los derechos sociales y económicos. Art. 4º, 5º y 6º
Código Civil.- Libro III. Derecho de Familia. Art. 233 y ss. Sociedad Conyugal: Art. 239 y ss.

3.2. Iure Rerum

Los derechos patrimoniales son los referentes a los bienes exteriores de la naturaleza, o sea al patrimonio de una persona. Los derechos reales tienen por objeto inmediato una cosa, directamente sometida a nuestro poder, y se definen como un poder jurídico inmediato sobre una cosa corporae. La noción del derecho real presenta dos elementos: una persona a quien compete el derecho, y la cosa corporal que constituye el objeto del mismo; y de este modo el derecho real se presenta siempre como una relación inmediata entre persona y cosa.

4. INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO

4.1. Instituciones Políticas

4.1.1. El senado

La implantación de la república en Roma equivale al triunfo de un régimen senatorial. El Senado es, por tanto, el

organismo de mayor influencia en el Estado en los primeros siglos de la Ciudad Eterna. Se sabe poco a poco de las atribuciones del Senado en tiempos de la monarquía. En cambio, bajo la República, es el órgano más conspicuo de gobierno: en todo se comprueba su intervención. Roma es, como Esparta, una gerontocracia. Así, pues, en sus primeros tiempos predomina el gobierno de los ancianos reunidos en asamblea. La palabra latina *senatus* significa lo mismo que *gerusia* griega: asamblea de viejos.

El Senado era una asamblea de carácter puramente consultivo integrado por ancianos, esto es, los ciudadanos de mayor experiencia y responsabilidad, pero de enorme ascendencia moral en la vida del Estado. Según BONFANTE⁴¹ lo más probable es que el senado estuviera integrado por los jefes de cada una de las gentes. Cuando la ciudad creció y se admitieron nuevas gentes, lógicamente aumentó también el número de senadores. Se reunía en un local llamado Curia bajo la presidencia del más antiguo a quien se daba el título del Príncipe del Senado. Sentados en sillas de marfil llamadas *curules*, deliberaban para formular proyectos de ley, declarar la guerra, firmar la paz, reglamentar la religión, señalar impuestos, crear rentas públicas, administrar las provincias conquistadas, honrar y recompensar a los grandes generales victoriosos en las expediciones de conquista.

4.1.2. El consulado

El sistema republicano constituyó una acertada e importante innovación que se dio Roma en un momento dado de su historia y fue muy elogiado por el

⁴¹Citado por BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA, *Historia del Derecho Romano y de los Neorromanos*, 6ta ed.; Editorial Porrúa S.A.; México; 1995; p. 74

⁴²BERNAL Y LEDESMA, *Op.cit.* P. 75



constitucionalista de origen griego, POLIBIO DE MEGALOPOLIS.⁴²

Después de la expulsión del último de los reyes etruscos, la República consular reemplazó la antigua monarquía, y la más alta magistratura, así que el poder, fue confiado a dos cónsules elegidos anualmente entre los patricios.

Era un verdadero poder ejecutivo colegiado mediante el cual se trata de evitar la posibilidad de la tiranía y el despotismo, peligro que siempre entraña el predominio de la voluntad de uno solo en el poder.⁴³

Los dos magistrados que lo desempeñaban ocupaban el primer lugar como jefes del Estado, cuyo gobierno soberano ejercían como depositarios de la voluntad del pueblo. Sólo ellos mandaban el ejército, convocaban al Senado y a la Asamblea Popular, proponían a esta para su aprobación los proyectos de ley formulados por el Senado, administraban justicia, celebraban ceremonias solemnes de culto público y gozaban de los honores de una escolta formada por doce hombres llamados lictores.

Las causas del establecimiento de este régimen de gobierno se encuentran dentro del plano de lo conjetural. Por ejemplo, muchos autores consideran que se trató de una rebelión de los plebeyos contra los patricios.

