



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Maestría en Docencia Universitaria

**“Propuesta de un texto de enseñanza en la materia
de Derecho Romano sustentado en la Teoría de la
Mediación Pedagógica para los estudiantes de Derecho
de la Universidad del Azuay”**

**Tesis previa a la obtención del Título de
Magíster en Docencia Universitaria**

Alumno: Jorge Morales A.
Director: Dr. Carlos Pérez Agusti.

Cuenca – Ecuador
2010

AGRADECIMIENTO

Dr. Carlos Pérez A.:

Su dirección me ha servido para preparar este texto como instrumento para encaminar a mis alumnos hacia la construcción de sí mismos.

Mst. Ramiro Laso B.:

Gracias por sus sugerencias. Admiro su benignidad y sabiduría.

INDICE DE CONTENIDOS

Agradecimiento	i
Indice de contenidos	ii
Resumen	vii
Abstract	viii
 Presentación General	 2
 Objetivos	 6
 UNIDAD No. 1	 15
Estrategia de inicio (Una experiencia personal)	17
Estrategia de desarrollo	19
Algunas preguntas	19
Mediación Pedagógica desde la literatura: El teatro griego como herramienta para comprender el sentido jurídico de “persona”	20
Ubicación temática	23
Concepto histórico y semántico de persona	23
Concepto jurídico de persona	24
Práctica de aprendizaje: Construcción del sentido de la expresión “persona”; práctica de significación: “de los términos a los conceptos.....	28
Práctica de aprendizaje desde una guía de estudio	29
Estrategia de cierre: en torno a la “dignidad de la palabra”	44
Evaluación y validación del módulo	45
Bibliografía	46
 UNIDAD No. 2	 47
Estrategia de inicio	49

Estrategia de desarrollo.....	51
El aprendizaje de esta unidad a través del puente conceptual del “educar para convivir”	51
Práctica de aprendizaje de “interacción”	52
La filosofía de Aristóteles como sustento del tema jurídico de la capacidad de la persona	53
Ubicación temática	57
Las personas alieni iuris y sui iuris	57
La capacidad jurídica y la capacidad de obrar	58
Práctica de aprendizaje “de aplicación” bajo la óptica del educar para apropiarse de la historia y de la cultura	60
Estrategia de cierre	61
Evaluación y validación del módulo con relación al saber y bajo la óptica del educar para convivir	63
Bibliografía	64

UNIDAD No. 365

Estrategia de inicio (un reportaje de prensa).....	67
Estrategia de desarrollo	69
Práctica de aprendizaje en prospección desde el educar para la incertidumbre.....	71
La historia, herramienta para explicar la doctrina jurídica de la familia.	72
Ubicación temática	74
Evolución jurídica de la familia romana	74
La patria potestad	76
El matrimonio o iusta nuptia	77
Guía de estudio	80
Estrategia de cierre (por síntesis)	95
Evaluación y validación del módulo en relación con el saber hacer y dentro de un ejercicio de prospección	96
Bibliografía	97

UNIDAD No. 4	98
Estrategia de inicio (el drama de un divorcio)	100
Estrategia de desarrollo	101
Práctica de aprendizaje a través de la observación acentuando en el “educar para la significación”	102
Una breve biografía romana. Augusto de Roma.....	104
Ubicación temática	105
El divorcio en la legislación romana	105
Práctica de aprendizaje para ejercitarse en la interacción.....	107
Estrategia de cierre (por síntesis)	108
Evaluación y validación del módulo en relación al saber ser en las relaciones y bajo el criterio de “claridad – comprensión”	109
Bibliografía	111

UNIDAD No. 5	112
Estrategia de inicio	114
Estrategia de desarrollo	116
Práctica de aprendizaje de significación desde el punto de mira de variaciones textuales	118
El Derecho de Propiedad en las teorías de Platón y Aristóteles	120
Ubicación temática	122
Las cosas, su clasificación	122
La posesión	124
La propiedad o dominio	126
La prescripción o usucapio	129
Guía de estudio	131
Práctica de aprendizaje de significación desde el enfoque de los términos a los conceptos.....	144
Estrategia de cierre (La carta del indio”	145
Evaluación y validación del módulo en relación al saber ser	147
Bibliografía	149

UNIDAD No. 6	150
Estrategia de inicio	152
Estrategia de desarrollo	156
Ubicación temática	157
Las vías sucesorias	157
La sucesión abintestado.....	159
El testamento	162
El heredero y el legatario	164
Los derechos que concurren en la sucesión	166
La separación de bienes y el beneficio de inventario	167
Guía de estudio	168
Práctica de aprendizaje de interacción	174
Estrategia de cierre (Por cuadros sinópticos)	176
Evaluación y validación del módulo en relación como “el saber ser en las relaciones”	177
Bibliografía	179

UNIDAD No. 7	180
Estrategia de inicio	182
Estrategia de desarrollo	184
Práctica de aprendizaje de significación	185
Mediación pedagógica desde el ámbito de la etimología y de la etiología penal de las obligaciones	187
Práctica de aprendizaje de reflexión sobre el contexto	189
Ubicación temática	190
Las clases de obligaciones	190
Las fuentes de las obligaciones	191
Estrategia de cierre	195
Evaluación y validación del módulo en relación al saber	197

Conclusiones.....	199
--------------------------	------------

Epílogo	205
----------------------	------------

Para finalizar207

Bibliografía General209

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo de graduación es presentar una propuesta de un texto de enseñanza sustentado en la mediación pedagógica para los alumnos de Derecho de la Universidad del Azuay. Valiéndome de la corriente teórica de la mediación pedagógica propongo la enseñanza de las principales figuras e instituciones jurídicas del Derecho Romano, por ejemplo: la teoría general de la persona; la teoría del Derecho de Propiedad o Dominio; la teoría de la sucesión; la teoría de las obligaciones. El método que empleo es el de estudiar cada tema jurídico valiéndome de mediaciones pedagógicas relacionadas con el mismo.



ABSTRACT

The objective of the present graduation work is to present an offer of an education text sustained in the pedagogic mediation for the Law Students of the “Universidad del Azuay”. Using the theoretical current of the pedagogical mediation I propose the education of the principal figures and juridical institutions of the Roman Law, for example: the general theory of the person; the theory of the Property or Domain Law; the theory of the successions; the theory of the obligations. The method that I employ is studying every juridical topic using pedagogic mediations related with the same one.

Edificando la universidad genuína; es decir:



La universidad inmateral, la que tiene significado de:

INSTANCLA Y MEDLACIÓN DE APRENDIZAJE

PRESENTACION GENERAL

En uno de los programas de televisión transmitidos por el canal “National Geographic”, se proyectó un documental acerca de una señora que, sin estar preparada en métodos de investigación, se dedicó a estudiar un problema: La adaptación a su medio natural de chimpancés jóvenes y adultos que habían terminado su vida útil en los circos.

Se trasladó a uno de los parques naturales de Zambia-Africa; se preocupó por aprender el lenguaje simbólico de los simios y solamente penetrada de una fe invencible y del amor por los animales, logró ir resolviendo el problema de la adaptación de esos animales. Las soluciones a las que ella llegó fueron después aprovechadas en otros parques naturales del Africa.

Esta mediación ha aliviado mis serias preocupaciones por la investigación. No he tenido experiencia en esta materia, pues lo que he podido hacer hasta hoy, es algo muy superficial en tareas investigativas, como redactar textos de algunas de mis materias para los estudiantes; textos que son sistematizaciones bibliográficas.

Reconozco que en los textos que yo he elaborado, no hay un aporte personal de conocimientos. Mis textos no han estado orientados para constituirse en ayuda o acompañamiento del aprendizaje de mis alumnos, aprendizaje conceptuado como autoconstrucción de conocimiento.

Lo que arriba expreso está en el marco del pensamiento de Carlos Rojas y Joaquín Moreno (en su texto guía titulado “La investigación en la Universidad), quienes dicen que: “lo que sucede en clase es la auténtica caja negra de la educación”.

Lo que acabo de decir es una suerte de idea fuerza, porque me facilita el camino para interrogarme sobre algo que esta sucediendo en mis clases con mis

estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad del Azuay (UDA), en mi asignatura de “Derecho Romano”.

La materia de Derecho Romano es básica para comprender los temas (instituciones jurídicas) del Derecho Civil y de otras ramas del Derecho, que se aprenden desde el primero hasta el último curso de la carrera de Derecho. Sucede que mis alumnos olvidan lo enseñado en mi materia de Legislación Romana; y, entonces, ellos no tienen el dominio necesario de las instituciones jurídicas, que las aprenden en cursos superiores y que es fundamental para su formación integral.



Una pregunta
esperanzadora

Esta idea me conduce a formular algunas preguntas, cuyas repuestas las iré perfilando a lo largo del desarrollo de mi tesis: ¿Es necesario elaborar un texto de enseñanza del Derecho Romano, mediado pedagógicamente, que permita a los estudiantes apropiarse y construir conocimientos sobre las instituciones jurídicas básicas para su formación?; ¿será necesario un texto que, además, permita una buena evaluación?.

A lo largo de la presente tesis, voy a interrogar esta realidad, para que la misma me responda si es cierto que los estudiantes tienen dificultades en el dominio y aprendizaje de temas jurídicos importantes, debido a las debilidades en la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano y si es necesaria la preparación de un texto de enseñanza, para solucionar esta debilidad del quehacer académico de mi Facultad.

Vuelvo, entonces, a la mediación a la que recurrí para justificar o ubicar el problema de mi tesis: así como la caja negra de un avión, te refleja las situaciones, conflictos y problemas de un avión y de sus pilotos, de igual forma, lo que sucede en una clase (por ejemplo en mis clases de Derecho Romano), es la caja negra de la educación: allí queda reflejada la relación alumno-profesor, quedan latiendo debilidades y fortalezas del proceso de aprendizaje, en mis clases de la asignatura ya mencionada.

Los posibles motivos para que se dé el problema de una eventual falta de sólidas bases en la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano, que permitirían una formación jurídica civil integral de los estudiantes tenemos: el empleo de medidas no confiables de evaluación; la falta de evaluación entre los contenidos de las diversas asignaturas articuladas con la materia de Derecho Romano; la utilización de formas tradicionales de elaboración de textos de estudio; la utilización del método de la respuesta y no de la interrogación.

Por eso es que la empresa que voy a emprender será UNA PROPUESTA DE TEXTO DE ENSEÑANZA EN LA MATERIA DE DERECHO ROMANO, SUSTENTADO EN LA TEORIA DE LA MEDIACION PEDAGOGICA PARA LOS ESTUDIANTES DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY.

Revisando los textos paralelos que escribí durante mi especialización y maestría en Docencia Universitaria, encuentro pensamientos frente a la verdad contenida en el texto guía de Daniel Prieto Castillo: “El problema no es si los estudiantes se enfrentan ante alguien que domina el contenido, el problema es cuánto y cómo aprenden los estudiantes”.

Daniel Prieto Castillo define a la mediación como la promoción y acompañamiento del aprendizaje.

José Ortega y Gasset en su libro, “Espíritu de la Letra”, dice que cuando se lee un libro ajeno hay que “proponerse revivir, remover y prolongar los temas sustantivos tratados o sugeridos; frente a un libro ajeno (yo digo por ejemplo el texto guía de Daniel Prieto), hay que dar rienda suelta a las repercusiones y resonancias de lo leído de tal forma que se desprendan las mejores reverberaciones”.

Guiado por este consejo trataré de elaborar mis pensamientos en torno al aprendizaje y a la mediación pedagógica en el marco de la elaboración de mi tesis. En mi asignatura de Derecho Romano, en la Universidad del Azuay, no se estudian las leyes romanas sino sus principales instituciones jurídicas, como por ejemplo: El matrimonio, la capacidad, la filiación, la sucesión por causa de muerte, el dominio o propiedad, etc..

Dentro de este marco, refiriéndose a la teoría de la mediación definida como la promoción y el acompañamiento del aprendizaje, la expresión promover podría ser tomada en el sentido de inculcar e inspirar en el estudiante la necesidad y urgencia de fabricar sus propias construcciones jurídicas, es decir, de elaborar sus propias hipótesis, tesis y proposiciones jurídicas.

Decía que Daniel Prieto señala que, el aprendizaje consiste en apropiarse del mundo. Procurando descubrir las repercusiones de este concepto, pienso que el apropiarse del mundo (como objetivo del aprendizaje) dentro del área que ejerzo la docencia, podría significar que al estudiante de Derecho con mi auxilio o acompañamiento se le debe ilustrar, iniciar o facultar (que sería el sentido de la expresión promover) para que ejercite un verdadero dominio sobre el universo jurídico.

OBJETIVOS

Mi investigación pretende obtener como objetivo general: Elaborar un texto de enseñanza mediado pedagógicamente en la materia de Derecho Romano para la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UDA. Además tendré como objetivos específicos:

1. Mi texto de enseñanza en la materia de Derecho Romano, será elaborado a través del presente trabajo, valiéndome de la mediación pedagógica según las orientaciones de la Especialización en Docencia Universitaria: como por ejemplo: conocimientos previos, desarrollo de contenidos, estrategias de aprendizaje, sistema de evaluación, estructura del texto, configurado de acuerdo al mapa de prácticas, saberes, instancias de aprendizaje, actividades, tiempos, bibliografía total y por unidad, con precisiones desde otros elementos o ámbitos de la cultura: historia, cine, arte, literatura, etc.. Importa mucho el contexto.
2. Selección de textos y antología. Con sugerencias de lectura.
3. Diseño de todas las unidades del contenido del texto.
4. Precisión en la ortografía y redacción.



LAS UNIDADES DE MI TESIS SON LAS SIGUIENTES:

UNIDAD No. 1

DERECHO ROMANO: DE LAS PERSONAS

(Énfasis en el educar para la expresión)

❖ **Estrategia de inicio** (Una experiencia personal)

❖ **Estrategia de desarrollo:**

- Algunas preguntas
- Mediación Pedagógica desde la literatura: el teatro griego como herramienta para comprender el sentido jurídico de “persona”
- Ubicación temática:
 - o Concepto histórico y semántico de persona.
 - o Concepto jurídico de persona.
 - o Práctica de aprendizaje: Construcción del sentido de la expresión “persona”; práctica de significación: “de los términos a los conceptos”.
 - o Práctica de aprendizaje desde una guía de estudio.

❖ **Estrategia de cierre: en torno a la “dignidad de la palabra”**

❖ **Evaluación y validación del módulo** (criterio de capacidad narrativa-belleza)

❖ **Bibliografía**

UNIDAD 2
DERECHO ROMANO: LA CAPACIDAD JURIDICA Y LA
CAPACIDAD DE OBRAR

(Énfasis en el “educar para convivir”)

❖ **Estrategia de inicio** (Un contrato celebrado en el año 1990)

❖ **Estrategia de desarrollo:**

- El aprendizaje de este módulo a través del puente conceptual del “educar para convivir”.
- Práctica de aprendizaje de “interacción” (acento en la “educación para convivir”)
- La filosofía de Aristóteles como sustento del tema jurídico de la capacidad de la persona.
- Ubicación temática:
 - o Las personas alieni iuris y sui iuris.
 - o La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.
 - o Práctica de aprendizaje “de aplicación” bajo la óptica del “educar para apropiarse de la historia y de la cultura”

❖ **Estrategia de cierre** (la historia, la cultura y la palabra)

❖ **Evaluación y validación del módulo con relación al “saber” y bajo la óptica del “educar para convivir”**

❖ **Bibliografía**

UNIDAD 3
DERECHO ROMANO: LA FAMILIA
(Énfasis en el “educar para la incertidumbre”)

❖ **Estrategia de inicio** (Un reportaje de prensa)

❖ **Estrategia de desarrollo** (acento en el educar para la incertidumbre)

- Práctica de “aprendizaje en prospección” desde el “educar para la incertidumbre”.
- Mediación pedagógica desde el ámbito de la historia para explicar la doctrina jurídica de la familia.
- Ubicación temática:
 - o Evolución jurídica de la familia romana.
 - o La patria potestad.
 - o El matrimonio o iusta nuptia.
 - o Guía de estudio.

❖ **Estrategia de cierre** (por síntesis)

❖ **Evaluación y validación del módulo en relación con el “saber hacer” y dentro de un ejercicio de prospección**

❖ **Bibliografía**

UNIDAD 4
DERECHO ROMANO DE FAMILIA: EL DIVORCIO
(Énfasis en el “educar para la significación”)

❖ **Estrategia de inicio** (El drama de un divorcio)

❖ **Estrategia de desarrollo** (acento en el educar para la significación)

- Práctica de aprendizaje a través de la **observación** acentuando en el “educar para la significación” entendida como “dar sentido e impregnar de sentido a lo que se hace o se hará en la futura profesión”.
- Una breve biografía romana. Augusto de Roma
- Ubicación temática:
 - o El divorcio en la legislación romana.
 - o Práctica de aprendizaje: Para ejercitarse en la interacción

❖ **Estrategia de cierre** (por síntesis)

❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber ser en las relaciones” y bajo el criterio de “claridad – comprensión”**

❖ **Bibliografía**

UNIDAD 5

DERECHO ROMANO: DE LOS DERECHOS REALES

(Énfasis en el “educar para la incertidumbre”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Un recorte de prensa; el **sumak kawsay**)

- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del educar para la incertidumbre)
 - Práctica de aprendizaje de significación desde el punto de mira de **variaciones textuales** (acento en el educar para la incertidumbre).
 - El Derecho de Propiedad en las teorías de Platón y Aristóteles.
 - Ubicación temática:
 - o Las cosas, su clasificación
 - o La posesión
 - o La propiedad de dominio
 - o La prescripción o usucapio
 - o Guía de estudio
 - o Práctica de aprendizaje de significación desde el enfoque “**de los términos a los conceptos**” (acento en el educar para la incertidumbre)

- ❖ **Estrategia de cierre** (“la carta del indio”)

- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber ser”**

- ❖ **Bibliografía**

UNIDAD 6

DERECHO ROMANO: DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE (Énfasis en el “educar para la significación”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Fragmento de historia)

- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del educar para la significación)
 - Ubicación temática:
 - o Las vías sucesorias
 - o La sucesión abintestato
 - o El testamento
 - o El heredero y el legatario
 - o Los derechos que concurren en la sucesión
 - o La separación de bienes y el beneficio de inventario
 - o Guía de estudio
 - o Práctica de aprendizaje de interacción

- ❖ **Estrategia de cierre** (por cuadros sinópticos)

- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación como el “saber ser en las relaciones”**

- ❖ **Bibliografía**

UNIDAD 7

DERECHO ROMANO: TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

(Énfasis en el “educar para la expresión”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Un caso de contrato prohibido)

- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del “educar para la expresión”)
 - Práctica de aprendizaje de significación (de árboles a conceptos).
 - Mediación Pedagógica desde el ámbito de la etimología y de la etiología penal de las obligaciones.
 - Práctica de aprendizaje de reflexión sobre el contexto.
 - Ubicación temática:
 - o Las clases de obligaciones
 - o Las fuentes de las obligaciones
 - o Los elementos esenciales del contrato

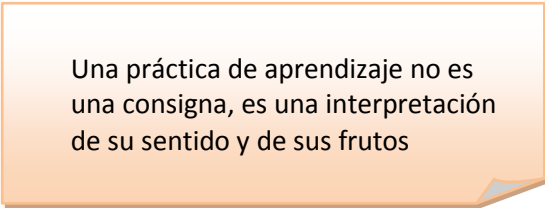
- ❖ **Estrategia de cierre** (elaboración de un glosario)

- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber”**

- ❖ **Bibliografía**

Este recorrido o itinerario de contenidos tiene un sendero correlativo de prácticas de aprendizaje, que tienen como finalidad profundizar en la tarea de promover y acompañar el aprendizaje de mis alumnos.

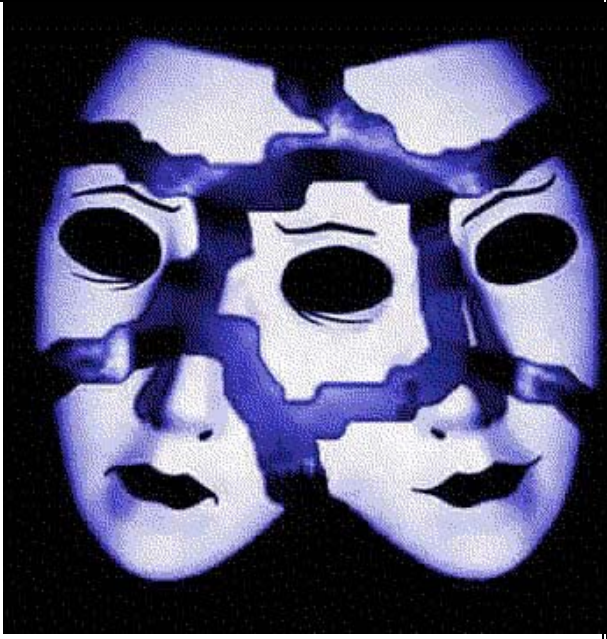
En el desarrollo de mi trabajo de elaboración del texto de Derecho Romano, pondré especial énfasis en las posibilidades de prácticas con el siguiente detalle:



Una práctica de aprendizaje no es una consigna, es una interpretación de su sentido y de sus frutos

Los saberes; prácticas de significación (planteamiento de preguntas, árboles de conceptos); prácticas de observación; prácticas de reflexión sobre el contexto; prácticas de inventiva; síntesis.

UNIDAD

Per- sonare: Máscara con la que el actor representaba un papel en el escenario del teatro griego		Person a: todo ser que representa un papel en el escenario de la sociedad
--	---	---

1

UNIDAD No. 1 DERECHO ROMANO: DE LAS PERSONAS

(Énfasis en el educar para la expresión)

A

D

O

N

D

E

V

A

M

O

S

❖ **Estrategia de inicio** (Una experiencia personal)

❖ **Estrategia de desarrollo:**

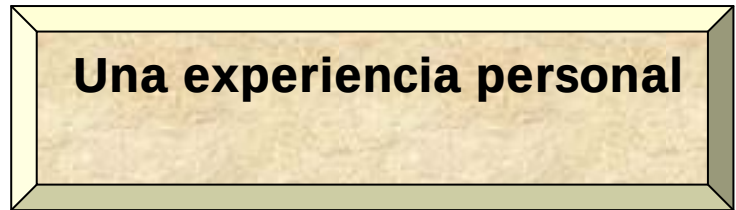
- Algunas preguntas
- Mediación Pedagógica desde la literatura: el teatro griego como herramienta para comprender el sentido jurídico de “persona”
- Ubicación temática:
 - o Concepto histórico y semántico de persona.
 - o Concepto jurídico de persona.
 - o Práctica de aprendizaje: Construcción del sentido de la expresión “persona”; práctica de significación: “de los términos a los conceptos”.
 - o Práctica de aprendizaje desde una guía de estudio.

❖ **Estrategia de cierre: en torno a la “dignidad de la palabra”**

❖ **Evaluación y validación del módulo** (criterio de capacidad narrativa-belleza)

❖ **Bibliografía**

DESARROLLO



En el año 1967 un grupo de 30 estudiantes ingresamos en el primer año de Derecho. Su sueño era ser abogados unos, seguramente, querían aprender para luego dedicarse al estudio de la ley; otros para aplicarse a salvaguardar a las personas a quienes se les ha venido usurpando y desvalijando sus derechos por parte de un sistema de injusta distribución de su riqueza; otros ingresaron a la facultad de Derecho para luego emplearse en la función judicial y ser tutores de la justicia. Cada cual abrigaba su sueño.

¿Qué papel jugó en ese entonces, la Universidad como instancia de aprendizaje; es decir como mediadora de nuestra autoconstrucción académica?

Explorando mis años estudiantiles emerge la imagen de mis maestros, como instancias, fueron venerables profesores, prohombres que me deslumbraban con sus saberes (contenido) que no podían despojarse de su aureola de prestigio, que no podían abandonar la cátedra para bajarse y emprender la tarea, extraña para ellos, de promover y acompañar el aprendizaje.

Sus enseñanzas las debía grabar en mis cuadernos, nunca me dieron aunque sea un texto de contenidos y respuestas para que mis cuadernos no fueran, como lo fueron, reproducciones deformadas del pensamiento de estos virtuosos maestros.

En este contexto nunca comprendí, mientras estudiante a cabalidad el sentido y el significado profundo del concepto y los atributos de la “persona”, tema

alrededor del cual gira todo el derecho. Omne ius personarum causa constitutum est, decían los profesores; (todo el derecho gira alrededor de las personas) .



Mediaciones, materiales, textos, son instancia que no pudo ofrecer la universidad para crear y construir conocimiento.

Por eso es que, actualmente, son otras las herramientas y mediaciones por medio de los cuales se puede crear conocimiento. Por ejemplo la literatura y el teatro pueden ser mediaciones pedagógicas por medio de las cuales el estudiante se encamine, con mi promoción y acompañamiento, a construir un concepto apropiado de lo que es, jurídicamente, “la persona”.



Algunas preguntas



En la forma mediada de explicar al estudiante el tema jurídico sobre “la persona”, no se trata de **distribuir sentidos**, sino de **construir sentidos**. Para ello, Prieto Castillo dice que se requiere creatividad, incertidumbre y entusiasmo personal. Esto hace que el estudiante se involucre en esa “construcción” es decir, se transforma en protagonista y en sujeto de la educación.

¿Cómo nace el concepto jurídico de persona?

¿Fue el teatro griego el medio más propicio para que los abogados romanos se hubiesen servido de él para arribar al concepto legal de persona?

¿Cómo se hizo esta transformación desde una idea literaria y teatral hasta la idea jurídica de la misma?

Estas son preguntas que irán llevando al estudiante, que lo irán encaminando hacia la construcción jurídica de un tema que, como el de “la persona” es vertebral en el campo jurídico.

El teatro griego como medio para comprender el sentido jurídico de “persona”

Personatus: Papel que el individuo representa en el escenario social

El concepto jurídico de persona nace en el teatro griego. Es muy sugestivo recurrir a esta mediación literaria para situar el concepto jurídico de la persona.

Esquilo es uno de los grandes compositores de Tragedia Griega, nació por los años 525 - 524 A.C.. Voy a referirme a dos de sus tragedias más conocidas: “Las Suplicantes” y “Prometeo encadenado”.

El argumento general de Las Suplicantes es el siguiente: Cincuenta hijas de Dánao son solicitadas por sus primos, hijos de Egipto, para desposarse cada uno con su senda esposa. Las hijas de Dánao huyen aterrorizadas y con un dejo de misandria, van a refugiarse a Argos. Pero los pretendientes las siguen. Intentan apoderarse de ellas y el Rey de los Pelasgos, llamado así también, promete darles ayuda y hospedaje.

El argumento, ciertamente, es sencillo, pero muestra el arte de lo trágico. Los coros son de excepcional emoción y ofrecen muchos temas al estudio.

El escenario de esta tragedia es la rivera del mar, cerca de Argos. En el fondo las estatuas de los dioses: Zeus, Poseidón, Apolo y Hermes.

Los actores o personas son: El Rey de Argos; Dánao; Heraldos y Coro de las hijas de Dánao.

El argumento general de la tragedia “Prometeo encadenado” (año 479 A.C.) es el siguiente: Un dios o semidios, compadecido de los hombres, da a éstos la clave de todos los progresos. Les comunica el fuego, padre de vida. Les enseña el principio de todos los artificios y artesanías. Los dioses mayores irritados lo castigan. Zeus manda encadenar a la roca a Prometeo.

El escenario es el siguiente: Un roquedal. Llegan la fuerza y la violencia llevando a Prometeo. Va tras ellos Efesto, con los instrumentos de un herrero.

Los actores o personas son: Coro de las Oceánidas, Fuerza, Poder, Efesto, Prometeo, Océano, Io Hijo de Inaco y Hermes.

Los historiadores coinciden en que bajo el gobierno de Pericles, Atenas parecía una ciudad en permanente fiesta, especialmente durante el verano, momento en el que se celebran las fiestas religiosas denominadas “Panateneas”. En tales se danzaba, se cantaba, se acudía al teatro para llorar ante las desventuras de los héroes trágicos (ideados especialmente por Esquilo) o para reír con las comedias de Aristófanes, quien con mucha sutileza tomaba a broma los defectos de los Atenienses y su obsesión por las reuniones y la filosofía. No se debe olvidar que Aristófanes era un aristócrata nostálgico que criticaba con una sonrisa, el nuevo gobierno democrático.

Los griegos y romanos solían acudir a menudo, al teatro que era un medio de formación moral y cultural. Aristóteles nos dice que el teatro era un medio para operar la catarsis, palabra que en griego significa purificación. La tragedia hacía revivir sobre la escena, las desgracias y dolores de los héroes antiguos. Habitaba a los espectadores al dolor, al temor y a la piedad. Juntamente con Esquilo hay otros dos grandes autores trágicos que son: Sófocles y Eurípides.



PERSONA

Ubicación temática

- o Concepto histórico y semántico de persona.
- o Concepto jurídico de persona.
- o Práctica de aprendizaje: Construcción del sentido de la expresión “persona”; práctica de significación: “de los términos a los conceptos”.
- o Práctica de aprendizaje desde una guía de estudio.

Concepto histórico y semántico de persona:

La mediación desde las grandes obras del teatro griego y la versión histórica del teatro greco-romano, nos permite acceder a una mejor comprensión del concepto jurídico de la persona, en el Derecho Romano.

La palabra “persona” designaba la máscara de la cual se servían en escena los actores griegos y romanos, dando amplitud a su voz (personare). De aquí nació la definición de persona para expresar que, así como el actor o personaje del teatro greco-romano desempeñaba un papel en el escenario; de igual manera, desde el punto de vista jurídico, es persona solamente quien puede desempeñar un papel en el escenario de la sociedad y la única manera de desempeñar este papel es adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones.

Concepto jurídico de persona

La definición jurídica de “persona” solo interesó a los jurisconsultos romanos, en el sentido de los derechos que pueden tener y de las obligaciones que les sean impuestas. Por tanto, en sentido extenso, se entiende por persona todo ser susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Divisiones de las personas:

Los jurisconsultos romanos distinguieron dos divisiones de las personas:

Primera división:

Esclavos y Libres; éstos últimos se subdividían en: Ciudadanos y no ciudadanos; Ingenuos y libertos.

Segunda división:

La segunda división de las personas se aplica a las personas consideradas en la Familia: Esta división es la siguiente: Personas Alieni Iuris y Personas Sui Iuris.

La persona física y la persona jurídica:

La persona física - Sus requisitos:

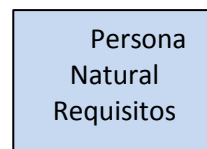
El nacimiento y la muerte señalan el comienzo y el fin de la persona. En lo que se refiere al nacimiento, la ley exige los siguientes requisitos:

1. Nacimiento efectivo, esto es, total desprendimiento del claustro materno.
2. Nacimiento con vida.

En cuanto a la prueba de la vida, entendían los proculeyanos que era menester la emisión de gritos, mientras los sabinianos consideraban que bastaban cualquier signo o manifestación.

3. Forma humana del nacido.

El concebido no era considerado persona. Ahora bien, no siendo concebido, sujeto de derecho, la ley sin embargo, tiene en cuenta su futura humanidad, dispensando y dando protección anticipada, se admitió, en efecto que el magistrado



nombrase, a petición de la madre, un “curator”, con la finalidad de salvaguardar los intereses del concebido.

Una vez que ha nacido un hombre con los requisitos que la ley romana exigía, no tenía, sin embargo, capacidad jurídica. Contrariamente a lo que sucede en las legislaciones modernas donde todo Hombre es Persona por el sólo hecho del nacimiento, en Roma se exigía que el “nacido” sea libre (status libertatis) y ciudadano (status civitatis).

La persona jurídica: Concepto y características

El lado de los seres humanos o personas físicas el Derecho Romano reconocía también las “personas morales” que no tienen existencia material, sino que sólo son ficciones jurídicas o abstracciones.

La personalidad moral pertenecía tanto a las Asociaciones o reuniones de personas con intereses comunes como el Estado, las Corporaciones, como a las obras, a los establecimientos de utilidad pública o de beneficencia tales como los Templos, los hospicios, los asilos y las Iglesias, bajo los Emperadores Cristianos.

Hubo un período bastante largo en el que las personas morales se constituyeron por ellas mismas. Pero, al fin de la República, por haberse mezclado en asuntos políticos, los emperadores suprimieron un gran número de ellas y se estableció un nuevo principio; el de que una persona moral sólo podía formarse en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial.

Características de la persona jurídica:

La persona moral tiene un patrimonio propio; los bienes son propiedad del ser moral. Tiene sus créditos propios y también sus deudas propias, a las cuales queda

extraño cada uno de sus miembros; y, respecto de las cuales no podía ser perseguido en sus bienes personales.

El ejercicio de los derechos pertenecientes a la persona moral, se confiaba a una especie de curador que los textos califican de “actor”, “syndicus” o “magister”.

Como tiene una existencia independiente de los individuos que la componen; las personas morales sólo tienen fin por la suspensión de la autorización que le dio la vida o tratándose de sociedades, por el fin de la explotación que tienen por objeto.

Las personas jurídicas: Clases de personas jurídicas

La capacidad artificial de las personas morales, no se extiende a los derechos familiares que presuponen siempre un individuo humano, sino que se aplica sólo a los derechos patrimoniales.

En el Derecho Romano se distinguían cuatro especies de personas morales:

**Las
personas
jurídicas**

1. Las CORPORACIONES o UNIVERSIDADES: eran asociaciones de personas que se unen para un objeto determinado y a las cuales el ESTADO otorga los derechos de persona. Estas “corporaciones” eran un término genérico que comprendían a toda clase de asociaciones de personas físicas, con tal que el Derecho Público reconozca a las mismas, el carácter de personas jurídicas. Por ejemplo, entre los Romanos eran “corporaciones” los municipios, los “collegia”, que eran corporaciones de profesionales de artesanos, de navieros, corporaciones funerarias y corporaciones sagradas por el culto religioso.
2. Las FUNDACIONES o “piae causae”, que eran institutos civiles o eclesiásticos encaminados a una objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto: “noxocomía” u hospitales, “gerontocomia” u hospicios de ancianos, “orphanotrophia” u hospicios de niños huérfanos.

3. El ESTADO como sujeto de relaciones jurídicas patrimoniales.
4. La HERENCIA YACENTE, es decir, la herencia del fallecido que no ha sido aceptada.

Construcción del sentido de la palabra “persona”

Esta práctica tiene un sentido: iniciar tu aprendizaje con una entrada sencilla, cercana a la tarea de buscar bibliografía sobre el concepto literario e histórico de la “persona”.

El elemento que más influyó dentro del teatro griego fue la máscara, llamada por los griegos “Prósopon” y “Persona” por los latinos.

Tanto influyó que quedó para siempre como más significativa, por cuanto se vinculó directamente con el concepto jurídico de “persona”.

El estudiante va a encontrar a continuación transcrito el capítulo denominado PERSONAS DEL AUTOR FRANCISCO JOSE HUBER OLEA. Como práctica le pido que efectúe un resumen breve de los principales contenidos del concepto de persona, de sus requisitos, de sus estados y de la esclavitud.

Pido al estudiante que formule el concepto legal de “persona”, mediando este concepto “con toda la cultura”, es decir, tomando como recursos a la poesía, al arte, la literatura o teatro griego; y todas las posibilidades que crea necesarias para enriquecer su práctica educativa.

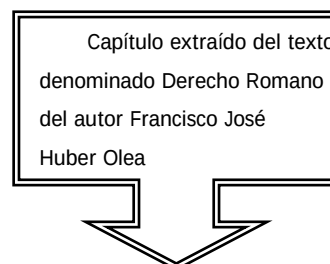
Para ejercitar una bella y rica expresión

Práctica de aprendizaje desde una guía de estudio

El tema jurídico en torno a la “persona” ha suscitado discusiones y controversias. A continuación transcribo al estudiante el título denominado **concepto de persona** del libro **Derecho Romano** del autor Francisco José Huber Olea.

En este capítulo el tratadista de Derecho Romano estudia la historia de la expresión **persona**; los requisitos de la personalidad; el status libertatis como requisito de la personalidad; la ciudadanía: sus fuentes y requisitos. En este texto el estudiante tendrá la oportunidad de analizar otras propuestas teóricas sobre el concepto de persona relacionando esos contenidos y mediándolos con sus conocimientos y experiencias previas. El estudiante deberá elaborar en un pequeño texto una síntesis, rica en contenidos de este capítulo:

CONCEPTO DE PERSONA



La idea que tenemos actualmente de persona es la que identifica tal concepto con el ser humano, e incluso la doctrina jurídica considera que la persona es la entidad física o jurídica (sociedades) a la cual la ley reconoce capacidad para intervenir en relaciones legales ostentando intereses, derechos y obligaciones. Se dice entonces que el individuo tiene personalidad jurídica y es sujeto de derecho (Kelsen señala que la persona es el centro de imputación de derechos y obligaciones).

Las legislaciones modernas reconocen personalidad física al ser humano por el simple hecho de existir, aunque el número y amplitud de derechos civiles varían de acuerdo con cada país. Así, el derecho moderno reconoce que toda persona comienza a existir jurídicamente al nacer y termina con la muerte.

Sin embargo, en el derecho romano lo anterior era diferente, pues desde la etimología de dicha palabra es considerada distinta, ya que el vocablo persona

proviene de la voz latina *personae*, que significa "máscara" (desde los tiempos del teatro griego, los actores que participaban en las representaciones portaban la máscara que correspondía a su personaje, y dichas caretas eran conocidas como *personae*).

Al respecto cabe señalar que dicho término se adoptó para designar a las personas en sentido jurídico, debido a que al derecho solamente le interesan determinadas cualidades del sujeto en cuestión, como su estado civil, su ciudadanía y su domicilio, con cuyos datos el derecho va conformando la máscara que deberá utilizar el sujeto en el drama jurídico para que estén posibilidad de representar el papel que le está encomendado (como el de acreedor o deudor). Como se observa, el concepto de persona no está forjado por la naturaleza, sino que es artificial y creado por la ciencia jurídica para poder estar en posibilidad de funcionar.

De las anteriores reflexiones se desprende la más significativa diferencia entre nuestra concepción de persona y la que tenían los romanos, pues dicha acepción era únicamente utilizada para los *sui iuris* (que significa sujeto de derecho), ya que es el único que puede ejercer por sí los derechos y obligaciones que le corresponden. En este sentido, dicha personalidad o capacidad jurídica solamente fue reconocida al *paterfamilias*, debido a que eran exigidos tres requisitos indispensables para acceder a tal categoría el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*, cualidades que únicamente tenía el jefe de familia, porque sólo él es libre, ciudadano romano y exento de la *patria potestas* (que él ejerce sobre los miembros de su *domus*).

Como podemos observar, en Roma no todo ser humano era persona y también ocurría que no toda persona era ser humano, como las personas colectivas que analizaremos posteriormente, pero en esta sección estudiaremos a la persona física, así como los requisitos para serlo.

En nuestro derecho, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la esclavitud y la muerte civil en su artículo segundo, de lo cual se deriva que todos los seres humanos son considerados personas, concepto confirmado por el Art. 22 del Código Civil Federal. En consecuencia, podemos afirmar que todo individuo tiene capacidad de goce, por lo que se coloca en el concepto que ideó Kelsen al ser aquél centro de imputación de derechos y obligaciones, y por el hecho de que no tenga capacidad de ejercicio (como en el caso de los menores y afectados mentalmente) dicha situación no afecta su personalidad, que se caracteriza por la aptitud para ser titular de derechos y deberes, mas no indispensablemente en su ejercicio.

Requisitos de la personalidad

A diferencia de lo anterior y como lo hemos mencionado, la personalidad reconocida por el derecho romano era otorgada sólo a un grupo sumamente reducido de seres humanos que debían tener los tres requisitos aludidos, pero que a continuación volvemos a enumerar:

- a) Status libertatis, lo que significa ser libre, en contraposición a los esclavos.
- b) Status civitatis, que quiere decir ser ciudadano romano, en oposición al extranjero.
- c) Status familiae, que significa estar exento de la patria potestad, en otras palabras ser sui iuris, en antagonismo con el alieni iuris.

Si se reunían esas tres cualidades se tenía como resultado a una persona física. Dicha personalidad tiene como principio y fin el nacimiento y la muerte respectivamente, por regla general, ya que hay ciertas excepciones, como es el caso del nasciturus pro iam nato habetur.

Para que el hombre sea considerado existente y por ende titular de derechos y obligaciones, es preciso que sea totalmente separado del seno materno, además de que debe nacer vivo, que el parto sea perfecto (lo cual alude a que no debe ser un aborto, el que para los romanos se presentará si se nace antes de cumplir seis meses completos de gestación) y que se tenga forma humana.

Nasciturus pro iam nato habetur

Para algunos efectos jurídicos, se retrocede a una época anterior al nacimiento y se tiene también en cuenta al hombre que aún no ha nacido, pero que ya ha sido concebido, el cual se denomina nasciturus. Sin embargo, el concebido no es sujeto de derecho, aunque la ley tiene en cuenta su futura humanidad, por lo cual le otorga una anticipada protección en su exclusivo beneficio, así, se le reconocen facultades que le corresponderían hasta que acaeciese su nacimiento (regla conocida como nasciturus pro iam nato habetur, que significa que al concebido se le tenga por nacido, aplicable únicamente si favorece al nonato).

Por lo anterior, se permitió que el praetor nombrase un curador a petición de la madre, con la finalidad de salvaguardar los intereses del nasciturus. También pudo ser instituido heredero en testamento, otorgándosele la posesión de la masa hereditaria a la madre, pero las anteriores concesiones estaban sujetas a la condición resolutoria de que el producto naciera vivo y viable.