Así, mientras que el rey, además de sus cargos políticos y militares, fungía como supremo sacerdote, los cónsules no tuvieron competencia dentro del ámbito religioso. Mientras que el rey era vitalicio, los cónsules eran designados por un año de gobierno y en número de dos. La temporalidad debió constituir un freno

para los cónsules que estarían concientes de que pasado su año de gobierno debían reincorporarse a la vida privada y rendir cuentas de su labor.

De modo que los cónsules fueron dos desde un principio y siempre patricios durante todo el siglo V, hasta que como veremos, en 367 a.C., esta magistratura es conquistada por los plebeyos. Eran elegidos por la asamblea centuriata, permanecían un año en su cargo y si morían antes del plazo o abdicaban, se convocaban los comicios para elegir un cónsul sufecto, que permanecía en su cargo hasta fin de año.

Mucho elogió CATÓN a los cónsules llamándolos "autoridad suprema", y esto es lo que fueron en los "buenos tiempos"; sin embargo poco a poco perdían iban a perder poco a poco esta autoridad.

4.1.3. La censura⁴⁴

La censura fue encomendada, por cinco años a dos magistrados cuyas funciones consistían en determinar el número de personas que pertenecían a la comunidad; establecer el valor de la fortuna de cada ciudadano para redactar, de acuerdo con ella, los registros de las clases sociales y de las centurias, controlaban el total de su fortuna, llevaban registro del número de sus hijos; rematar, en público subasta, la recaudación de los tributos; administrar las rentas del Estado, e invertir las que fueren necesarias en la construcción de edificios públicos, puentes, vías, acueductos, etc; Podían transferir a los ciudadanos de una clase a otra en premio o castigo, e incluso privarles de su derecho a voto⁴⁵. Iban unidos a esta magistratura atributos de tipo moral, como calificar la

⁴²NARVÁEZ, Rafael. *Historia de la Cultura*, página 203.

⁴³La censura era el punto de equilibrio entre los intereses del patriciado y los intereses del plebeyado.

⁴⁴PERICOT GARCÍA, Luis y BALLESTER ESCALAS, Rafael. *Historia de Roma*; Segunda Edición. Editorial Montaner y Simón S.A. 1973. Barcelona. página 58.



conducta de todos los ciudadanos sancionándolos con la degradación de su clase y privación consiguiente de los derechos; la censura pues de su conducta a los que no cumplían con sus deberes; en fin: velaban por el honor de las mujeres, la educación de los niños y el trato dado a los esclavos.⁴⁶

4.1.4. La pretura

Era el cargo del juez. El pretor administraba justicia única y exclusivamente a los ciudadanos romanos considerados como las únicas personas que gozaban del amparo y protección de las leyes del Estado, razón por la cual los ciudadanos romanos eran llamados "sui iuris", "sujetos de derecho". Pero como quiera que los plebeyos o extranjeros también eran hombres y no podían permanecer al margen de la necesidad de administrarles justicia, se procedió a nombrar un segundo pretor. Al primero, que hacía justicia sólo para los ciudadanos romano o sui iuris, se le llamó Pretor urbano. Al segundo, que debía entender únicamente de los pleitos entre plebeyos y extranjeros, a quienes llamó "alieni iuris", es decir, "ajenos al derecho", se le designó con el nombre de Pretor peregrino.

4.1.5. La cuestura

Era el cargo de los magistrados que con el nombre de cuestores, tenían por atribuciones: custodiar el erario o tesoro público de Roma y pagar de él todos los gastos que demandaron los servidores y necesidades civiles y militares del Estado; aunque en sus orígenes los cuestores sólo eran secretarios de los cónsules y nombrados por ellos,⁴⁷ encargados de preparar los extremos referentes a las acusaciones públicas.

4.1.6. La edilidad

La edilidad, función exclusivamente plebeya en un principio, se desdobra en una magistratura común curul del mismo nombre.