En la actualidad, el concebido no es persona, aunque lo es eventualmente, razón por la cual se le reservan y tutelan aquellos derechos que desde el nacimiento se le habrían transmitido, además, su capacidad jurídica se considera, si es preciso, desde el momento de la concepción.

Establecido lo anterior, cabe destacar que si el no nacido no es persona (por carecer de alguno de los estatus exigidos por la ley), por la misma razón que no

puede actualmente adquirir derechos, tampoco puede hacer adquirir derechos a quien pudiese conseguirlos con su nacimiento.

Por ello, si su existencia lo hiciese sujeto a un tutor, no podrá ser nombrado hasta que se verifique el alumbramiento.

En lo concerniente a la capacidad jurídica del que está por nacer, aunque la madre, después de la concepción, pierda la libertad o la ciudadanía, el hijo nacerá libre y ciudadano. Asimismo, los privilegios derivados del orden senatorial pasan intactos al hijo, aunque el padre los haya perdido antes de su nacimiento, siempre que los conservase durante la concepción.

Fuera de dicha excepción, como mencionamos, el nacimiento es el que da como resultado el comienzo de la personalidad, pero para tal acontecimiento la ley romana también ponía ciertos requisitos, a saber:

- a) En primer lugar se requiere un nacimiento efectivo, lo que se entiende como el total desprendimiento del seno materno del producto de la concepción, de conformidad con el principio *partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum; partus nondum editus homo nori recte fuisse dicitur* (el que todavía no ha nacido se considera porción de la mujer o de sus vísceras, pues el que no ha sido dado a luz no es considerado hombre).
- b) Nacimiento con vida, pues, para el Derecho, se estima que quienes nacen muertos no concebidos ni procreados (para la prueba de la vida, los proculeyanos consideraban que era necesaria la emisión de gritos, mientras que a los sabinianos les bastaba cualquier signo o manifestación, aunque no fuese por manifestación de la voz).
- c) El nacimiento debía ser perfecto, es decir, acaecido después de seis meses de gestación, por lo que el parto no debía ser

premature, pues de lo contrario el producto no se estimaba viable, porque en la viabilidad se considera que el feto haya podido desarrollarse en el seno materno lo suficiente para seguir viviendo después de haber sido dado a luz.

- d) El nacido debe tener forma humana, ya que si una mujer da a luz algo monstruoso o prodigioso, el ser no es considerado humano, pues se establecía que no son hijos los procreados con forma contraria a la del género humano.

Nacido un hombre con los requisitos aquí enumerados, el derecho romano le otorgaba la capacidad jurídica, evidentemente si tenía los tres estatus exigidos para ser llamado persona (*libertatis, civitatis y familiae*), porque en caso contrario estaríamos ante un esclavo, un extranjero o un *filiusfamiliae*, quienes carecían totalmente de capacidad o la ejercían por medio de su *paterfamilias*.

Atributos de la personalidad

Todo *sui iuris* es una persona y como tal tiene varios atributos, entre los cuales uno de los básicos es la capacidad, que se divide en de goce y de ejercicio.

1. La capacidad de goce, es la aptitud que tiene toda persona para ser titular de derechos o sujeto de obligaciones. Esta capacidad es requisito *sine quibus non* para ser persona, porque si se suprime desaparece la personalidad por impedir al ente la posibilidad jurídica de actuar; por lo tanto, cabe decir que la capacidad de goce se identifica, en el fondo, con la personalidad y que estos dos términos son equivalentes, ya que no se puede concebir a una persona sin capacidad de goce.

No todas las personas en Roma tenían la misma capacidad de goce, pues algunas la tenían con mayor plenitud que otras, debido a su clase social, extracción, posición política, etc., además, debido a decisiones del censor o de algún juez se podía disminuir la capacidad de goce de

una persona en relación con el voto u ocupar una magistratura, entre otras.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, podemos señalar que es la aptitud de una persona para hacer valer directamente sus derechos, para celebrar en su nombre actos jurídicos, para cumplir sus obligaciones y para ejercer las acciones conducentes ante los órganos jurisdiccionales.

Esto no es un atributo esencial de la personalidad, ya que los infantes y dementes no la tienen, en tanto que las mujeres, furiosi, pródigos e impúberes tienen una muy limitada, situación que en ningún caso afecta la personalidad, siempre que se cumplan los requisitos para tenerla. Lo que sucede es que dichas personas con limitada capacidad de ejercicio o sin ella, necesitan un representante para que ejerza sus derechos y cumpla con sus obligaciones.

Al igual que la capacidad de goce, hay distintos grados de capacidad de ejercicio, que comienza en la pubertad, pero alcanza toda su plenitud al cumplir los 25 años de edad.

2. El segundo atributo de la personalidad es el nomen o nombre, que podemos definir como el vocablo que sirve para designar a las personas o las cosas, distinguiéndolas de las demás de su especie, cuya función es identificar a la persona, además de ser un índice de su estado de familia. Sin embargo, el nombre romano constaba de tres partes: el praenomen, el nomen y el cognomen. El primero es el nombre individual que lo distingue de los demás miembros de familia o, como coloquialmente se le designa en México, es el nombre de pila, el nomen es el gentilicio de la persona, es decir, el que alude a qué familia pertenece, mientras que el cognomen se trata por lo general del sobrenombre.
3. El tercer atributo de la persona romana es el domicilio, que se puede definir como el lugar de principal residencia de un ciudadano “del cual no se separa si nada lo obliga”. Hay tres clases de domicilio: el de origen, el cual se adquiere por nacimiento; el voluntario, donde la

persona tiene la intención de residir permanentemente, y el legal, que una disposición de derecho lo impone para fines de gravámenes municipales, para actuaciones judiciales y para las autoridades administrativas.

4. El cuarto y último atributo de la personalidad es el patrimonio, la suma de derechos y obligaciones que tiene una persona sobre determinados bienes; sólo impropiamente se puede denominar patrimonio a estos bienes, pues el verdadero patrimonio consiste en las facultades y cargas, no en los objetos.

Aclarado su sentido técnico, las dudas que puedan surgir en la práctica no inducirán a confusión, si se intenta descubrir a cuál de las acepciones se refiere una persona o un texto:

- a) al patrimonio como conjunto de derechos sobre ciertos bienes, o
- b) al patrimonio como la totalidad de derechos y obligaciones sobre ellos.

Otro extremo que debemos recordar es el de que no se puede disponer ni comerciar con el patrimonio en cuanto totalidad, sino con elementos o relaciones singulares de esa totalidad de derechos y obligaciones que lo componen. Por ello, cabe, por ejemplo, hipotecar, vender y aun hacer donaciones de la mayor parte del activo de un patrimonio, pero ni las legislaciones permiten, en general, hacer donaciones de la totalidad del activo patrimonial con que cuenta en determinado momento una persona, ni tal transmisión es posible. En efecto, es impensable una situación en la que una sola persona renuncia, de por vida, a todos sus derechos presentes y -lo que es más- futuros.

Tal situación sólo se produce en el caso excepcional de la transmisión del patrimonio (con sus derechos y obligaciones) por muerte del titular a sus herederos y siempre que haya aceptación de la herencia. El patrimonio del que se habla puede ser individual o colectivo.

El patrimonio es un atributo de la personalidad tanto en Roma como en nuestro sistema jurídico; sin embargo, existe una profunda diferencia, ya que en Roma no todos los seres humanos eran personas, a diferencia de México, porque en el derecho romano únicamente el individuo que contase con el status libertatis (no ser esclavo), status civitatis (ser ciudadano romano) y status familiae (no estar sometido a patria potestas) o, en otras palabras, solamente los paterfamilias eran considerados personas; por ende, eran los únicos que tenían un patrimonio, lo cual está plenamente acorde con el principio de que todo lo que adquirirían los miembros de la domus lo hacían para el jefe familiar.

Así, aunque este principio se fue suavizando con la creación de los peculios castrense, quasicastrense y bona adventicia, el patrimonio sólo correspondía desde su origen a estos monarcas domésticos.

Pérdida de la personalidad

Una vez que hemos analizado cómo se adquiere la personalidad física, así como sus atributos, es necesario hacer mención que también es posible perder dicha cualidad, lo que sucede en los siguientes supuestos:

1. La primera causa por la cual se pierde la personalidad es la muerte. Aquí es necesario hablar de lo que mencionábamos al iniciar nuestras disertaciones respecto a la personalidad, en las cuales señalábamos que así como existía una excepción en la que la personalidad comenzaba antes del nacimiento en la figura del nasciturus pro iam nato habetur y que si bien la personalidad se extingue por la muerte, existe también una excepción, la cual se presenta cuando fallecen varias personas al mismo tiempo, siendo éstas testador y heredero, por lo que se deben establecer sus derechos sucesorios. Según el derecho clásico, si se presenta el supuesto en que mueran dos personas en un mismo percance (como un naufragio, un incendio, un sismo, un tumulto, etcétera) y no es posible determinar quién pereció primero, se

considera que ambas expiraron al mismo tiempo y, por ende, no hay transmisión hereditaria entre ambas.

Sin embargo, el derecho justiniano no adopta el criterio sostenido por los clásicos y establece en un caso particular que existe la presunción de que una de las personas murió primero que la otra.

Justiniano decidió que si en un siniestro perecen padre e hijo, se presume que el vástago muere antes que el padre si es impúber, pero si ha alcanzado los 14 años si es hombre ó 12 si es mujer, se considerará que el progenitor dejó de existir primero, por ende, hay transmisión hereditaria, de modo que los herederos del hijo podrían adquirir los bienes y no se deberá abrir la sucesión legítima del padre, sino atenerse a la disposición testamentaria del hijo o, en su caso, abrir su intestado. Esta figura se conoce con el nombre de conmorienencia y es el único caso en que la personalidad termina posmortem, ya que es un acto de persona adquirir la herencia del padre para poder transmitirla.

2. Por perder la libertad y caer en la esclavitud, se pierde la personalidad, ya que se pierde el status libertatis y al no tenerse todos los requisitos exigidos por la ley, se deja de ser persona. En dicha situación (o sea, cuando se pierde la libertad), se dice que la persona ha sufrido una capitis diminutio maxima.
3. También si se deja de ser ciudadano romano, al dejar de tener en su haber el status civitatis, el sujeto es privado de su personalidad y sufre lo que se denomina una capitis diminutio media.
4. Por último, se deja de ser persona si se cae bajo la patria potestas de otra persona o, en otras palabras, si se deja de ser paterfamilias, también el sujeto en cuestión se ve desposeído de su personalidad al dejar de ostentar su status familiae y sufre lo que se denomina una capitis diminutio minima.

Personas colectivas

Para finalizar con el tema de las personas haremos referencia a aquellas que no son seres humanos.

Al lado de los hombres o personas físicas, cuyo estudio acabamos de realizar, el derecho romano también reconocía la existencia de personas Formadas por diversos individuos y que la doctrina ha catalogado generalmente como “personas morales”, que no tienen una existencia real, sino únicamente son ficciones jurídicas. En este punto cabe hacer mención a las reflexiones efectuadas por el maestro Floris Margadant al referirse a dichas figuras: es incorrecto calificar a dichos tropos como “morales”, porque existen muchas asociaciones que no tienen un comportamiento que pueda catalogarse como honorable, por lo cual asignar tal nombre a estas sociedades resultaría aventurado.

Incluso señala el catedrático que otra corriente de autores llama a estas figuras “personas jurídicas”, lo que en su opinión no es una acepción muy afortunada, pues también las personas físicas participan en el ámbito jurídico y, por ende, también se les puede denominar de igual forma. Por lo anterior, este ilustre jurista concluye que lo adecuado es denominar personas colectivas a tales ficciones del derecho, debido a que se encuentran formadas por un grupo de individuos y sobra decir que, sin importar el aprecio que en lo personal sentimos por el maestro Margadant, su opinión es la acertada y se debe utilizar la denominación que propone, por lo que en este tema emplearemos dicha terminología al referirnos a estas figuras.

Las personas colectivas en Roma estaban divididas en dos clases: corporaciones y fundaciones, las cuales procederemos a analizar.

Corporaciones

Las corporaciones son las asociaciones de una colectividad de personas unidas entre sí voluntariamente o por costumbre, para la consecución de determinado fin y a las que el derecho les reconoce personalidad.

Los requisitos que exigía el derecho romano para que existiera una corporación eran los siguientes:

- a) La reunión de tres individuos en el momento de la creación de la persona colectiva, requisito exigido para que las determinaciones de la sociedad fuesen tomadas por una mayoría y no se presentara el caso de que no se llegara a un acuerdo o, en el peor de los casos, que hubiera una imposición. Sin embargo, cabe señalar que si posteriormente faltaba alguno de los miembros de la corporación, dicha situación no afectaba la existencia de aquélla, pues desde su nacimiento tenía una personalidad distinta de la de sus miembros.
- b) Los estatutos o ley interior que regirán el funcionamiento de la corporación.
- c) Que la persona colectiva tuviese un fin lícito.

Si se cumplen tales exigencias legales, la corporación existirá como un sujeto dotado de personalidad jurídica propia, sin que sea necesario que el Estado le dé tal reconocimiento, pues aun cuando dicho órgano autoriza la constitución de tales asociaciones, es con el fin que los motivos perseguidos por dicho órgano sean lícitos, pero esto no significa que tal licencia conceda la personalidad, porque la otorga el derecho.

Las corporaciones tienen entre si rasgos comunes, lo cual quiere decir que todas poseen las mismas características, que a continuación enumeraremos:

- a) Los bienes de la corporación, aun cuando hayan sido aportados por los socios en lo particular, no se encuentran en copropiedad de los miembros, sino que pertenecen exclusivamente a la persona colectiva o, en otras palabras, el patrimonio de la sociedad no tiene relación con el de sus miembros.
- b) El representante de la corporación actúa en nombre y por mandato de ésta, mas no por los socios.
- c) Los créditos de la corporación no son créditos de sus asociados en lo particular, además de sus deudas, a contrario sensu, lo que sea debido a los socios en lo personal no es adeudado a la persona colectiva, así como lo que deban los miembros no obliga a la sociedad.
- d) La existencia de la corporación está separada de la de sus miembros, pero subsiste como una individualidad aparte, sin importar que después de su constitución sus afiliados se reduzcan incluso a uno.

Las personas colectivas tienen una capacidad jurídica similar a la de las personas físicas y pueden comprar, vender, tener iura in re aliena (uso, usufructo, etc.) e incluso recibir herencias y legados. En este punto cabe decir que su testamenti factio pasiva se formó de manera gradual y en un principio solamente pudieron recibir legados de personas pertenecientes a la sociedad.

Posteriormente, con Adriano, se concedió la gracia de recibir este tipo de liberalidades a cualquier persona perteneciente al Imperio, así, la capacidad de las asociaciones se modeló a partir de la que tenían los ciudadanos, ya que incluso se les concedió el derecho a manumitir esclavos, facultad otorgada por Marco Aurelio.

Clases de corporaciones

Los romanos dividieron las corporaciones en tres clases:

1. De carácter público. El Estado, que cumple funciones, de carácter público en virtud de su obligación de prestar servicios a los ciudadanos romanos, tiene bienes que son de su uso exclusivo y que los particulares no pueden utilizar; por ello, los romanos consideraron que esta entidad debía ser calificada como una persona colectiva (corporación), en virtud de tener un patrimonio propio, el cual es un atributo exclusivo de las personas, y por dicha característica no es posible considerarlo de otra forma, y por sus funciones se da el adjetivo de asociación pública.
2. De carácter semipúblico. Algunos ciudadanos se acercaban al senado y posteriormente al emperador, para solicitarle que les permitiera crear corporaciones que desempeñaran actividades similares a las del Estado o, en otras palabras, que dieran servicio a la ciudadanía. En virtud de dichas actividades, fueron consideradas corporaciones semipúblicas, como los gremios, los bomberos y las hermandades religiosas.
3. De carácter privado. En algunos casos, que no eran comunes, era posible otorgar la personalidad jurídica a corporaciones que se dedicaban al arrendamiento de impuestos. (En tiempos de la República, el arrendamiento de tales impuestos era sacado a pública subasta para determinar a quién le sería adjudicado este negocio.

Aquellos que resultaban favorecidos con dicha almoneda recibían el nombre de publicani, quienes estaban autorizados a cobrar los impuestos y a guardarse para sí lo recaudado, mediante una cantidad fija pagada al erario.

Esta empresa exigía anticipos sumamente considerables, de manera que un solo caballero, por adinerado que fuese, no podía encargarse de ella, por lo cual era necesario que se asociase. La sociedad vectigalium era, ante todo, una sociedad de capitales y se distinguía de las demás, porque la regían reglas particulares, como el hecho de que la muerte de uno de los socios no redundaba en su extinción, pues se podía continuar con los supervivientes y los herederos del difunto). La

explotación de salinas, minas de oro y plata y las obras que, debido a sus actividades, solamente reportaban beneficios a los miembros de la asociación son catalogadas como privadas.

Fundaciones

Por último haremos mención de las fundaciones, que eran la segunda y postrera forma que conocieron los romanos en cuanto a personas colectivas. Se designa con el nombre de fundación la afectación de uno o varios patrimonios, cuyos recursos están destinados a cierto fin. Dicha afectación se puede realizar por actos inter vivos o mortis causa, con carácter de perpetuidad o de duración indeterminada, a las que el derecho les otorga personalidad, por tanto, es una persona colectiva distinta de los miembros que la conforman.

Las fundaciones fueron creadas en la época imperial, algunas con fines de caridad ideadas por Nerva y Trajano, quienes confiaron capitales a algunas ciudades para que empleasen sus rentas en el socorro alimenticio de hijos de padres pobres. Con el advenimiento del cristianismo, las fundaciones recibieron un gran impulso, ya que muchas personas dedicaban patrimonios enteros para crear y sostener hospitales, hospicios para expósitos y albergues para peregrinos, indigentes y ancianos, para lo cual el fundador entregaba el capital necesario a la Iglesia con la carga de destinarlo a las *piae causae* que se realizaran en dichos lugares.

Justiniano otorgó varios privilegios a los que diesen parte de su patrimonio a estas causas piadosas, como la exención de formalidades que se exigía en materia de donaciones.

Al crearse una fundación, se establecía su funcionamiento, así como el modo de nombrar a sus representantes.

En el presente módulo se ha tratado de enfatizar, a través del estudio sobre la persona, en el **educar para la expresión**. Daniel Prieto en su libro, “La enseñanza en la universidad” dice que “el dar sentido no solo es un problema de comprensión sino sobretodo de expresión: cuando faltan las palabras, falta el pensamiento; cuando faltan las palabras, falta la libertad. La capacidad expresiva significa un dominio del tema y se manifiesta a través de claridad, coherencia, riqueza y belleza de las formas de los diferentes lenguajes”. Se podría preguntar: ¿Qué esconde o guarda la palabra?, ¿Roba o conserva?.

El tema de este módulo se ha prestado para que el estudiante, nuestro interlocutor, reflexione, a través de la mediación del teatro y de la literatura, sobre el aspecto jurídico de la persona (como sujetos de derecho), y, al hacerlo llegue a descubrir que puede dominar el tema expresándolo con claridad, con estilo coloquial, riqueza y belleza.

J.B.V Aceorking:

*“ La palabra
compadece y enamora
orienta y reanima.
La palabra
nos permite convivir,
comprender, iluminar y aceptar.
La palabra
nos incita decidida a crear
y nos enseña desolada a fenecer
La palabra”.*

Evaluación y validación del módulo

Evaluación

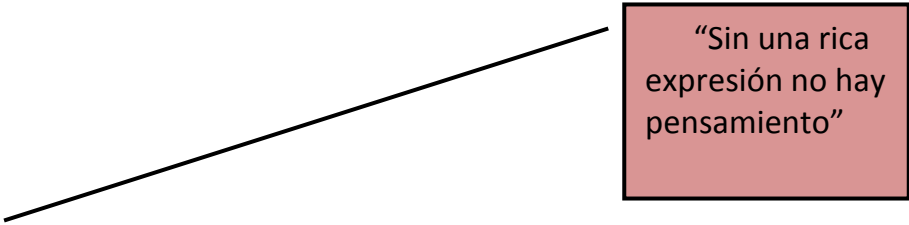
Las líneas de evaluación de este módulo tendrán como idea inspiradora el “educar para la expresión” en relación con el **saber hacer en el logro de un producto por su riqueza expresiva.**

Se evaluará la capacidad del estudiante para relacionar, utilizando expresiones literarias, sencillas pero muy expresivas, la historia y la etimología de la palabra persona, propia del ámbito literario y teatral con el concepto jurídico de la misma.

También se evaluará el valor que tiene este módulo y la práctica de aprendizaje respectivo para el grupo de estudiantes de la materia de Derecho Romano.

Validación

En lo que se refiere a la validación del presente módulo se recurrirá a los profesores de la facultad que, además de poseer conocimientos jurídicos poseen conocimientos literarios pues imparten clases de expresión oral.



“Sin una rica expresión no hay pensamiento”

Con ellos, en forma previa, se dialogará sobre la fluidez del mensaje de este módulo con relación a la manera en que atrae su redacción y su contenido; en relación con el interés que pueden despertar recursos como una obra teatral griega para desarrollar una capacidad narrativa rica en belleza.

Bibliografía

- Libro de “Derecho Romano”

Autor: Francisco José Huber Olea

UNAM México

IURE EDITORES - 2005

UNIDAD

**Incapacidad
para
contratar**



**Capacidad
para
contratar**

2

UNIDAD 2**DERECHO ROMANO: LA CAPACIDAD JURIDICA Y LA
CAPACIDAD DE OBRAR**

(Énfasis en el “educar para convivir”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Un contrato celebrado en el año 1990)
- ❖ **Estrategia de desarrollo:**
 - El aprendizaje de este módulo a través del puente conceptual del “educar para convivir”.
 - Práctica de aprendizaje de “interacción” (acento en la “educación para convivir”)
 - La filosofía de Aristóteles como sustento del tema jurídico de la capacidad de la persona
 - Ubicación temática:
 - o Las personas alieni iuris y sui iuris.
 - o La capacidad jurídica y la capacidad de obrar.
 - o Práctica de aprendizaje “de aplicación” bajo la óptica del “educar para apropiarse de la historia y de la cultura”
- ❖ **Estrategia de cierre** (la historia, la cultura y la palabra)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo con relación al “saber” y bajo la óptica del “educar para convivir”**
- ❖ **Bibliografía**

DESARROLLO

DERECHO ROMANO: LA CAPACIDAD JURIDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR

(Énfasis en el “educar para convivir”)

Estrategia de inicio (Un contrato celebrado en el año 1990)

En el año 1990, uno de los municipios de la provincia del Azuay celebró un contrato con una empresa privada para la adquisición de maquinaria.

Cuando se celebra un contrato entre una persona jurídica de Derecho Público y una persona particular, el contrato entra en el campo de los “contratos públicos” que, en cuanto a requisitos a observarse, son similares a los contratos privados.



Peligro: Nulidad de contrato

¿Qué sucedió en dicha contratación?. La ley de Régimen Municipal dispone que el Alcalde y el Abogado del Municipio son los que deben firmar los contratos; pero, en esa ocasión el Procurador abogado municipal simplemente no firmó el contrato en conjunto con el Alcalde.

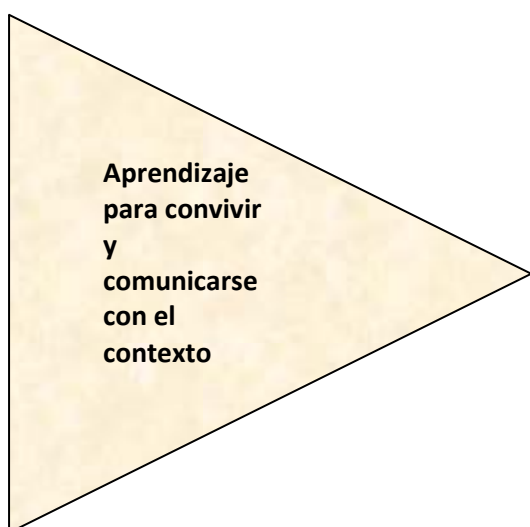
La consecuencia legal de la omisión o falta de firma fue que los jueces declararon la invalidez de ese contrato pues sin el abogado, el Alcalde no tiene **capacidad** para celebrar contratos.

Es importante, entonces, que al estudiante, a lo largo de las diferentes actividades de este módulo se le provea de todas las herramientas necesarias para que pueda construir el esquema de la **capacidad jurídica y la capacidad de obrar** para la validez de un contrato.

Mientras el estudiante está aprendiendo el tema de la **capacidad para contratar** debe tener presente que una de las finalidades de su aprendizaje (es decir de su “educación”) es contribuir para resolver problemas jurídicos puntuales de la comunidad en que vive (“educar para convivir”). Uno de esos problemas jurídicos es el referente a los contratos que, en gran parte, están afectados de nulidad por falta de capacidad de las partes.

La mediación pedagógica alcanza al contenido, o sea, a los temas en torno a los cuales trabajan educador y estudiante.

A fin de lograr una mediación adecuada nos interesa uno de los elementos primordiales de la esencia de todo contrato, especialmente el referir a la capacidad de las partes contratantes.



El estudio o contenido de este tema debe guardar rigor científico – jurídico y para llegar a ese rigor hace falta “puentes conceptuales”, por ejemplo, la relación con el contexto (“educar para convivir”).

Con el aprendizaje de este módulo el estudiante podrá contribuir para resolver problemas puntuales de la comunidad en que vive, me refiero concretamente al problema que preocupa a un sector importante de profesionales del Derecho con los que el estudiante “convivirá”.

A lo largo de este módulo el estudiante tendrá la suficiente información sobre la capacidad para contratar, irá informándose sobre lo que está preocupando al contexto jurídico actual respecto de las nulidades que afectan a muchos contratos públicos y privados; va a comunicarse con diferentes autoridades públicas para dialogar sobre el problema de la invalidación de los contratos (educar para convivir), va a compartir con sus compañeros acerca de los contratos que hubieren encontrado en los juzgados y que están en litigio (educar para convivir), va a pedir una opinión a los profesores de la materia que conocen esta área; va a intentar proponer soluciones a este problema que preocupa a los abogados con quienes el estudiante convivirá en el futuro.

Práctica de aprendizaje

La aventura de hablar es una especie de voz que incita a que los demás entren en nuestro juego y el “otro” puede alborozarse con lo que oye y decidirse a ofrecernos sus certeras palabras (educar para convivir).

Dada la idea anterior pido al estudiante que, teniendo la suficiente información sobre el tema de esta unidad, averigüe lo que está sucediendo en el contexto jurídico actual respecto de las nulidades que afecta con frecuencia a los contratos públicos y privados por falta de capacidad para contratar; le pido que comparta con sus compañeros de curso algunos capítulos de libros que versen sobre el tema; que pregunte la opinión de sus profesores o que consulte con los funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública y comparta con sus compañeros sus opiniones y que trate, luego, de proponer soluciones: reformas a la ley, instrucciones, textos de ayuda.... (educar para convivir).

Interacción: Clave de un proceso humanizado de aprendizaje

La filosofía de Aristóteles como sustento del tema jurídico de la capacidad de la persona

Aristóteles es el personaje cuya doctrina filosófica ha servido a los abogados romanos, para fundamentar importantes instituciones jurídicas de las legislaciones del mundo occidental. Aristóteles (384-322 A.C.), nació en esta gira.

Fue hijo de Nicómaco, médico del entonces Rey de Macedonia; a los 17 años se trasladó a Atenas para completar su educación e ingresó en la Academia de Platón, permaneciendo en ella 20 años hasta la muerte de su maestro.

Platón estimaba extraordinariamente a su discípulo a quien llamaba *“el lector o la mente de la escuela”*.

Por el año 344 A.C. aceptó la invitación de Filipo de Macedonia para que se encargara de la educación de su hijo Alejandro, que contaba entonces con 13 años. Alejandro sucedió en el trono, en el año 336 A.C., iniciando poco después sus fulgurantes campañas contra el Imperio Persa.

Las relaciones entre Aristóteles y Alejandro fue cordiales mucho tiempo, le enviaba material para sus estudios de historia natural y dinero para sus investigaciones.

Al morir Alejandro, Aristóteles fue acusado de traición a la Patria; al salir de Atenas, desterrado, dijo irónicamente que no quería que los atenienses pecaran por segunda vez contra la filosofía. Murió en el año 322 A.C.

Ahora bien, vamos a emplear una mediación desde el punto de vista del Código Ecuatoriano, respecto de la capacidad de ejercicio:

El Derecho Civil Ecuatoriano, es un derecho romanista; el Derecho Romano recibió, a su vez, la influencia del Derecho y de la filosofía griegos. En efecto, por el año 341 A.C., 10 jurisconsultos enviados desde Roma, viajaron a Grecia, para informarse sobre la legislación de ese país, especialmente de la dictada por Solón y Licurgo.

Como resultado de esa observación y de la propia experiencia de la legislación consuetudinaria, Roma codificó sus leyes en lo que se conoce como “ley de las XII tablas”, que rigió durante casi todo el periodo del Imperio Romano, hasta que se dictó el Código Civil del Emperador Justiniano.

Es necesario advertir que el Derecho fue una de las más altas expresiones de la Cultura Romana y ha ejercido decisiva influencia en casi todas las legislaciones del mundo.

A la CAPACIDAD DE EJERCICIO, se la conoce también como capacidad contractual o facultad más o menos amplia para realizar actos válidos y eficaces en Derecho. El Código Civil define a esta capacidad de la siguiente manera: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí mismo, y sin el Ministerio o la autorización de otro”.

Sin embargo existen ciertas personas que, por excepción, no tienen esta facultad para celebrar actos válidos y a estas personas se las clasifica en: INCAPACES ABSOLUTOS (impúberes, sordomudos, dementes) e INCAPACES RELATIVOS (menores púberes, interdictos). Todas estas personas no pueden ejecutar acto alguno o celebrar contratos por sí mismos, sino por intermedio de otra persona.

Estas consideraciones jurídicas sirven como base para mediar el tema de la capacidad jurídica y de la capacidad de ejercicio desde la Filosofía Griega; en efecto:

Aristóteles sostiene que el ser humano está compuesto de ALMA y CUERPO, como dos sustancias distintas que constituyen una unidad temporal. El alma rige al cuerpo como a una ciudad bien gobernada. El alma dice Aristóteles, tiene cinco clases de potencias o principios de operación, entre las cuales (para efectos de esta mediación) destaco “la potencia intelectual” o capacidad ilimitada de adquisición de objetos cognoscibles. Debido a esta potencia intelectual, el hombre tiene capacidad para conocerlo todo.

Esta corriente metafísica de pensamiento aristotélico, fue acogida por los sabios jurisconsultos romanos, que redactaron los diferentes cuerpos del Derecho Civil Romano; es en este momento histórico, en el que estos juristas trasladan estas ideas filosóficas al campo jurídico, para sustentar el tema de la CAPACIDAD, y lo hacen de la siguiente manera: a la inteligencia o “potencia intelectual del alma”, la denominan CAPACIDAD.

En efecto, ¿qué personas tienen capacidad contractual?: aquellas que pueden ENTENDER, es decir que tienen suficiente inteligencia del alcance y del efecto de los actos que ejecutan o de los contratos que celebran; son las personas que han cumplido la mayor edad, a las que la ley romana y la ley moderna les da esta capacidad, pues consideran que tienen suficientemente desarrollada su inteligencia.

Sin embargo, por excepción, ciertas personas no tienen esta capacidad contractual, y son: los dementes, los impúberes, los menores púberes y los interdictos. Estas excepciones se explican desde el punto de vista aristotélico, porque dichas personas no tienen suficiente “potencia intelectual”, como para poder darse cuenta o tener la debida inteligencia de los actos que ejecutan o celebran.

El asunto es más claro cuando nos referimos al “demente”, al que el Código Civil lo define como persona “carente de razón” (o sea, de inteligencia o potencia intelectual).

Creo que este intento que he hecho para exponer de la capacidad de ejercicio, mediándolo desde otro ámbito del saber, puede facilitar el “encaminamiento de la ley al estudiante”; y, a lo mejor, se puede alcanzar un estrato más alto de desarrollo intelectual “del estudiante”, con lo cual yo estaría colaborando (mediando) en su aprendizaje (conceptuado como dominio de sí mismo y del mundo jurídico).

Puse en práctica esta propuesta en mi aula, y los resultados de esta experiencia son los siguientes:

Luego de exponer el tema en la forma anteriormente indicada, solicité a los estudiantes que contesten por escrito a la siguiente pregunta: ¿PARA QUE LE SIRVE A USTED LA EXPLICACION FILOSOFICA DESDE LA QUE SE PUEDE EXPLICAR EL TEMA DE LA CAPACIDAD?.- Voy a seleccionar las contestaciones más significativas:

Adriana Salinas: me sirve para hacer más comprensible el tema.

Diana Tello: nos permite formarnos como abogados.

Paúl Almeida: nos hace más críticos y aprendemos más.

Marcela Rivadeneira: sirve para convertirnos en entes activos de la educación y para elaborar nuestros pensamientos.

Claudio Carvallo: sirve para sacar lo esencial del tema.

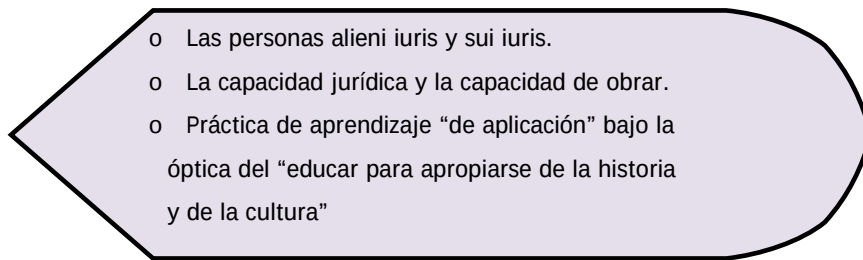
Paula Moreno: para tener fundamento en mis propias teorías.

Mónica Machado: para agudizar mi inteligencia.

Esteban Flores: para hacer verdaderos intérpretes de la Ley.

A propósito de estas respuestas de los estudiantes, me he dado cuenta de que puedo inaugurar un nuevo sendero, a través del cual con estas mediaciones, me ayudo para que la ley se encamine al estudiante, sin necesidad de que yo invada traspase su umbral.

Ubicación temática



Las personas alieni iuris y sui iuris

En el Derecho Romano, las personas consideradas en la familia, se dividen en dos clases según que sean “alieni iuris” ó “sui iuris”.

Se llaman personas “alieni iuris”, aquellas personas sometidas a la autoridad de otra.

Se llaman personas “sui iuris”, aquellas personas libres de toda autoridad, que dependen de ellas mismas. La persona “sui iuris”, es llamada paterfamilias o jefe de familia.

El paterfamilias posee el derecho de tener un patrimonio y ejerce los cuatro poderes propios de la persona “sui iuris” que son:

1. La autoridad sobre el esclavo;
2. La patria potestas o autoridad paternal;
3. La “manus”, o sea la autoridad del marido sobre la mujer casada;
4. El “mancipium”, o sea la autoridad especial del paterfamilias sobre una persona libre.

La mujer “sui iuris”, es llamada también materfamilias, esté o no casada, siempre que sea de costumbres honestas; puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos pero, la patria potestas, la manus y el mancipium, sólo pertenecen a los hombres.

La capacidad jurídica y la capacidad de obrar

En el Derecho Romano se distinguía la CAPACIDAD JURIDICA y la CAPACIDAD DE OBRAR (o capacidad de ejercicio).

CAPACIDAD DE OBRAR: es la idoneidad para realizar actos con efecto jurídico. La capacidad de obrar se subdivide en capacidad negocial y capacidad delictual o de imputación, tomando en cuenta que los actos pueden ser lícitos (negocios jurídicos) o ilícitos (transgresiones jurídicas).

La capacidad de obrar no siempre coincide con la capacidad jurídica; así por ejemplo el “infans” (menor de 7 años en la ley justiniana), puede tener un patrimonio, pero no puede por sí solo adquirir derechos y contraer obligaciones; para poder ejercer sus derechos necesita de la asistencias de una autoridad protectora que supla su falta de discernimiento.

En todo caso, la capacidad de obrar hace referencia a la facultad de realizar actos libremente, sin la necesaria mediación de la voluntad ajena.

Las circunstancias que excluyen o disminuyen la capacidad de obrar, se ponen en relación con la edad, el sexo, la enfermedad mental y la prodigalidad.

La disminución de la capacidad o “Capitis Deminutio”:

La expresión “capiti deminutio” expresa la pérdida de la libertad, de la ciudadanía o de la posición que se ocupa en la familia.

La “personalidad” del ciudadano romano, comprende tres elementos: el estado de libertad; el estado de ciudadanía y el estado de familia. La reunión de todos estos tres elementos constituían el STATUS o CAPUT.

Recordemos que la legislación moderna sostiene que la personalidad humana, no se rompe por los cambios de estado que pueda experimentar el hombre; en

cambio el Derecho Romano admitía otra concepción, pues la libertad, la ciudadanía y la familia, forman un conjunto necesario en la existencia en la persona del ciudadano.

Si uno de estos elementos llega a desaparecer, la persona se extingue. Ejemplos de “Capitis Deminutio”: el que pierde la libertad se hace esclavo y no tiene ninguna personalidad en Derecho Civil; el que pierde el derecho de ciudadanía, no es más que un peregrino, pero queda libre; el que pierde su status familiae queda libre y ciudadano.

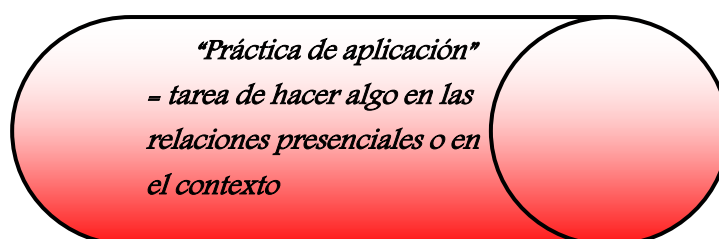
De los ejemplos anteriormente citados, se puede concluir que existen tres clases de “capitis deminutio”:

- a) Capitis Deminutio máxima;
- b) Capitis Deminutio media;
- c) Capitis Deminutio minima.

Práctica de aprendizaje

Cuando hablamos de prácticas de aplicación nos referimos a la tarea de utilización de la información para producir y diseñar un análisis o pequeña investigación enriquecida con conocimientos anteriores y atesorados a lo largo de la historia y la cultura.

Bajo estos lineamientos usted puede llegar a producir una sencilla investigación sobre la vinculación que existe entre la filosofía y el derecho en lo referente a la capacidad de las personas para celebrar contratos para lo cual debe recordar los contenidos relativos a la tesis aristotélica de la UNIDAD DE ALMA Y CUERPO, como fundamento jurídico de la capacidad de las personas, ha suscitado discusiones y controversias.



Por ejemplo, Heráclito sustenta diferentes teorías a las de Aristóteles. Su origen es noble; fue proverbial su carácter altanero y melancólico. Nunca intervino en política. Rehusó una invitación del Rey Darío para visitar su Corte. Aburrido de los hombres, se retiró al templo de Artemis; finalmente huyó al monte.

En el área filosófica de la FÍSICA, Heráclito trata de explicar no sólo el principio primordial y único del Universo, sino que también la Ley y el proceso de mutación de las cosas particulares. La primera causa es el FUEGO; y, los dioses y las almas, son el resultado de la transformación incesante del fuego. Es decir sustenta una tesis distinta a la de Aristóteles.

La historia, la cultura y la palabra

Juan Verde Asorey, en su libro “El Tiempo y la Palabra” (Mileto – Ediciones 2003 – Sevilla – España) se refiere a la “aventura de hablar”; dice por ejemplo, lo siguiente:



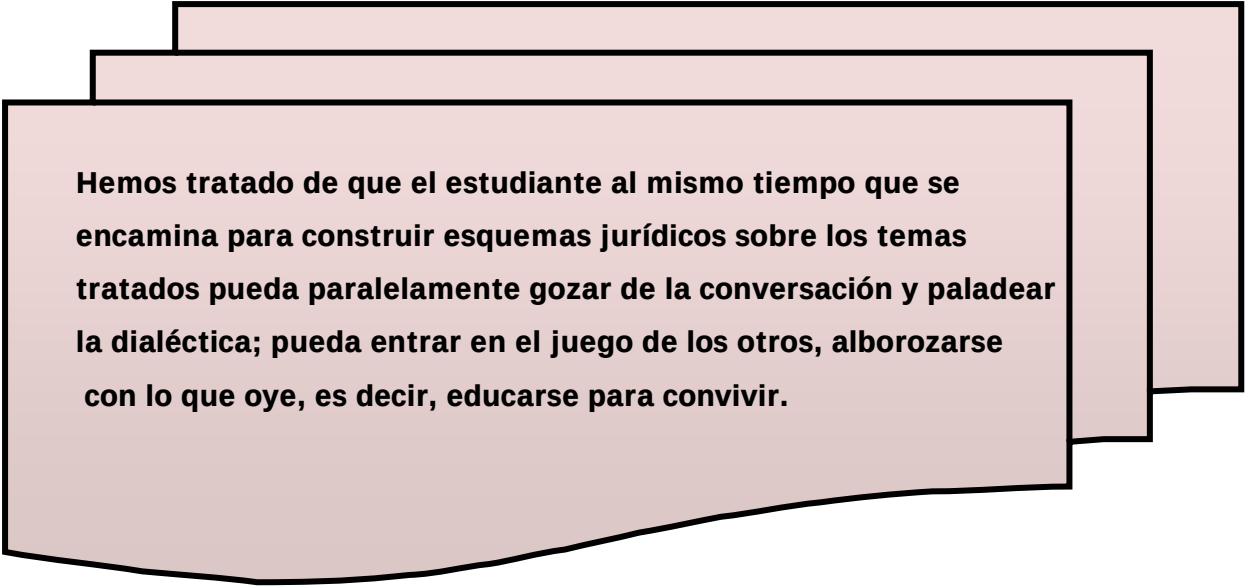
La aventura de hablar

“La palabra es el mejor recipiente de los **afectos** sonoros entre las personas. “El mundo no hubiera sido igual si los griegos no hubiera inventado la conversación”.