Las funciones principales de los ediles consistían en la vigilancia de las obras públicas, la restauración, ornato y limpieza de los templos, casas, calles y jardines de la ciudad; los espectáculos públicos, el suministro de viveres, la reglamentación de los mercados, vías, tabernas, prostibulos, ejercer la vigilancia ciudadana, de los mercados, la distribución de trigo, cuidar de la conservación de calles y monumentos públicos, organizar servicios contra los incendios, etc.

4.1.7. El tribunado

Parece como que los romanos hubiesen estado dotados de algo que se nos ocurre llamar instinto político. Esta cualidad les permitió resolver, en su hora, el difícil problema de la desigualdad de las clases, haciéndose oportunamente mutuas concesiones, pues, si el plebeyo siempre supo escoger los momentos más propicios para exigir, el patricio siempre supo transigir honorablemente, tratando de conservar sólo nominalmente la integridad originaria de sus derechos y privilegios. Tal la sensibilidad típica del romano de la que hoy carecen por igual los ricos y los pobres.⁴⁸

Uno de los convenios realizados fue que de ahí en adelante serían elegidos dos magistrados que, con el título de "tribuno" tendrían la función específica de defender al pueblo de todos los abusos que contra ellos pudieran cometer los cónsules y senadores.

⁴⁶NARVÁEZ; Op. Cit., p. 204.

⁴⁷PERICOT GARCÍA, Luis y BALLESTER ESCALAS, Rafael. Op. Cit., p. 58.

⁴⁸NARVÁEZ; Op. Cit., p. 206



NARVÁEZ resume sus atribuciones en los siguientes puntos: 1. Inviolabilidad Personal: la persona del tribuno era sagrada, pues nadie podía faltarle, de hecho ni de palabra, bajo pena de muerte. 2. Derecho de protección: los tribunos podían defender eficazmente a los plebeyos que fuesen amenazados o perseguidos, siempre que los vieses u oyese. 3. Derecho de Asilo: su casa (del tribuno) gozaba del singular privilegio de ser reconocida como refugio inviolable donde los plebeyos podían acogerse en cualquier momento en que su vida o su libertad estuviesen en peligro inminente. 4. Derecho de veto: "me opongo", tenían poder para anular cualquier decisión del Senado o de los cónsules, si fuese contraria a los intereses y al bienestar del pueblo que representaba.

4.1.8. La dictadura

La flexibilidad constitucional romana llegó a su cima con la institución de la dictadura, magistratura legal que excluía de momento todas las garantías constitucionales, pero que se consideraba a sí misma subordinada a la Constitución. En los momentos de peligro exterior o interior, las ciudades mediterráneas habían atravesado etapas de tiranía, de una total ruptura de leyes y restricciones de poder. De entre todas ellas, sólo Roma había previsto que, en ciertos momentos, el poder absoluto es necesario y encontró un expediente para legalizarlo, dentro de determinados límites de tiempo.

5. Instituciones Jurídicas

5.1. Las leyes: La ley de las XII tablas

La ley de las XII tablas reglamentó a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la

fuente propia de su derecho. Es la ley, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de *legitimum*. Además, las leyes posteriores no han hecho frecuentemente más que desenvolver el derecho de las XII tablas, y jamás, hasta Justiniano, ninguna de sus disposiciones ha sido objeto de una revocación expresa. Los antiguos autores alabaron con una admiración un poco exagerada su concisión y su sencillez. Mas es necesario reconocer que ciertas reglas tienen huellas de un rigor excesivo, y el mismo CÍCERÓN se considera obligado a moderar el elogio, reconociendo que las dos últimas tablas contenían leyes inicuas. Por grandes que fuesen las imperfecciones de la ley de las XII tablas realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo, había una ley pública, aplicable a todos, y, si es cierto que una nación está constituida cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos puede decirse que la ley de las XII tablas muestra realmente la fundación de la ciudad romana.

5.2. Los plebiscitos

Decisiones tomadas por la plebe en los concilia plebis sobre la proposición de un tribuno, y que se aplicaban desde luego a ella sola. Pero a partir de la ley Hortensia, en 468, regían lo mismo para los patricios que para los plebeyos. Desde entonces son verdaderas leyes, y los textos les dan en general esta calificación.⁶⁶

5.3. Interpretación de pontífices y jurisconsultos

La ley de las XII tablas era conocida de todos. Mas sus disposiciones, muchas veces eran demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester por otra parte, fijar las formas de

⁶⁶PETIT, Eugene; Derecho Romano; páginas 31- 32.



los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las XII tablas no había determinado más que líneas generales y casos de aplicación. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada *interpretatio*, fue, desde luego, la obra exclusiva del colegio de los pontífices. Estos estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el *jus sacrum*.³⁰

5.4. La costumbre

A lado del derecho promulgado se desarrolla el derecho no escrito. Este toma su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo, que puede hacer la ley, no solamente manifestando en las asambleas su voluntad expresa, sino también, más seguramente acaso, consagrando por un largo uso una institución o una regla de derecho³¹.

5.5. Edicto de los magistrados

Todos los magistrados, cónsules, censores, tribunos, tenían la costumbre de publicar declaraciones o disposiciones que tenían conexión con el ejercicio de sus funciones, llamados *edicta*. Entre estos edictos, los únicos que hay que tener en cuenta en el estudio son aquellas que emanan de los magistrados encargados de la jurisdicción civil. En Roma, el más importante es el edicto del pretor. (continuará)

CONCLUSIONES

De todas las ideas expuestas anteriormente, se infiere lo siguiente:

1. Los principios del *ius*, *iustitia*, *aequitas*, *iurispraecepta* y *iurisprudencia*, así como las fuentes *iurisgénicas* y fuentes de

expresión; y, las instituciones del *Ius personae*, *ius familiae* del derecho romano, constituyen un gran aporte a la doctrina y legislación del derecho peruano.

2. Los principios del *Ius*, *iustitia*, *aequitas*, *iurispraecepta* y *iurisprudencia*, así como las fuentes *iurisgénica* y fuentes de expresión; y, las instituciones del *ius personae*, *ius familiae*, influyen y se relacionan con sus similares en la doctrina y legislación del derecho peruano.
3. El conocimiento y alcance de los principios, fuentes e instituciones, que constituyen aportes fundamentales del derecho romano, resultan necesarios para entender el sentido de nuestra legislación, administración judicial y la institucionalidad jurídica y política peruana actual.
4. Las instituciones de derecho privado, tales como la persona, familia y cosas constituyen un aporte fundamental para la construcción de un nuevo derecho civil con menos brechas sociales y económicas que redunde en una mejora de la calidad de vida de la sociedad peruana.
5. Las instituciones de derecho público tales como el senado, consulado, censura, pretura, cuestura, edilidad, tribunado, etc. representan igualmente otro aporte fundamental y resultan útiles para proponer algunas mejoras en el desenvolvimiento de la vida institucional y democrática de nuestro país.
6. El senado en la República era una institución de carácter puramente consultivo, pero de enorme trascendencia moral en la vida del Estado; en cambio, el consulado era un verdadero poder ejecutivo colegiado, constituido por dos magistrados que actuaban como jefes de Estado, por un año. La censura se encomendó también a dos magistrados

³⁰CICERÓN; De legib, II, 19

³¹JULIANO; L. 32; 1 D



para determinar el número de personas habitantes de Roma, el valor de su fortuna, etc.; y la pretura en la que se administraba justicia al amparo de la protección y las leyes.

La cuestura era desempeñada para custodiar el erario o tesoro público de Roma y la Edilidad era desempeñada por dos funcionarios para la vigilancia de las obras públicas, la restauración, ornato y limpieza de templos, etc. En cambio, el Tribunado era ejercido por dos magistrados cuya función era defender al pueblo y gozaba de prerrogativas como la inviolabilidad personal, asilo, veto, etc. Y la dictadura, que fue creada para restablecer la autoridad soberana en el caso de un grave peligro para la República.