“Si quieres vivir a gusto (educar para el goce) aprende a hablar”.

“Si quieres disfrutar, cultiva la palabra, adéntrate en su mundo, refúgiate en su interior. Goza de la conversación, paladea la dialéctica (educar para convivir)”.

“La aventura de hablar es más arriesgada porque es la voz que incita a que los demás entren en nuestro juego y el otro puede alborozarse con lo que oye y decidirse a ofrecernos sus certeras palabras (educar para convivir)”.



Hemos tratado de que el estudiante al mismo tiempo que se encamina para construir esquemas jurídicos sobre los temas tratados pueda paralelamente gozar de la conversación y paladear la dialéctica; pueda entrar en el juego de los otros, alborozarse con lo que oye, es decir, educarse para convivir.

	Evaluación y validación del módulo con relación al “saber” y bajo la óptica del “educar para convivir”	
--	---	--

Evaluación del módulo:

La educación alternativa no excluye los contenidos. Una cosa es proporcionar y asimilar informaciones como lo hacen textos tradicionales, pero otra cosa es “apropiarse” de los contenidos. Se evaluará el modo en que la información y los conceptos del módulo sirven para acompañar procesos de reflexión.



La información: precursora de la reflexión

Una de las líneas de evaluación del “saber” es la “capacidad para proyectar”. Dentro de este esquema se evaluará, bajo la óptica del educar para convivir las siguientes líneas:

- a) Su capacidad para relacionarse con sus compañeros, sus profesores, los funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de recopilar información y procesarla, en lo referente a los problemas que afectan a los contratos;
- b) Su capacidad de “proyectar” ante la comunidad de abogados, soluciones, recomendaciones, textos de consulta, reformas legales.. en todo lo que se relaciona con la apropiada celebración de contratos

Para la validación de este módulo se utilizará la reflexión y discusión previa con mis alumnos a fin de probar los contenidos del módulo y la pertinencia de los mismos; al mismo tiempo se probará la validación del módulo en sus contenidos y pertinencia con la opinión previa de abogados y funcionarios públicos entendidos en el tema.

La reflexión =
Meditar para
proyectar

Bibliografía

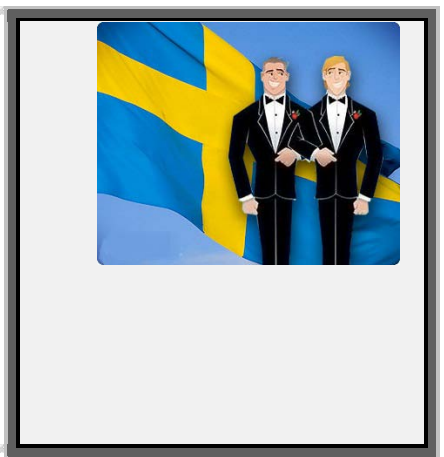
- Libro “Historia de la Filosofía”
Editorial LABOR S.A.
Buenos Aires 1947

UNIDAD



Matrimonio

**Diversas
visiones**



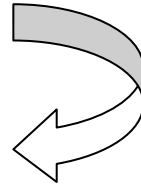
3

UNIDAD 3

DERECHO ROMANO: LA FAMILIA

S U I T I N E R A R I O

Educar para la
incertidumbre es interrogar con
esperanza



- ❖ **Estrategia de inicio** (Un reportaje de prensa)
- ❖ **Estrategia de desarrollo** (acento en el educar para la incertidumbre)
 - Práctica de “aprendizaje en prospección” desde el “educar para la incertidumbre”.
 - La historia, herramienta para explicar la doctrina jurídica de la familia
 - Ubicación temática:
 - o Evolución jurídica de la familia romana.
 - o La patria potestad.
 - o El matrimonio o iusta nuptia.
 - o Guía de estudio.
- ❖ **Estrategia de cierre** (síntesis)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación con el “saber hacer” y dentro de un ejercicio de prospección**
- ❖ **Bibliografía**

DESARROLLO



Un reportaje de prensa

En el periódico el **HOY** del jueves 20 de agosto de 1987 (Pg. 7-B) se publica como noticia lo siguiente: “reforma al Código Civil beneficia a mujeres”.

Sucede que hasta el año 1970 la estructura legal y organización de la familia en el Ecuador casi no se diferenciaba de lo que sucedió en el Derecho Romano de hace 23 siglos: los poderes del marido eran casi omnímodos, la personalidad económica de la mujer era absorbida por el marido, la mujer casada perdía su capacidad contractual y si tenía patrimonio el mismo era administrado por el marido como representante legal de ella.

En 1970 se consagra la igualdad jurídica del hombre y de la mujer lo cual trae como consecuencia cambios en el régimen legal moderno del matrimonio y de la familia.



En 1987, como se publica en el periódico **HOY** la Comisión de lo Civil y de lo Penal del Congreso perfecciona los avances ya dados en 1970 “en lo que se refiere a las relaciones entre los cónyuges y las relaciones padres – hijos”.

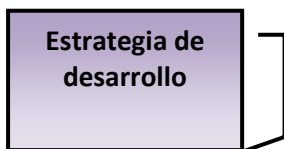
Pero, en estos últimos tiempos, desde la vigencia de la constitución política de Montecristi (2008), se introducen innovaciones jurídicas relativas al matrimonio y a la familia, innovaciones que, en su momento, generaron debates religiosos y jurídicos, sobre todo.

Por ejemplo, el artículo 66 de la constitución dice que “se reconoce a las personas el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su sexualidad y orientación sexual”; y el artículo 68 dice que “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”; esto ha conmovido las bases legales y religiosas en las que durante siglos se fundó el matrimonio y la familia.

El arzobispo de Guayaquil de ese entonces, Mons. Juan Larrea Olguín, criticó y se opuso a esta disposición constitucional calificándola de “incompatibilidad no negociable”, lo cual trajo a la memoria colectiva la “**instrucción**” dictada en octubre de 1908 del Arzobispo de Quito y Administrador Apostólico de Guayaquil, Mons. Federico González Suárez: “Oíd, hijos carísimos, nuestra voz, que es la voz del pastor.. entre cuantas leyes han expedido en estos últimos quince años los poderes públicos contra la religión y la Iglesia Católica, ninguna más odiosa ni mas funesta que la que autoriza el divorcio de los esposos; esa ley, puesta en práctica destruirá completamente la familia; y, destruida la familia que es el fundamento de la sociedad civil se perturbará el orden social, y se desquiciará la base en que descansa la república como nación civilizada..”.

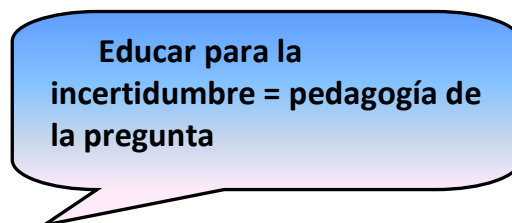
Por último en el periódico “El Comercio” aparece la noticia de que en la ciudad austral de Ushuaia – Argentina la gobernadora de Tierra de Fuego autorizó el matrimonio gay celebrado entre Alex Freire y José María Di Bello a lo que el arzobispo de Río Gallegos, Mons. Juan Carlos Romanín afirmó que el casamiento entre dos personas del mismo sexo cambiaría radicalmente lo que hoy se entiende por familia.

De modo que en este módulo el estudiante estará frente al tema del matrimonio y de la familia tal como está establecida en nuestra legislación romanista en contraste con las nuevas tendencias jurídicas.



Nos encontramos ante una educación alternativa que se pregunta por el futuro, es decir, estamos en el “para qué” de la educación. Dice Prieto Castillo, que “la educación alternativa significa el intento por superar lo vigente”.

El proceso de enseñanza – aprendizaje, no es una “misión” de enseñar lo que es corriente y está en uso. La misión o sentido es remontar y elevarse sobre lo que es corriente.



Daniel Prieto Castillo (obra citada) atribuye diferentes significados al “educar para la incertidumbre”; por ejemplo, puede significar “educar para localizar, reconocer, procesar y utilizar información”. Esto es lo que vamos a hacer a lo largo del presente módulo: el estudiante va a tener la información que está contenida en este módulo bajo el título “ubicación temática”: una breve visión histórica de la familia; los poderes del paterfamilias, el matrimonio o iusta nuptia en la legislación romana y en la legislación civil ecuatoriana: esta es la información que esta vigente, que está corriente y en uso.

Ahora bien, en este módulo se proporciona otra información adicional sobre las innovaciones y reformas que en estos últimos tiempos, a raíz de la vigencia de la nueva constitución, se han formulado sobre la familia y el matrimonio de tal suerte que, a través de algunas prácticas en las que se ponga el acento en el “educar para la incertidumbre” el estudiante puede procesar y utilizar la información para proyectarla hacia la solución de problemas contemporáneos y situarla dentro del contexto de los avances jurídicos y científicos obedeciendo al pensamiento de Prieto Castillo de que la educación alternativa significa un intento por superar lo vigente.

Para polemizar



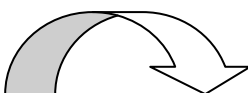
Matrimonio tradicional
La ley civil romanista

**Iusta nuptia o
matrimonio legítimo.**

V S

Unión entre personas
del mismo sexo, la constitución
la establece como innovación y
reconocimiento de respeto a
opciones sexuales diferentes.

Práctica de aprendizaje



En el punto “estrategia de desarrollo” de este módulo manifestamos que “educar para incertidumbre” significa, entre otras cosas, “educar para reconocer, procesar y utilizar información”. Tomando como base esta alternativa intentemos llevar a la práctica este “educar para”.

Para practicar en prospección

Usted es estudiante de la asignatura de Derecho Romano; desde los estudios y conocimientos que usted tiene en cuanto a la legislación escrita referente al matrimonio y familia (que es lo vigente y corriente) trate usted de imaginar como quedaría este tema si se empezará a aceptar las innovaciones sociales y legales en cuanto a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

“Nuestras instituciones educativas enseñan sólo pasado; difícilmente se vuelcan hacia el futuro, hacia tanta innovación y posibilidad que aguardan a nuestros jóvenes”

Daniel Prieto

La historia, herramienta para explicar la doctrina jurídica de la familia

La familia y las costumbres de la Roma antigua para comprender a la institución jurídica de la familia.

Si se comparan la sociedad romana con la de Esparta, se observa que en Roma la comunidad era muy exigente con el ciudadano romano, pero respetaba su libertad individual y su dignidad humana; en Roma, la organización comunitaria era algo más que una máquina ciega; la juventud romana recibía una rígida educación, pero no se la separaba del ámbito familiar.

Roma respetaba la familia, las madres de familia eran muy respetadas y no estaban sometidas a las obligaciones que recluían a las mujeres griegas en el gineceo. Roma no rompía los lazos entre padre e hijo. El padre romano era un hermano para su hijo, el joven casi nunca abandonaba a su padre, sino que trabajaba con él y le acompañaba en las fiestas y en la asamblea popular.

Los hijos de los senadores acompañaban a su padre en el consejo o senado y los padres, por su parte, instruían a los hijos para que más tarde pudieran sustituirles.

El jefe de la familia romana disponía de gran autoridad, tenía derecho ilimitado de imponer castigos corporales, podía vender a su mujer y a sus hijos como esclavos. Sólo era responsable de sus actos ante los dioses. El hijo seguía bajo la autoridad paterna aún cuando hubiera fundado su hogar o alcanzado las mayores dignidades estatales.

En la época antigua, no era raro que un padre hiciera uso de sus derechos, por ejemplo, cuando un hijo, tribuno de la plebe, proponía leyes que el progenitor juzgaba demasiado ventajosas para el pueblo. En tal caso, el padre podía imponer silencio a su hijo con sólo ordenarle que abandonase la tribuna.

La aplicación inexorable de los derechos paternos, es una característica del derecho familiar romano, similar al derecho de los germanos.

Somos seres históricos: Producto de experiencias anteriores, de conocimientos, encuentros y desencuentros atesorados a lo largo de generaciones



Es verdad que Roma pagó cara su grandeza, pues los intereses del Estado se pagaron a costa de la libertad del pueblo.

La familia en el sentido estricto de la palabra, era la base del Estado romano. A continuación venía la familia en su sentido amplio, unida por intereses hereditarios y un culto común. La solidaridad se expresaba en el apellido común a todos los miembros. Podría decirse que la historia de Roma fue la crónica de sus familias aristocráticas.

Ubicación temática

- o Evolución jurídica de la familia romana
 - o La patria potestad
 - o El matrimonio o iusta nuptia
 - o Guía de estudio

Evolución jurídica de la familia romana

Los romanos dieron a la familia un concepto y carácter diferente del concepto que modernamente se tiene de la familia. Efectivamente, lo que para los romanos define a la familia es el SOMETIMIENTO de todos los miembros a la misma autoridad de un jefe (paterfamilias).

Notemos que “paterfamilias” no es el “padre de familia”, como actualmente se lo concibe, sino que para los romanos significaba cabeza libre, es decir no sometida a otra “potestas”.

De igual forma, “el filius familia” o hijo de familia, no quería decir, como actualmente se sostiene que es procreado, sino que para los romanos significaba “sometido” a la potestas de un pater.

Dentro del contexto de la familia, los romanos distinguían el parentesco natural o cognatio y el parentesco civil o agnatio.

La cognatio, es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa), o descendiendo de un autor común (línea colateral). Es, por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza. En el derecho moderno este parentesco es suficiente para constituir la familia, pero en el Derecho Romano es completamente distinto.

La agnatio, es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. La familia agnática comprende los siguientes miembros:

- a) Los que están bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia; por tanto, la agnación comprendía a los padres y a los hijos nacidos de su matrimonio legítimo o introducidos en la familia, por adopción.
- b) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y que lo estarían si aún viviese; cuando muere el jefe, los descendientes que estuvieron unidos por la agnación, quedan agnados también entre ellos.
- c) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que hubiesen estado de haber vivido; si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, los descendientes de estos hijos quedan agnados entre ellos.

LOS PODERES DEL PATERFAMILIAS:

El poder del paterfamilias comprendía diversas potestades que eran:

- a) La maritalis potestas o manus sobre la mujer;
- b) La patria potestas sobre los hijos;
- c) La dominica potestas sobre los esclavos;
- d) La mancipium potestad sobre los hijos de otros, entregados en venta al paterfamilias.

Por otra parte, el paterfamilias ejercía potestad sobre la mujer casada, a esta potestad se la conoció con el nombre de MANUS.

El matrimonio no modifica por sí solo la condición de la mujer. Si quiere cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, podrá hacerlo por medio de la MANUS, pero necesita del consentimiento del jefe de familia.

La patria potestad

La patria potestas o potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. Esta potestad confería al jefe de familia, derechos rigurosos que con el transcurso del tiempo se fueron extinguiendo.

Estudiemos los derechos que la patria potestas concedía al paterfamilias:

1. Derechos sobre la persona: durante los primeros siglos, el paterfamilias tenía sobre los hijos poder de vida y muerte, podía manciparlos a un tercero y abandonarlos.

El poder del jefe de familia para dar muerte al hijo se moderó en los tiempos de la República, pues previamente los jefes de familia tenían que contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes como los senadores. Hacia el fin del segundo siglo de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección.

El padre de familia podía también mancipar al hijo, es decir, cederlo a un tercero quien adquiriría un poder especial llamado “mancipium”. Por regla general el padre emancipaba al hijo en un momento de miseria ejecutando una verdadera venta. El derecho romano luchó contra esta práctica; la Ley de las XII tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal; luego la jurisprudencia admitió que para las hijas y para los nietos una sola mancipatio, produzca el mismo efecto.

2. Derechos sobre los bienes:

En la familia, el hijo en cuanto a sus bienes estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no pudiendo por tanto tener bienes propios.

Todo lo que el hijo adquiere pertenece al jefe de familia. Sin embargo, como la familia tiene un solo patrimonio, cuyo único amo es el pater, los

hijos tenían una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, pero manifestándose a su muerte; entonces los hijos recogen esa propiedad a título de herederos.

La patria potestad tiene las siguientes fuentes:

- 1) La *iustae nuptiae*: se llama *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* al matrimonio legítimo conforme a las reglas del derecho civil de Roma. Son hijos nacidos de la *iuste nuptiae*, los alumbrados después de 182 días desde el inicio de ellas, o los nacidos dentro de los 300 días desde su terminación, salvo prueba del marido en contrario. Los hijos así nacidos caen bajo la potestad del padre, adquieren el rango social de éste, así como su domicilio.
- 2) La *legitimatio*: la legitimación presupone una relación natural de padre a hijo y sirve para establecer la patria potestas. La legitimación indica ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato.
- 3) La adopción: la adopción es un acto solemne que hace pasar a un *filius familiae* de la potestas de su padre natural a otro *paterfamilias*. Los requisitos para la adopción, por cuanto imita a la naturaleza humana, el adoptante debía ser 18 años mayor que el adoptado. Los emperadores solo permitieron adoptar a los mayores de 60 años.

El matrimonio o iusta nuptia

El Derecho Romano reconoció dos clases de uniones: la *iusta nuptia* y el concubinato. La *iusta nuptia* da al padre la patria potestas sobre los hijos.

El matrimonio o *iusta nuptia*, tal como lo entendieron los romanos, es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer; el

matrimonio es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *AFFECTIO MARITALIS*.

No es necesario, por lo demás, una convivencia efectiva; el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa y, siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos (*honor matrimonii*).

Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la casa de éste y dando así comienzo a la vida en común.

A diferencia del matrimonio moderno, el matrimonio romano no surge por el consentimiento *INICIAL*, sino que es preciso el consentimiento continuo y duradero; el matrimonio romano no estuvo sujeto a formalidades como serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento. Cuando falta la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*) cesa el matrimonio.

El matrimonio romano fue siempre monogámico y dentro del propio ambiente pagano, se reconoció su alto valor moral y social.

El concubinato en el Derecho Romano:

El concubinato es la unión estable de un hombre y una mujer sin “*affectio maritalis*” (intención de ser marido y mujer). La característica de la estabilidad que tiene el concubinato lo distingue de la simple relación sexual.

Esta especie de matrimonio de inferior categoría, completamente extraño a nuestras costumbres, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de condiciones sociales, como cuando un ciudadano tomaba para concubina a una manumitida o una ingenua de baja extracción social.

La concubina no era elevada a la condición social del marido y nunca fue tratada como “mujer” ni en la familia. En cuanto a los hijos nacidos del concubinato pasan a pertenecer a la familia de la madre y no están sometidos a la autoridad del padre y nacen sui iuris.

Analicemos brevemente los requisitos para el matrimonio:

- a) La pubertad: con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la de concebir. La edad de la pubertad se fijó para las mujeres a los 12 años y para los varones a los 14 años.
- b) El consentimiento de la mujer y el varón: el consentimiento era necesario en los contrayentes, aún cuando en la antigüedad les pudo haber sido impuesta una unión en contra de su voluntad.
- c) El consentimiento del paterfamilias: si se trata de una hija, debe dar el consentimiento el que tenga la patria potestas; si se trata de un hijo debe dar su consentimiento el ascendiente que tenga la patria potestas y aquel que algún día pueda tenerla.
- d) El connubium: es decir la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, el único que produce entre el padre y los hijos, el poder paternal y la agnación.

Guía de estudio

Consideramos fundamental el estudio del matrimonio desde su marco histórico y jurídico. Para ello le propongo al estudiante el estudio del texto del capítulo segundo denominado “el matrimonio” del libro denominado “Derecho Romano”, de Juan Iglesias.

El estudiante va a profundizar en el estudio de este capítulo el requisito fundamental del matrimonio romano que se refiere a la “affectio maritalis”, al honor matrimonii, al papel del paterfamilias, de los grados de parentesco que nacen del matrimonio.

Todo producto cultural y su proceso son educativos

El texto de Juan Iglesias le ofrece al estudiante, un panorama histórico jurídico del matrimonio y de su influencia en las legislaciones occidentales. Le solicito al estudiante una lectura cuidadosa de este capítulo así como una breve y rica síntesis de dicha lectura. A continuación transcribo el ya citado capítulo “el matrimonio” del libro “Derecho Romano” de Juan Iglesias.