PROPUESTA

Los operadores y actores políticos deben conocer, entender y aplicar en lo pertinente, los principios, fuentes e instituciones del derecho romano. Es imperativo que funcionarios de alto nivel del Estado diseñen políticas públicas en sus respectivos sectores gubernamentales, orientados a solucionar la crisis institucional que afecta al país. No se necesita dar datos sobre las condiciones de injusticia que viven los peruanos, de las que son responsables los grupos sociales dominantes.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

- ALZAMORA SILVA Lizardo. Derecho Romano. Facultad de Derecho de la UNMSM. 1948. Lima. 520 págs.
- BASADRE, Jorge. Los Fundamentos de la Historia del Derecho. Segunda Edición. Ediciones Gráficas Edigraf. S.A. (s/f) Lima - Perú. 413 Págs.
- FLORES GALINDO, Alberto. Utopía, Mesianismo e Historia. Entrevista publicada en el libro Las Ideas y los Hombres de Raúl Chanamé Orbe.
- GAMARRA PEREDA, Manuel. Derecho Romano. Primer curso. Talleres Imprenta de la Universidad de Trujillo, Perú. (s.a.); 223 páginas.
- HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. Derecho Romano. Gráfica Horizonte S.A. 1999.

Lima - Perú. 336 Págs.

NARVAEZ CADENILLAS, Rafael. Historia de la Cultura Clásica. Tercera Edición. Talleres de Imprenta de la Universidad Nacional de Trujillo, 1969. Trujillo - Perú. 353 Págs.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. Prontuario de Derecho Romano. Segunda Edición. Cultural Cuzco S.A. Editores. 1992. Lima. 275 Págs.

TELLO JOHNSON, Jacinto. Instituciones de Derecho Romano I. Editorial Papelera Mercantil S.A. 1996. Perú. 247 Págs. (CONTINÚA)

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano (Historia e Instituciones). Segunda Edición, Editorial ASTREA. 1981. Buenos Aires, Argentina. 562 Págs.

BERNAL Beatriz y LEDESMA, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorrománistas (De los orígenes de la alta edad media). Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A. 1995. México. 440 Págs.

CABANELLAS, Guillermo. Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Cuarta Edición Ampliada. Editorial Heliasia S.R.L.; 1992. Buenos Aires Argentina. 386 páginas

DIAZ Eusebio. Instituciones de Derecho Romano. Tercera Edición. Librería Bosch. 1924. Barcelona - España. 442 Págs.

DI PIETRO, Alfredo. Manual de Derecho Romano. Cuarta Edición. Ediciones Desahua. 1985. Buenos Aires. 486 Págs.

GARCIA DEL CORRAL, D. Idelfonso L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I y III (Digesto). Editorial Lex Nova S.A. 1897. Barcelona. 968 Págs.

ODERIGO, Mario N. Sinopsis de Derecho Romano. Segunda Edición. Ediciones Depalma. 1964. Buenos Aires. 555 Págs.

SERAFINI Felipe. Instituciones de Derecho Romano I. Traducción de Juna de Dios Trias. Novena Edición. Hijos de J. Espasa Editores. 1915. Barcelona. 527 págs.

PERICOT GARCÍA, Luis; y BALLESTER ESCALAS, Rafael. Historia de Roma; Segunda Edición. Editorial Montaner y Simón S.A. 1973. Barcelona.

PETIT, Eugène. Tratado Elemental del Derecho Romano. Traducción de José Fernández González. Editora Nacional. México 1976 D. F. 717 Págs.

VALBUENA REFORMADO, Diccionario Latino-Español. Librería de Rosa Bouret y Cia. 1851. Paris. 945 páginas.

VOGEL, Carlos Alfredo. Historia del Derecho Romano, quinta Edición (reimpresión) Editorial Perrot. 1993. Buenos Aires. 378 Págs.



Dras. Sonia Luz Carrillo y Carmen Meza en Sala Capitular de Santo Domingo, Aniversario de la UNMSM - 2009