“MATRIMONIO”

(Capítulo Segundo del Libro “Derecho Romano” de Juan Iglesias)

Concepto del matrimonio:

Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*. No es necesaria, por lo demás, una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa; y, siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos-honor *matrimonii*.

Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la casa de éste-*deductio in domum mariti* y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer.

Sobre este elemento objetivo de la convivencia prevalece el subjetivo de la intención, de la *affectio maritalis*. Tal resulta claramente de lo que dicen dos conocidos aforismos: *nuptias non concubitus, sed consensus facit*; *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*.

A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero. Además, no está sujeto a formalidades de ninguna especie, cuales serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento.

Los pactos nupciales -*pacta nuptialia*-, que solían redactarse por escrito, para nada afectan a la existencia del matrimonio, como tampoco constituyen un medio probatorio de éste. En el Derecho justinianeo el instrumento dotal es, sin embargo, el único medio para probar la existencia de matrimonio entre personas de alto rango

-Ilustres. Afirmada en esta época la concepción cristiana del matrimonio -el matrimonio es sacramentum magnum-, tiende a considerarse como prueba de la existencia o inexistencia de la *affectio maritalis* el hecho de que las partes hayan recibido o no la bendición del sacerdote (Nov. 74 y 89).

Cuando falta la intención de ser marido y mujer - *affectio maritalis*-, cesa el matrimonio. No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio puede configurarse como tal.

El matrimonio romano fue siempre monogámico, y dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social.

Dado que el matrimonio se endereza a la constitución de una comunidad perpetua, de un vivir común y duradero, no cabe sujetarlo a modalidades de condiciones o términos.

Las fuentes nos suministran dos definiciones del matrimonio. La primera es la de Modestino, según el cual *nuptiae sunt coiunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Guarda relación con ella la que se lee en las Instituciones de Justiniano, y que es de este tenor: *Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*. Ambas definiciones nada nos dicen sobre la naturaleza jurídica del matrimonio -y la verdad es que los romanos no entraron en la preocupación o en el intento de asignarle valor y función de categoría jurídica-, pero revelan fielmente su esencial característica.

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la *manus-conventio in manum*-, en términos de formar parte de la familia del marido. Tal no significa, sin embargo, que existieran un matrimonio *cum manu* y un matrimonio *sine manu*. El matrimonio no tiene mas que una figura, ni la *manus* afecta, en modo alguno, a su propia esencia. Lo único que varía es la posición de la mujer, que puede ser la de *uxor in manu* o la de *sine in manum conventione uxor*.

Requisitos e impedimentos:

Hay matrimonio válido -iustae o legitimae nuptiae, iustum o legitimum matrimonium- cuando se dan los siguientes requisitos:

1. Capacidad natural. No pueden contraer matrimonio los impúberos, es decir, los varones y las mujeres cuya edad, respectivamente, es inferior a los catorce y los doce años. Tampoco los eunucos, según el Derecho justiniano.
2. Capacidad jurídica-conubium. Precisase ser libre y ciudadano, es decir, tener el status libertatis y el status civitatis. No es matrimonio, sino contubernium, la unión de esclavos. De modo análogo, está excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Singular importancia tiene la ciudadanía. Por Derecho romano, no es matrimonio la unión de persona romana con persona extranjera, salvo que medie una especial concesión." Nada evita, sin embargo, que tal unión sea considerada como matrimonio por la ley del Estado al que pertenece la persona extranjera. La propia ley romana hubo de tener en cuenta las uniones entre ciudadanos y peregrinos, al objeto de regular la situación de los hijos nacidos de ellas. Según una lex Minicia, del siglo I A.C., el que nace de estos matrimonios tiene la condición jurídica del progenitor no ciudadano. Semejantes uniones son llamadas por los romanos matrimonia iniusta.

Hasta la lex Canuleia, del 445 A.C., no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos. El viejo principio que negaba la condición de iustae nuptiae a las uniones entre ingenuos y libertos, parece que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la República, y sólo fue restablecido por Augusto en orden a los matrimonios entre libertos y personas de rango senatorial.

La incapacidad de los peregrinos para gozar del conubium desapareció con la constitutio Antoniniana, del 212 de Cristo.

3. Consentimiento de los esposos, manifestado de modo continuo y sin forma alguna, a tenor de lo que ya hemos dicho antes. No puede contraer matrimonio el loco -furiosus-, ni se tiene por válido el contraído con violencia.
4. Consentimiento del paterfamilias, cuando los contrayentes no son sui iuris. La jurisprudencia llegó a decidir que el pater da siempre su consentimiento, si no muestra evidentemente su disenso. Basta, por tanto, el silencio, es decir, la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.

En el caso de que el paterfamilias fuera prisionero de guerra o estuviera ausente, podía contraerse matrimonio, a pesar de que faltara el consentimiento. El Derecho justinianco exigió, no obstante, que hubiesen transcurrido tres años.

Si el paterfamilias no estaba sano de mente, podía la filiafamilias contraer matrimonio sin la intervención del mismo. Tratándose de un filius, la cuestión era discutida: una constitución de Marco Aurelio decidió que el hijo demente captus pudiese contraer matrimonio, pero este mismo término suscitó dudas acerca de si se refería a toda suerte de enfermedades mentales. Justiniano zanjó definitivamente el asunto, al disponer que interviniese el magistrado en lugar del pater, tras haber oído al curator de éste y a los parientes principales.

En el supuesto de que el filius y su padre se encuentren bajo la potestas de una misma persona, se requiere también el consentimiento de ésta, a más del que otorgue el paterfamilias. La razón estriba en que, muriendo el abuelo, el padre se convierte en sui iuris, y no parece natural que los hijos nacidos del nuevo matrimonio entren en condición de filii, contra la voluntad del que, por dicha muerte, se ha hecho paterfamilias.

La lex Iulia de maritandis ordinibus, del 18 A.C., dispuso que en el caso de que el paterfamilias se negase, sin motivo justificado, a otorgar el consentimiento, pudieran recurrir al magistrado los futuros contrayentes. Semejante facultad es reconocida también por el Derecho justiniano.

En orden a las mujeres sui iuris, el Derecho clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la tutela mulierum, el Derecho nuevo exige para las mujeres menores de veinticinco años, incluso si son viudas, el consentimiento del padre, y, a falta de éste, de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial, si mediaran disensiones.

Motivos de varia índole -éticos, políticos, sociales, religiosos- determinaron una suerte de requisitos que se caracterizan por estar formulados de modo negativo. Tales son los que los modernos denominan “impedimentos”, y se distinguen en “absolutos” y “relativos”, según que induzcan incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien sólo con referencia a determinadas personas.

Son impedimentos absolutos:

- a) El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.
- b) La esclavitud de uno de los cónyuges.
- c) El voto de castidad y las órdenes mayores, en el Derecho nuevo.

Son impedimentos relativos:

- a) El parentesco de sangre o cognación. En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito; en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive - hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. Un senadoconsulto del año 49 de Cristo, con el fin de permitir el matrimonio del emperador Claudio

con su sobrina Agripina- hija del propio hermano Germánico-, autorizó la unión entre tío y sobrina.

Se mantuvo todavía la prohibición del matrimonio entre el tío y la hija de la hermana, así como entre la tía paterna o materna y el sobrino. Una disposición de Constantino restableció la antigua prohibición de tomar por esposa a la hija del hermano. Las uniones entre primos fueron prohibidas en la segunda mitad del Siglo IV, pero a comienzos del V fueron de nuevo permitidas.

El parentesco de adopción -adoptiva cognatio- constituye también impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.

- b) El parentesco espiritual. Según norma justiniana, está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.
- c) La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. A esa prohibición de matrimonio entre los parientes de la línea recta, se suma la establecida por el Derecho cristiano en orden a los cuñados.
- d) El adulterio y el rapto. Por una disposición de la lex Iulia de adulteriis, que confirma la lex Iulia et Papia, está prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice. El Derecho de la última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.
- e) Razones especiales de varia índole:
 - 1. En virtud de un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, se prohíbe, bajo la pena de nulidad, el matrimonio entre el tutor, su paterfamilias, sus descendientes y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas.

2. Mandatos imperiales prohíben al magistrado provincial que contraiga matrimonio con mujer oriunda del territorio en que ejerce su cargo, o bien domiciliada en él. El matrimonio sólo está permitido post depositum officium.
3. Con el fin de favorecer el mantenimiento de la disciplina en el ejército, el Derecho de la época imperial prohibió a los militares que contrajesen nupcias. A fines del siglo II fue revocada la prohibición.
4. Motivos de índole social justifican la prohibición de contraer matrimonio entre senadores y descendientes suyos y libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta condición. Este régimen prohibitivo desapareció por completo en la legislación justiniana.
5. En el Derecho clásico la mujer no puede contraer nupcias antes de los diez meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época postclásica tal período se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. Tal norma tiene por fin evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio. La prohibición cesa, en todo caso, si la mujer da a luz antes de los diez meses o del año.
6. Motivos religiosos dan lugar a la prohibición establecida por el Derecho nuevo de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.

Efectos del matrimonio

De la unión matrimonial surgen derechos y deberes que afectan a ambos contrayentes. De algunos de ellos hemos tratado en otros lugares.

Bajo ciertos aspectos, marido y mujer no están en pie de igualdad, sino que esta se subordina a aquél. La mujer - y no el marido - es castigada por el adulterio. Al marido compete la defensa de la esposa, confiriéndole la ley la acción de injurias

por razón de las ofensas inferidas a la misma. El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer a todo tercero que la retenga indebidamente.

Entre cónyuges no es dable ejercitar las acciones penales e infamantes. En el Derecho justiniano, cuando menos, marido y mujer gozan recíprocamente del *beneficium competentiae*. Ambos, en fin, tienen derecho a los alimentos y a la sucesión hereditaria.

Legislación matrimonial de Augusto

Con el fin de acrecentar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueña de la sociedad romana en los comienzos de la época imperial, dicta Augusto la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del año 18 A.C. y la *lex Papia Poppaea*, del 9 de C.. Aparte de las prohibiciones o impedimentos matrimoniales prescritos al objeto de evitar la mezcla de la alta clase social con personas indeseables o de baja condición de los senadores y sus descendientes con libertas, artistas e hijas de artistas, o de los ingenuos con infames, se establece que los hombres mayores de veinticinco años y menores de setenta, y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta, tienen la obligación de contraer matrimonio, sin que el divorcio o la viudedad sean razones bastantes para eludir la ley. Disuelto el matrimonio por divorcio, toca al hombre casarse inmediatamente; a la mujer, según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de dieciocho meses y de dos años - *lex Papia Poppaea*.

La *lex Papia Poppaea* tiende, además, a que el matrimonio sea fecundo dentro de las edades antes señaladas.

En favor de quienes cumplen con tales prescripciones se otorgan beneficios de varias índoles: queda libre de la tutela la mujer que goza del *ius liberorum*, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro; se exime de los *munera* a quien tiene tres hijos en Roma, o cuatro en Italia, o cinco en las provincias; se puede

ocupar un cargo público antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo, descontándose un número de años igual al de los hijos.

En cambio, los que permanecen solteros -caelibes- y los casados sin hijos -orbi- son sancionados con la incapacidad sucesoria -los primeros, en absoluto; los segundos, en media parte- respecto de personas a quienes no estén unidos por parentesco dentro del sexto grado. Los bienes que no pueden adquirirse a causa de incapacidad se llaman caduca, y pasan a los herederos y legatarios que sean padres o, en defecto de éstos, al aerarium - al Fisco, desde Caracalla.

El sistema de penas implantado por las leyes augusteas queda sin efecto con Constantino y sus sucesores.

Segundas nupcias

Según se ha dicho antes, la legislación augustea conmina con la incapacidad sucesoria a quienes no contraen segundas nupcias. La legislación cristiana, por el contrario, considera desfavorablemente el paso a un nuevo matrimonio. A partir de Constantino se dictan normas que implican, de una parte, una sanción para el parens binubus, y de otra, una defensa en pro de los hijos del primer matrimonio.

La Novela 22 prescribe las siguientes poenae secundarum nuptiarum:

- a) Los *lucra nuptialia* - todo lo adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto, y tanto la dote y la donación nupcial, cuanto los bienes provenientes de donaciones o de cualesquiera disposiciones de última voluntad -pasan en propiedad a los hijos del primer matrimonio, reservándose al cónyuge bínubo el simple usufructo;
- b) El cónyuge bínubo no puede dejar a la madrastra o al padrastro una cuota superior a la recibida por el menos favorecido entre los hijos del primer matrimonio.

Las enajenaciones de los *lucra nuptialia* por parte del cónyuge bínubo, son nulas, como nulas se hacen las verificadas con anterioridad al segundo matrimonio.

Disolución del Matrimonio

El matrimonio se disuelve:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges.
2. Por la *capitis deminutio maxima* de cualquiera de los esposos. En la época clásica la *captivitas* disuelve el matrimonio, sin que se reanude *iure postuminii*. Al retornar el cónyuge prisionero, podrá unirse en nuevo matrimonio con el cónyuge que quedó libre, pero nunca continuar el antiguo.

Según la legislación justiniana, el cónyuge libre no puede contraer nuevas nupcias hasta tanto haya transcurrido un quinquenio desde el tiempo de la cautividad, y siempre que no se tengan noticias del *captivus*. En otro caso, es decir, si no dándose ambos requisitos, contrajera matrimonio, prodúcese un divorcio *sine causa*, incurriendo en las penas consiguientes.

La esclavitud en concepto de pena *-servitius penae-*, como consecuencia de la condena *ad metalla* o *ad opus metalli*, fue abolida por la legislación justiniana, con el fin, precisamente, de que se mantuviera firme el matrimonio.

3. Por la *capitis deminutio media*, que acarrea la pérdida de la ciudadanía. Según el Derecho clásico, la deportación *-que sustituye a la antigua aqua et igni interdictio-* disuelve el matrimonio. No ocurre así en el Derecho justiniano.
4. Por sobrevenir un impedimento. Tal ocurre, cuando el padre del marido adopta a la mujer de éste, por manera que los cónyuges se convierten en hermanos. Se podía evitar que sobreviniese el incesto *-incestus*

stiperveniens-, emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio. El Derecho justiniano sienta el principio de que si alguien quiere adoptar a su yerno o a su nuera, debe antes emancipar a la hija o al hijo.

Es cuestión discutida entre los clásicos la de si se disuelve o no el matrimonio cuando el marido de la liberta tiene acceso al Senado. Justiniano se pronuncia por la firmeza del vínculo.

5. Por divorcio es decir, por pérdida de la *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos. El matrimonio se basa en el consentimiento, y de suerte que, si falta éste, cesa sin más el vínculo.

El *divortium* lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma alguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito -*per litteras*- o por medio de mensajero -*per nuntium*-.

La *lex Iulia de adulteriis*, del año 18 A. C., estableció que el repudio debiera participarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberos. Sin embargo, no debe entenderse que el matrimonio subsiste cuando no ha sido observada dicha prescripción legal. Cabalmente, la ley se limita a exigir la forma solemne para el caso de que el divorcio sea querido por una sola parte, haciendo recaer sobre ésta, cuando no la observe, el peso de ciertas penas.

La *lex Iulia et Papia* prohíbe a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste -*invito patrono*-, conminando con la pérdida del *conubium* a quien tal haga. Esta sanción es interpretada por los compiladores justinianos en el sentido de considerar ineficaz el divorcio cuando falta la voluntad del patrono.

Hacia fines de la República fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándole a declararlas libres.

Por mucho tiempo el divorcio no constituyó un hecho frecuente en la sociedad romana. En cambio, su difusión alcanza límites extremos con la corrupción de costumbres que invade a Roma en la hora de la expansión mundial. Según refiere Suetonio, Augusto estableció cierta limitación -de la que, por lo demás, nada sabemos- a la libertad de divorcio: *divortiis modum impopsuit*. Es en la época cristiana cuando se inicia una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del divorcio.

Una ley de Constantino permitió al marido divorciarse de la mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio, de envenenamiento o de torpe mediación -alcahuetería-; la mujer podía repudiar al marido, si éste era reo de homicidio, de envenenamiento o de violación de sepulcro. Si el marido repudiaba a la mujer, no concurriendo alguna de las circunstancias señaladas, venía obligado a restituir la dote y a no contraer segundas nupcias, autorizándose a la mujer, en el caso de ser contravenida la prohibición, para invadir la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer.

Si la mujer repudiaba al marido, sin que éste fuera reo de alguno de los tria crimina mentados, quedaba obligada a dejarle la dote y la donación nupcial, incluidos los más pequeños objetos -*usque ad acuculam capitis*-, imponiéndosele también la pena de la deportación. Una constitución de Honorio y Constancio II, del año 421, se pronuncia asimismo en sentido restrictivo, aunque no tanto como la de Constantino.

Apreciando excesiva dureza en estas leyes, Teodosio II restablece el sistema de las *culpae*, esto es, admitiendo el divorcio provocado por la otra parte. El propio emperador dispuso más tarde que los matrimonios lícitos -*licita matrimonia*- se pudieran contraer por el consentimiento, pero que los contraídos no se disolviesen sino habiéndose enviado el repudio -*non nisi misso repudio*-, porque la consideración a los lujos -*el favor liberorum*- manda que deba ser más difícil la disolución del vínculo matrimonial. El divorcio sólo puede tener lugar cuando aparezca alguna de

las iustae causae enumeradas por la constitución teodosiana. Fuera de ellas, el divorcio es castigado, si bien no con excesivo rigor.

En cualquier caso, la mujer no puede pasar a segundas nupcias antes de que transcurran cinco años, sancionándose la contravención con la nulidad de éstas y con la declaración de infamia.

El divorcio por común consentimiento -communi consensu- es siempre libre. Y en relación con él dispuso Anastasio que le fuera lícito a la mujer no esperar el quinquenio, sino pasar a segundas nupcias después de un año.

Justiniano reordena la materia, mostrándose partidario de un criterio restrictivo. El divorcio ha de tener lugar mediante una comunicación oral o escrita hecha a la otra parte en presencia de siete testigos.

Dentro del régimen justiniano hay que distinguir cuatro figuras de divorcio:

- a) Divortium ex iusta causa, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley. Son iustae causae: 1º la maquinación o conjura contra el emperador, o también su ocultación; 2º el adulterio declarado de la mujer; 3º las malas costumbres de la mujer; 4º el alejamiento de la casa del marido; 5º las insidias al otro cónyuge; 6º la falsa acusación de adulterio por parte del marido; 7º el lenocinio intentado por el marido; 8º el comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.
- b) Divortium sine causa, cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley.
- c) Divortium communi consensu, es decir, por el simple acuerdo común.

- d) Divortium bona gratia o divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge: impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra.

Tratándose de divorcio ex iusta causa, el cónyuge culpable es castigado con la pérdida de la dote -o de sus derechos sobre ella- y de la donación nupcial, y, si ni una ni otra se hubiesen constituido, con la de una cuarta parte de los bienes. Además, cabe forzarle a que se retire a un convento.

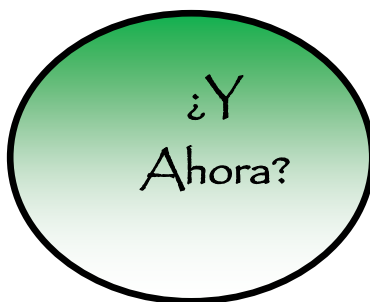
Iguales penas se aplican al que se divorcia sine causa, y a ambos cónyuges en el divortium communi consensu. Justino II, sucesor de Justiniano, declara libre de toda sanción al divorcio por mutuo consentimiento.

La reacción del nuevo espíritu cristiano no llega a borrar el concepto romano del matrimonio y del divorcio. En ciertos casos el divorcio es considerado ilícito, pero nunca se declara su invalidez.

ESTRATEGIA DE CIERRE

Por síntesis

Algún estudiante puede decir ¿y ahora?, ¿cómo llevar a la práctica el “educar para” en el tema de la familia?, ¿cómo poner en obra un aprendizaje de prospección en el análisis del matrimonio?.



La educación tiene alternativas, y todo lo alternativo es una pregunta por el futuro, lo hemos insistido en este módulo. ¿Y ahora?, ¿qué prefiere usted?: ¿Un estudio o aprendizaje en el que solo se le distribuye sentidos o un aprendizaje que le permite construir sentidos en una relación en la que entran la creatividad, la novedad, la incertidumbre, el entusiasmo y la entrega personal?.

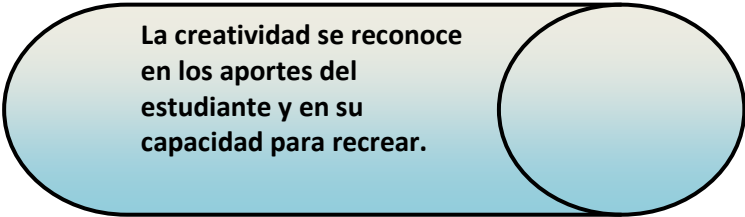
Si tuviera que elegir un punto en este módulo me quedaría con “el educar para la incertidumbre” entendiéndola como un “educar para localizar, reconocer, procesar y utilizar información”.

Evaluación y validación del módulo dentro de un ejercicio de prospección

Evaluación:

Evaluación del módulo (en relación con el “saber hacer” y dentro de un ejercicio de prospección):

El aprendizaje del estudiante se concreta y se plasma en los aportes del mismo, en lo que puede innovar. En este módulo ponemos al estudiante frente a dos corrientes de pensamiento sobre la familia: la corriente tradicional romanista que cree en la familia formada por los padres y los hijos procreados o adoptados; y la corriente actual que abre la posibilidad de uniones de hecho entre personas del mismo sexo cuyos defectos son parecidos a los del matrimonio que es la innovación jurídica actual.



La creatividad se reconoce
en los aportes del
estudiante y en su
capacidad para recrear.

Las líneas de evaluación dentro de la idea rectora del educar para la significación serán:

- a) Su capacidad para recrear y reorientar los contenidos tradicionales de la familia;
- b) Su capacidad para imaginar situaciones nuevas dadas las últimas tendencias en relación con las uniones de hecho;
- c) Su capacidad para imaginar como quedaría un estudio desde las nuevas tendencias o ángulos de mira de las uniones entre personas del mismo sexo.

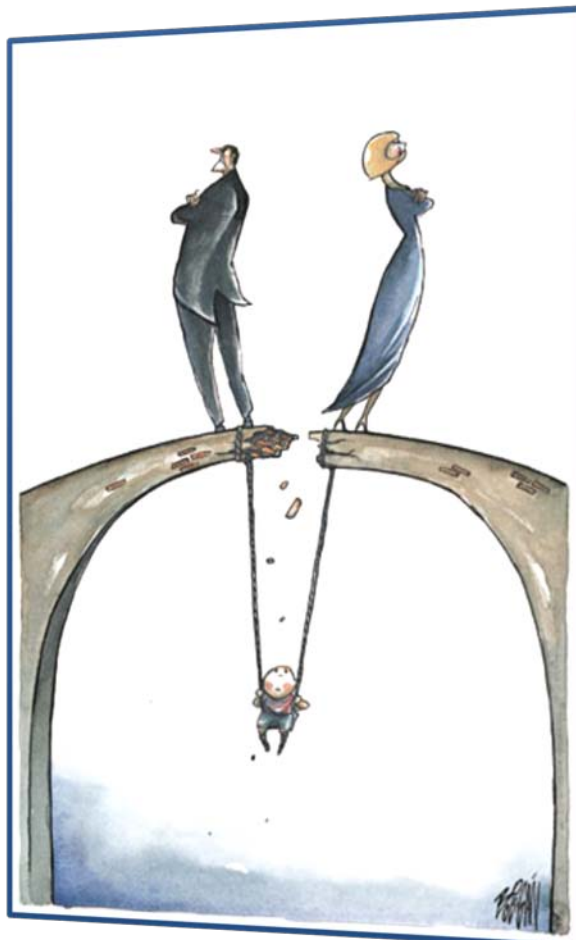
Validación:

La información, los contenidos, las prácticas de aprendizaje de prospección, la mediación a través de la historia, el énfasis en el “educar para la incertidumbre”, la evaluación bajo el criterio del “saber hacer” serán validadas previamente a través de un encuentro de reflexión y análisis con profesores de la Facultad de Filosofía para recoger sus opiniones previas en lo que se refiere a la adecuación metodológica del módulo, a la pertinencia de las estrategias de inicio, desarrollo y cierre; y a la adecuación del lenguaje.

Bibliografía:

- Libro “Derecho Romano”
Sexta Edición
Autor: Juan Iglesias
Ediciones Ariel
Barcelona – 1972

UNIDAD



El divorcio

4

UNIDAD 4

DERECHO ROMANO DE FAMILIA: EL DIVORCIO

Educar para la significación

- ❖ **Estrategia de inicio** (El drama de un divorcio)
- ❖ **Estrategia de desarrollo** (acento en el educar para la significación)
 - Práctica de aprendizaje a través de la **observación** acentuando en el “educar para la significación” entendida como “dar sentido e impregnar de sentido a lo que se hace o se hará en la futura profesión”.
 - Una breve biografía romana. Augusto de Roma
 - Ubicación temática:
 - o El divorcio en la legislación romana.
 - o Práctica de aprendizaje: Para ejercitarse en la interacción
- ❖ **Estrategia de cierre** (por síntesis)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber ser en las relaciones” y bajo el criterio de “claridad – comprensión”**
- ❖ **Bibliografía**

UNIDAD 4

DERECHO ROMANO DE FAMILIA: EL DIVORCIO

Estrategia de inicio

EL DRAMA DE UN DIVORCIO

En una de las oficinas públicas en las que trabaje por algunos años tuve un amigo que se divorció. Observaba a mi amigo: no podía concentrarse, dormía en un hotel, luego de la jornada laboral no sabía que hacer y buscaba otros amigos; supe que su hijo menor de edad empezó a tener problemas de rendimiento en el colegio. En fin, el divorcio causa desastres y calamidades en muchos órdenes de la vida.

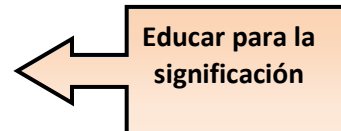
En mi oficio de profesor conozco casos como el de una alumna que con mirada angustiada me confesó que iba a abandonar su sueño de ser abogada porque sus padres se estaban divorciando y tenía que dejar la universidad para poder mantener a sus hermanos.



Es cierto que al estudiante, a lo largo de este módulo, se le va a proveer de las herramientas que le conducirán a construir apropiadamente el tema de la disolución del matrimonio, pero también es necesario que tenga presente que una de las finalidades de su aprendizaje (educación para) es la “educación para la significación” uno de cuyos “significados” es “dar sentido a lo que hace” e “impregnar de sentido su futura práctica profesional”.

El divorcio desde el punto de vista familiar

Dice Prieto Castillo que con “una educación alternativa busca procesos significativos”, que involucren al estudiante.



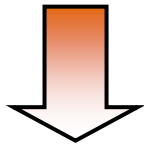
¿Qué significa, “significar”?.- Puede significar “dar sentido a lo que hacemos” o “impregnar de sentido la futura práctica profesional”.

El vocablo “sentido” que se emplea en el aprendizaje alternativo tiene parentesco con otras expresiones; puede equivaler a: razón, sensación, trayectoria. De modo que acudiremos a todos estos “significados” para que situemos el tema del divorcio.

En efecto, en un proceso de divorcio juegan diferente papel y tienen suerte distinta los esposos, los hijos, el patrimonio, los abogados, el juez..

En este módulo veremos cómo el estudiante se encamina hacia el conocimiento de la parte sustantiva y adjetiva del divorcio, pero, al mismo tiempo, tendrá presente que una de las finalidades de su aprendizaje (de su “educación para”) es “dar sentido a lo que hace” e “impregnar de sentido su futuro ejercicio profesional”.

Práctica de aprendizaje



Durante estos años y, posteriormente, cuando abogado, el contexto con el que usted va a tener una relación espontánea es el Juzgado, el Tribunal, la Corte; esos van a ser sus espacios más comunes a través de los cuales usted va a transitar a diario.

Si usted se detiene a observar por ejemplo, el espacio de un juzgado en el que se tramita un juicio de divorcio va a encontrar verdaderas sorpresas. Ese juzgado es un riquísimo escenario de observación.



Observe usted lo que sucede en el espacio de ese juzgado: está el Juez, frente a él los cónyuges en trámite de divorcio, a cada lado sus abogados: se trata de una audiencia de conciliación en el que usted imaginariamente actúa, a la vez, como juez y abogado.

Le pido, entonces, que le “dé un sentido” a lo que él podría hacer si fuese juez para llamar a los cónyuges a la reflexión y conciliación; le pido también que le “impregne de sentido a su futura profesión” tomando en cuenta que en un trámite de divorcio no se trata sólo de conocer los procedimientos sino que está subyacente el desastre y la calamidad que representa el divorcio para los miembros de la familia.

Usted puede recuperar esas **observaciones**, plasmarlas por escrito y reflexionar sobre ellas en voz alta en una sesión presencial con sus compañeros.

*Una breve biografía
romana
Augusto de Roma*

Al emperador Augusto le afectó toda su vida una salud delicada; sin embargo sus energía le permitió superar sus desgracias familiares. Augusto se casó tres veces. Su segunda esposa le dio una hija, Julia, célebre por su belleza. El Emperador no tuvo hijos de su tercera mujer, Livia, aunque ella tuviera dos de un matrimonio anterior. Livia fue un ejemplo de fidelidad conyugal, pese a los escándalos de su esposo. Livia se vengó solo con sus actividades políticas.

Augusto no se atrevió nunca a oponerse abiertamente a Livia. Corría el rumor de que Livia preparaba el camino del trono para sus hijos. Augusto había escogido como su sucesor a su sobrino Marcelo, al que llamó “la espada de Roma”. Augusto había casado por ese motivo a Julia con Marcelo, pese a las protestas de Livia. Marcelo murió a los 20 años y se acusó a Livia de haber intervenido en su muerte.

El segundo heredero del trono fue Agripa, amigo de infancia de Augusto. El Emperador compartió el poder con él haciéndole tribuno de la plebe y dándole la mano de Julia.

Augusto le sorprendió también la muerte de su yerno y corrió el rumor de que Livia le había envenenado. Luego de una larga vida el Emperador murió herido mortalmente al caer de su caballo.

Ubicación temática

- o **El divorcio en la legislación romana.**
- o **Práctica de aprendizaje: Para ejercitarse en la interacción**

El divorcio en la legislación romana

Las causas para la disolución del matrimonio dentro del Derecho Romano son las siguientes:

1. La muerte de uno de los cónyuges: el marido podía volver a casarse inmediatamente; pero la viuda debía guardar el luto durante 10 meses y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha, a fin de evitar confusión de parto o incertidumbre sobre la paternidad.
2. La PERDIDA DEL CONNUBIUM que resultaba de la reducción a esclavitud. Si algunos de los cónyuges ha sido hecho prisionero del enemigo, se disuelve el matrimonio.
3. El divorcio: el divorcio fue admitido desde el origen de Roma, pero los antiguos romanos no lo practicaron debido a la severidad de las costumbres primitivas. Recordemos que el matrimonio romano se basa en la affectio maritalis, o sea, en la intención de ser marido y mujer o con sentimiento mutuo; el divorcio se produce por la pérdida de esta affectio maritalis que determina que cese el vínculo matrimonial.

El divorcio, lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a formalidad alguna; es suficiente un simple aviso comunicado de palabra o por escrito o a través mensajero.

Hacia el fin de la República y, sobre todo, bajo el imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbre y siendo más rara la “manus” podía la mujer con

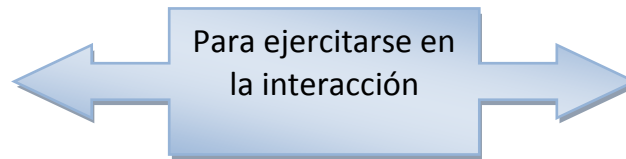
mayor frecuencia provocar el divorcio hasta el extremo de que los historiadores antiguos se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios.

Habían dos clases de divorcio:

- a) Divorcio Bona Gratia: es decir por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.
- b) Divorcio por repudiación: es decir por la voluntad de uno de los cónyuges, aunque sea sin causa. La mujer no sometida a la “manus”, tiene este derecho lo mismo que el marido.

Bajo el emperador Augusto, al que aludimos en la mediación anterior, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley exige que el que intente divorciarse notifique al otro cónyuge su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita.

Práctica de aprendizaje



Una de las instancias de aprendizaje es el “contexto”. Allí juega papel importante la “interacción”. Pensemos entonces en la posibilidad, de que usted, en el espacio de su futuro ejercicio profesional, entreviste a los que intervienen como protagonistas en el juicio de divorcio:

Entrevístese con un juez de lo civil y con los abogados que intervienen en el juicio de divorcio:

- a) Pídales que le cuenten la historia de su trabajo*
- b) Cómo “impregna de sentido” a su trabajo de juez*
- c) Cómo “dan sentido” al ejercicio de su profesión de abogados*



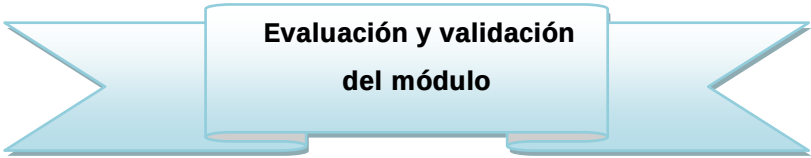
¿Y ahora?

Este módulo ha estado dedicado al aprendizaje del divorcio, aprendizaje mediado a través de la historia, a través de prácticas de aprendizaje en las cuales hemos puesto el acento en el “educar para la significación” es decir, en el “dar sentido a lo que usted hará como futuro profesional”, en el “impregnar de sentido a su quehacer preprofesional”. Nos hemos preocupado de su aprendizaje a través de la “observación”, de “la interacción o interlocución”.

Cierre por síntesis

Por eso insistimos en lo necesario que es impregnar de sentidos y dar sentido a su aprendizaje acudiendo al diálogo y a la interlocución con el contexto.

Si pudiéramos elegir un punto de este módulo, seleccionaríamos el aprendizaje dentro del contexto del “educar para la significación” bajo el signo de la “observación e interlocución”.



Evaluación y validación del módulo

Evaluación:

Las pautas de evaluación de este módulo tendrán como idea rectora el “educar para la significación”: por esencia, el estudiante universitario es un ser que está en relación con profesores, con abogados, con operadores de justicia.

En la medida en que mejor se relacione más puede **significar su aprendizaje**, mejor puede **observar**, y mejor puede **dar sentido e impregnar de sentido a su aprendizaje preprofesional**.



Saber ser en las relaciones: “Somos seres históricos”

Las líneas de evaluación serán las siguientes:

- a) Su capacidad para vincular (a través de la interacción) los temas estudiados con personas que pueden aportar;
- b) Su capacidad para analizar las relaciones que se dan en su contexto a través de la observación de lo que sucede en el espacio de un juzgado en que se desarrolla un juicio de divorcio
- c) Su capacidad para dar sentido a lo que hacen los protagonistas que intervienen en un divorcio.

Validación:

Para la validación de los contenidos de este módulo acudiré a la reflexión y diálogo previo con jueces de lo civil; su prueba y validación previa se orientará al análisis crítico de los temas y contenidos relacionados con los aspectos procedimentales del divorcio, la demanda, la audiencia de conciliación, etc.



Así mismo recurriré a profesores de lenguaje para la validación previa del módulo en lo que se refiere al lenguaje utilizado y su adecuación.

Bibliografía:

- Libro “Derecho Romano”

Autor: Francisco José Huber Olea

UNAM México

IURE Editores – 2005

UNIDAD



Medio ambiente y propiedad

5

UNIDAD 5

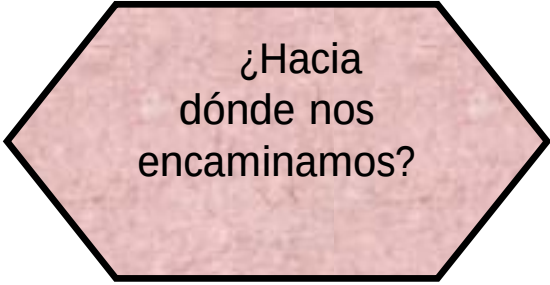
DERECHO ROMANO: DE LOS DERECHOS REALES

(Énfasis en el “educar para la incertidumbre”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Un recorte de prensa; el **sumak kawsay**)
- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del educar para la incertidumbre)
 - Práctica de aprendizaje de significación desde el punto de mira de **variaciones textuales** (acento en el educar para la incertidumbre).
 - El Derecho de Propiedad en las teorías de Platón y Aristóteles.
 - Ubicación temática:
 - o Las cosas, su clasificación
 - o La posesión
 - o La propiedad de dominio
 - o La prescripción o usucapio
 - o Guía de estudio
 - o Práctica de aprendizaje de significación desde el enfoque “**de los términos a los conceptos**” (acento en el educar para la incertidumbre)
- ❖ **Estrategia de cierre** (“la carta del indio”)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber ser”**
- ❖ **Bibliografía**

Estrategia de inicio

(Un recorte de prensa; el **sumak kawsay**)



¿Hacia
dónde nos
encaminamos?

En el diario El Universo se publicó un reportaje titulado el **sumak kawsay** que lo reproduzco a continuación:

“Los derechos del **buen vivir**, podría parecer que tienen un significado similar al de **bienestar** o que se trata de una formulación práctica para indicar el propósito de alcanzar mejores niveles de vida. No es así.

El concepto del buen vivir conlleva una interpretación del mundo que se viene elaborando de tiempo atrás.

Uno de sus precursores, Illich, teólogo y sacerdote católico fue un brillante polemista y crítico, tanto de las instituciones contemporáneas, como del sentido del progreso en las sociedades occidentales. Sostuvo la tesis de que la escuela, la institucionalización de la educación, lleva a la institucionalización de la sociedad. Este sacerdote católico (desautorizado y expulsado de la Iglesia por Ratzinger, Presidente de la Comisión de Defensa de la Fe, actual pontífice) profundizó el sentido del **buen vivir** oponiéndose a la sociedad consumista, a la contaminación de las fuentes, a la creación de necesidades y a la urgencia de satisfacerlas. (Estas son las ideas que también inspiraron a la Asamblea Constituyente de Montecristi).

Otro pensador que está en la misma línea del pensamiento del **buen vivir** es Latouche, quién sostiene que la sociedad desarrollista causa desigualdad e injusticia, que el bienestar que produce es ilusorio, y que el imperialismo, el desarrollo

económico y la globalización han vuelto a los países más dependientes por lo que propone a los países del Sur que se liberen de su dependencia económica y cultural del Norte redescubriendo sus propias historias, interrumpidas por el colonialismo, el desarrollo y la globalización, creando identidades culturales propias.

Buen vivir, sumak kawsay, no es, por tanto, una alegoría ni una construcción literaria, sino una concepción definida del mundo.

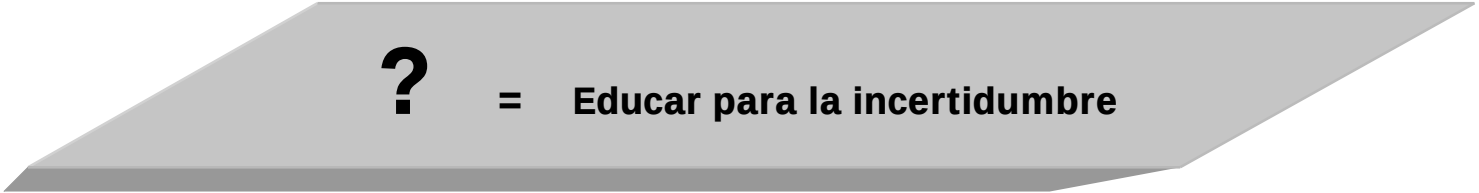
Son los mismos indígenas del Perú, Bolivia y Ecuador los que ahora proponen un concepto nuevo para entender la relación del hombre con la naturaleza, **con la tierra** (derecho de propiedad), con la historia, con la sociedad, con la democracia.

Son los indígenas los que han propuesto el **sumak kawsa**: no existe, en sentido estricto, crecimiento económico, lo que existe acumulación de capital que acarrea la ampliación de las fronteras de la explotación y de la enajenación humana.

Es el significado del buen vivir: una combinación de filosofía ancestral, de etnicismo y de cosmovisión que está subyacente en la nueva constitución cuando se habla del derecho de propiedad o dominio.

Estrategia de desarrollo

“Educar para interrogar en forma permanente la realidad de cada día”; este es uno de los significados que Prieto Castillo le atribuye al educar “para la incertidumbre”.



? = Educar para la incertidumbre

¿Cuál es la realidad actual (de cada día) del régimen de la Propiedad Privada?

¿Cuánto influyó el Derecho Romano en nuestra legislación civil en lo que se refiere al Derecho de Propiedad o dominio?

La sola etimología de la expresión “dominio” de “dominus” (latín) “señor” da a entender que el propietario es el “amo” que tiene facultades exclusivas y excluyentes sobre el inmueble que es suyo.

Veremos en el desarrollo de este módulo lo que significa el “dominio o señorío” sobre un inmueble. Es una institución jurídica rígida que, con la vigencia de la constitución del 2008, y bajo la óptica del sumak kawsay tiene que sufrir cambios sustanciales.

El aprendizaje, entonces, en este módulo va a centrarse en proveerle a usted, estudiante, de herramientas y mediaciones que le van a encaminar a que permanentemente interrogue e interpele esta realidad cotidiana del derecho de propiedad o dominio para darle un enfoque moderno, diferente al romanista, según las nuevas disposiciones constitucionales que reconocen otros tipos de propiedad, por ejemplo: la propiedad pública, la propiedad estatal, la propiedad comunitaria, la propiedad asociativa, la propiedad cooperativa, la propiedad mixta, y siempre que cumpla su función social y ambiental (sumak kawsay).

**El Derecho de Propiedad debe ser sometido
a INTERROGACIÓN**



He escrito varios textos de estudios para mis alumnos del área del Derecho Civil (personas, obligaciones, derecho internacional privado). Luego de esta maestría en docencia universitaria y mientras estoy “construyendo” esta tesis, diría que en esos textos están “distribuidos sentidos” impuestos al sujeto y repetidos de memoria; en otras palabras, el estudiante ha sido el “objeto” de mi quehacer educativo.

En la propuesta que yo presento en esta maestría encuentro que es un verdadero desafío intentar mi actividad educativa “construir sentidos”, lo cual acarrea que el estudiante se involucre en esa “construcción” es decir, se transforme en protagonista, en sujeto de la educación.

¿A qué aspiro en esta práctica de aprendizaje? Precisamente a alentar en el estudiante un modo de significar, a inculcar en el alumno una actitud activa ante las innovaciones y nuevas corrientes que giran en torno al concepto clásico y rígido del Derecho de Propiedad o Dominio como está legislado en nuestro Código Civil Romanista.

Usted tiene el texto del Código Civil Romanista en el que se legisla y se norma el Derecho de Propiedad. Es una institución rígida: la propiedad es un derecho real sobre una cosa que le faculta a usar, gozar y abusar (disponer) de la misma; es un derecho absoluto porque excluye al resto de personas que adquieren el deber absoluto de respetarlo.

Sin embargo, usted tiene el texto de la Constitución del Ecuador en el que el derecho de propiedad, bajo el enfoque del *sumak kawsay*, tiene nuevas concepciones: ya no es absoluto sino que por ejemplo hay otros tipos de propiedad como los que se mencionó arriba y se declara que se la respetará siempre que cumpla su **función social**.

Entonces, en esta práctica de significación, usted intentará efectuar un ejercicio de **variaciones textuales** que es uno de los matices de la práctica de significación y, al mismo tiempo que se esfuerza en ese intento trate usted de tener presente el “educar para la significación” entendida como el esfuerzo para “interrogar e interpelar la realidad de cada día”.

Entonces, usted tiene dos tipos de legislaciones acerca del Derecho de Propiedad: la una, rígida y absoluta (romanista); la otra, flexible que admite variaciones y que está enfocada a velar por la función social de la propiedad.

Le sugiero, entonces, realizar el siguiente ejercicio:

- a) Dado el concepto rígido que de la propiedad o dominio consta en el Derecho Civil Romanista, efectúe una **variación textual** introduciendo información para pensar en la propiedad o dominio desde puntos de vista no contemplados en ese texto legal.
- b) Dado el concepto que tiene el Derecho Civil sobre el Dominio, haga usted una **variación textual** incorporando los nuevos atributos de la propiedad que constan en la constitución para caracterizar el **Dominio** de otra manera.

No pierda de vista que se trata de una práctica de aprendizaje de significación en la que están presentes “**las variaciones textuales**”.

El Derecho de Propiedad en las teorías de Platón y Aristóteles

Uno de los temas más extraños dentro del libro “La República” de Platón, es el que se refiere al COMUNISMO DE BIENES, de mujeres y de hijos para los miembros pertenecientes a las dos clases superiores, de guardianes y de gobernantes, que le han valido a Platón serios reproches, comenzando por su discípulo Aristóteles.

No obstante, el comunismo que propone no tiene nada que ver con los regímenes propuestos en el renacimiento y mucho menos con el socialismo ni con el comunismo modernos.

No se trata de un régimen comunista para toda la ciudad, puesto que la gran mayoría (agricultores, artesanos, comerciantes), pueden tener bienes y familia propios. Solamente afecta a los defensores y a los gobernantes, para cuyas altas funciones considera Platón como impedimento la posesión particular de esas cosas.



Su objeto es independizarlos de todo cuanto pueda suponer un estorbo para entregarse por completo al servicio del Estado.

Los guardianes y los filósofos gobernantes no tendrán bienes propios sino que vivirán a sueldo de la comunidad, como servidores suyos. Tampoco tendrán casa propia, sino que vivirán acuartelados en edificios propiedad del Estado.

Como se puede apreciar según Platón, no se trata de un régimen comunista, sino de la vida en comunidad de una porción selecta de funcionarios del Estado sostenida económicamente por la clase inferior.

Platón aspira a que la ciudad sea la gran familia de todos, en la cual todos deben considerarse como hijos, padres y hermanos.

Para el filósofo Aristóteles no son aceptables las teorías expuestas por Platón. Los bienes materiales no pueden ser comunes a todos. Si bien el Estado debe regular cuidadosamente la excesiva acumulación de la riqueza en manos de unos pocos privilegiados.

Ubicación temática

- o Las cosas, su clasificación
- o La posesión
- o La propiedad de dominio
- o La prescripción o usucapio
- o Guía de estudio
- o Práctica de aprendizaje de significación desde el enfoque “**de los términos a los conceptos**” (acento en el educar para la incertidumbre)

Las cosas, su clasificación

La COSA o “res”, en sentido propio, es todo objeto del mundo exterior sobre el cual pueden recaer derechos. El campo de las cosas se limita a los objetos materiales pero no a todos, sino a aquellos que son jurídicamente comerciables.

La definición de la COSA se amplió cuando Gayo trajo al terreno jurídico la distinción entre COSAS CORPORALES y COSAS INCORPORALES.

El Derecho Romano distinguía las siguientes clases de cosas:

La cosas que están fuera del comercio como las siguientes: Res Divini Iuris y Res Humani Iuris.

Las cosas que están dentro del comercio o RES PRIVATAE: Las Res Privatae, es decir las cosas privadas son aquellas que componen el patrimonio de los particulares, los cuales pueden adquirirlas o transmitirlos a otros.

A las cosas privadas se las llaman también BONA, porque constituyen el bienestar y la riqueza de las personas.

Otra clase de cosas son las cosas MANCIPI: los tratadistas especializados en esta materia sostienen que es difícil conocer con precisión su concepto. En los primeros orígenes del Derecho Romano, las RES MANCIPI debían ser declaradas en el CENSO que introdujo Servio Tulio, en este censo solo se registraban las cosas principales que se referían a la agricultura, principal riqueza del pueblo romano.

Como quiera que estas cosas MANCIPI se inscribían en los registros del censo, era propietario de ellas, el que como tal aparecía en las listas, y de aquí que se exigiera la inscripción en dicho censo y cada vez que se tratara de transferir a otros la propiedad de ellas, y como esta inscripción se verificaba cada 5 años (lustración), las cosas enajenadas durante ese intervalo no llegaban a ser propiedad efectiva del adquiriente, sino después de cada lustro; para poner remedio a este inconveniente se introdujo en sustitución de la enajenación por censo, la mancipación, es decir la venta simbólica hecha con el testimonio del pueblo romano representado por 5 ciudadanos.

Otra división de las cosas privadas dentro del comercio, era la que se refería a la COSA MATRIZ Y FRUTOS:

Son frutos los productos naturales que más o menos periódicamente suministran las cosas: los productos de las plantas, la leña de los bosques, la lana, la leche, las crías de los animales. A estos frutos, el Derecho Romano los llamaba “frutos naturales”.

Son también frutos los rendimientos o réditos que se obtienen por la concesión a otro de una cosa: rentas de alquileres, intereses de dinero prestado. Modernamente se les conoce a estos frutos como Frutos Civiles; los romanos los denominaba “pro fructibus”.

Los frutos pueden encontrarse en varios estados:

- a) Fructus pendentes, cuando aún están adheridos a la cosa matriz;
- b) Fructus percepti, son los frutos recogidos o cosechados;

- c) Fructus percipiendi, son los frutos que debieron percibirse y no se percibieron por falta de diligencia.

La posesión

La posesión, tal como la entendía puede ser definida: “el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella, como lo haría un propietario”.

La palabra POSSESIO se deriva de POSSE, que significa PODER, por tanto, poseer una cosa significa tenerla bajo el poder puramente material y no depende de que el poseedor tenga o no realmente el derecho de ejercitarlo.

Casi siempre a la posesión le acompaña la propiedad, puesto que el hombre no puede utilizar la cosa si es que no la tiene a su disposición. Sin embargo, posesión y propiedad pueden separarse, de manera que el propietario puede no poseer la cosa, y el poseedor puede no ser propietario.

Elementos de la Posesión:

Para que se configure la Posesión es necesario que concurren dos elementos:

1. El Hecho o “corpus”; y
2. La Intención o “animus”.

El ELEMENTO CORPORAL es el elemento material, y es para el poseedor, el hecho de tener la cosa físicamente en su poder.

El HECHO INTENCIONAL es la voluntad que tiene el poseedor de conducirse como amo con respecto a la cosa; es lo que los comentadores llamaban el “animus domini” o ánimo de señor y dueño.

Comúnmente los dos elementos concurren en una sola persona. Pero podía suceder que una persona tenga la mera tenencia de la cosa, sin la intención de

obrar como amo, como en los casos del usufructuario, del depositario, del comodatario:

Clases de posesión:

Podemos distinguir tres clases de posesión:

- a) Una simple tenencia del objeto que no goza de la protección judicial; los textos romanos la denominaban *possessio naturalis*, *possessio corpore* ó simplemente *tenere*.
- b) Un poder sobre la cosa; poder protegido por los interdictos, a la que se le conoce con el nombre de *possessio ad interdicta*.
- c) Un señorío sobre la cosa, protegido por los interdictos que era conocida con el nombre de *possessio civilis* y requiere justo título y buena fe.

Un poseedor puede ser de buena o mala fe, es de buena fe si se cree propietario, y será de mala fe si ha tomado posesión de alguna cosa sabiendo que pertenece a otra.

Pérdida de la posesión:

Es evidente que se deja de poseer cuando se pierden los dos elementos que configuran la posesión. Esto es lo que ocurre cuando, por ejemplo, la cosa llega a perecer, o cuando el poseedor se deshace de ella voluntariamente, renunciando a la voluntad de disponer como dueño, en beneficio de un tercero.

La pérdida de la posesión es de tres clases:

- a) Pérdida *animo solo*: que se da cuando el poseedor ya no tiene voluntad de disponer como dueño o manifiesta el propósito de renunciar a la cosa.
- b) Pérdida de la posesión *corpore solo*: que se da cuando interviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a su voluntad.

Por ejemplo: el poseedor de una cosa deja de poseerla cuando la ha perdido, ignorando dónde se encuentra. Pero la posesión no se pierde cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa.

- c) Pérdida de la posesión animo et corpore: que se da cuando se destruye el objeto o cuando se lo abandona, o cuando se lo enajena.

La protección posesoria:

La posesión está protegida por dos clases de interdictos:

- a) Interdictos retinenti posesionis;
- b) Interdictos recuperando posesionis.

La propiedad o dominio

El derecho de propiedad es aquel en virtud del cual, las ventajas que puede procurar una cosa son atribuidas a su titular.

Los romanos no la definieron, para ellos la propiedad fue el derecho real por excelencia, confundiéndola con el objeto. En el lenguaje ordinario de los jurisconsultos romanos, tener la propiedad de una cosa es poseer la cosa misma.

Los elementos del derecho de propiedad son:

- a) El ius utendi o usus: es el derecho de servirse de la cosa;
- b) El ius fruendi o fructus: es el derecho a percibir los frutos o productos;
- c) El ius abutendi o abusus: que es el derecho de disposición más completo, ya que, en virtud de este derecho, el propietario puede consumir el objeto y enajenarlo.

La defensa procesal de la propiedad:

La defensa procesal de la propiedad se la desarrollaba a través de la reivindicatio: ésta es la acción que ampara al propietario civil contra el tercero que posee ilícitamente y tiende a que se reconozca su propiedad; y, en consecuencia se le restituya la cosa. La reivindicatio compete al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

La reivindicatio, en la época clásica, se la realizaba a través de la “fórmula petitoria”; se trataba de un juicio entre dos partes: la una parte era el actor, o sea el propietario; y la otra parte era el demandado o sea el poseedor.

Se podía preparar el ejercicio de la acción reivindicatoria, mediante la “actio ad exhibendum”, mediante la cual se pedía la presentación de la cosa, ya sea para lograr una segura identificación, ya sea con miras a separarla de la otra cosa a la que está unida.

El demandado no tiene obligación de asumir la defensa de la cosa, por el contrario, a cargo del actor corría la carga de la prueba; carga pesada y difícil, pues cuando la propiedad ha sido adquirida de modo derivativo, es menester probar el derecho del actor y el de aquel que le transmitió a éste; y así sucesivamente, hasta dar con quien la adquirió de modo originario.

La reivindicatio tiende a la restitución de la cosa que es poseída ilícitamente por un tercero, admitiéndose la intervención directa sobre la cosa, con la asistencia de la autoridad pública.

La responsabilidad del demandado es diferente según se trate de un poseedor de buena o mala fe. Por ejemplo: el poseedor de buena fe sólo responde de los frutos percibidos después de la contestación a la demanda; el poseedor de mala fe también responde de los frutos percibidos desde antes de la contestación a la demanda.

Clases de propiedad o dominio:

- a) Propiedad quiritaria: conocida también como propiedad proveniente del derecho de los ciudadanos. Para la propiedad quiritaria se requería:
- Que su titular fuera ciudadano o latino con *ius commercii*;
 - Que la cosa tuviera carácter romano: que fuese mueble o suelo itálico;
 - Que se haya adquirido su propiedad en la forma establecida por el derecho civil.
- b) Propiedad bonitaria: también conocida con el nombre de propiedad pretoria. Cuando el “accipiens” adquiere el objeto sin utilizar la forma prescrita por el derecho civil, se no hacía dueño, sino que el “tradens” o vendedor seguía siendo reconocido como propietario por el derecho civil y podía intentar la acción reivindicatoria para recuperar el objeto, pero el derecho pretorio concedió una excepción al demandado para rechazar la pretensión del actor.
- c) Propiedad provincial: el derecho de propiedad sobre inmuebles sólo era posible referido al suelo romano. Los territorios ganados mediante la guerra pertenecían al Estado Romano; el Estado podía conceder a los particulares la utilización de estos territorios, mediante el pago de un impuesto.

La prescripción o usucapio

La usucapio es un modo derivativo de obtener la propiedad, establecido por el derecho civil. La usucapio es una forma de adquirir la propiedad por la posesión continuada de un año o dos. Tiene una gran función: convierte la propiedad bonitaria en quiritaria. La usucapio, con el transcurso del tiempo, convierte la posesión de buena fe en propiedad civil; facilita la prueba de la propiedad, pues basta demostrar que se ha tenido el bien durante el tiempo fijado por la ley.

Requisitos de la prescripción o usucapio:

Los requisitos de la usucapión se resumen en el famoso exámetro, que los juristas medievales aplicaron a la prescripción ordinaria; estos requisitos son:

1. Res habilis (cosa hábil)
2. Titulus (título)
3. Fides (buena fe)
4. Possessio (posesión)
5. Tempus (transcurso del tiempo)

RES HABILIS:

Todas las cosas son susceptibles de ser adquiridas por usucapión, excepto las siguientes: las cosas que están fuera del comercio; las cosas del Estado; las cosas de los menores edad; las cosas del ausente; las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe.

TITULUS:

El titulus o justa causa es la condición suficiente por sí misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad. El título o justa causa suele ser indicado con la preposición “pro”, viniendo luego el nombre de la relación de que se trate; he aquí los principales títulos o justas causas:

- a. Pro soluto: cuando se ha dado en pago una cosa, a fin de cumplir una obligación;
- b. Pro emptore: cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena.
- c. Pro Donato: cuando se ha donado una cosa por quién no es dueño.
- d. Pro dote: cuando se ha entregado en dote una cosa perteneciente a otro.
- e. Pro derelicto: cuando se ha ocupado una cosa abandonada.

FIDES:

La fides o buena fe significa la creencia leal, la convicción honesta de que se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en posesión de la cosa.

LA POSSESSIO:

La posesión es el señorío sobre la cosa, no la simple detentación. La posesión debe ser continuada.

TEMPUS:

Según las Constituciones Imperiales de Justiniano, para adquirir la propiedad por usucapión son necesarios tres años si se trata de muebles; si se trata de inmuebles son necesarios diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Guía de estudio



Nos detendremos en los aportes de Vincenzo Arangio Ruiz, tratadista de Derecho Romano. En este tramo de los estudios corresponde abordar, de su libro “Instituciones del Derecho Romano”, los temas que encabeza con el título “La propiedad” y “La propiedad y los otros derechos sobre las cosas”.

El material del autor es muy rico, porque nos sitúa frente a cuestiones que aparecen una y otra vez en la práctica jurídica cotidiana, por ejemplo al tratarse de temas como: La propiedad como señorío del hombre sobre la cosa, excluida toda injerencia contraria; La amplitud del señorío partiendo del ius utendi y del ius fruendi; Los límites de la propiedad; La propiedad quiritaria; y, La propiedad bonitaria.

No es objetivo de esta guía de estudio, que el estudiante entre de lleno en la amplia teoría del dominio o propiedad, pero resulta fundamental la revisión de esos principios a fin de que se acerque a lo que realmente sucede con el derecho de propiedad.

A continuación transcribo literalmente los títulos anteriormente citados y que son desarrollados por el autor ya mencionado; le pido al estudiante que vuelque en un pequeño texto, una breve y rica síntesis de estas lecturas:

TITULO II

DE LAS OBLIGACIONES

(Capítulo del Libro “Derecho Romano de Obligaciones” del Autor E. F. Camus)

Los diversos tipos de propiedad en el Derecho Romano

La propiedad es el señorío del hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda ingerencia extraña; es el derecho en virtud del cual la voluntad del titular es decisiva respecto a la cosa en toda dirección (WINDSCHEID). Esta relación de pertenencia resalta también en el lenguaje común, que acostumbra señalar la propiedad con los mismos adjetivos posesivos con que se señalan los órganos y las facultades corporales y espirituales del hombre; así como hablo de mis manos y de mi pensamiento, también, con las palabras del formulario de la antigua legis actio sacramenti, "aio hunc hominem, hanc domum, hoc volumen meum esse", expreso casi que en aquellas cosas del mundo exterior se refleja y actúa mi personalidad.

Para definir la amplitud del señorío correspondiente al propietario, los juristas del derecho común solían partir de la definición del usufructo, que es *ius utendi fruendi*, y agregarle un *ius abutendi*, en el que se comprendería la facultad de enajenar la cosa, de abandonarla, de destruirla. Con esto se omitía la facultad que desde el punto de vista jurídico constituye el elemento más notable de la propiedad; es decir, la exclusión de cualquier ingerencia de terceros respecto a la cosa. Pero quizá tan unilateral como ésta es, en razón de faltarle toda consideración al contenido económico de la relación, la definición que de la propiedad dan juristas excesivamente severos, como Schlossmann, considerándola como derecho de exclusión.

Lo que hemos dicho no impide que la facultad de gozar de la cosa en algunas direcciones pueda corresponder a persona distinta del propietario (ejemplo, usufructuario, enfiteuta) o al propietario y a otros conjuntamente (ejemplo, servidumbre de tránsito), o, en fin, que el propietario pueda estar obligado con respecto a otros a abstenerse de ciertos actos de goce (ejemplo,

servitus altius non tollendi). Pero es característico que los derechos sobre la cosa -de otro, así definidos (los llamados derechos reales fraccionarios), no representan poderes definitivamente separados de la propiedad; por el contrario, toda vez que el derecho de otro se extinga, las facultades en él comprendidas vuelven ipso iure al propietario. Es éste el principio de la elasticidad del dominio.

Particularmente absoluta y preponderante es la propiedad fundiaria romana. En los orígenes, los derechos reales que pueden limitarla son solamente el usufructo y las servidumbres voluntariamente constituidas; pero el primero es esencialmente temporario, y para las segundas el nombre mismo nos dice que son consideradas como situaciones anormales de sujeción de un fundo a otro. Normalmente, el fundo pertenece a su señor, tan plenamente como el territorio al Estado, y esta completa exención de cargas se expresa en los formularios dando al fundo no gravado con servidumbre las calificaciones de *optimus maximus*.

También en las relaciones entre vecinos, la libertad de que goza cada uno de las ingerencias de otros, es la que decide; en efecto, no puede considerarse como límite a la actividad del particular, sino como discriminación de las respectivas esferas de libertad de acción, la prohibición de turbar al vecino con actividades que, aun desarrollándose sobre el fundo propio, representen para aquél la más mínima invasión o *immissione*.

La regla fundamental está dada por ULPIANO, sobre las huellas de ARISTON, en D. 8, 5, 8 § 5: "*in suo... alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*"; en consecuencia, se decide que no es lícito al propietario de una fábrica de quesos invadir con el humo que de ella proviene el edificio superior, que no es lícito al propietario de un fundo superior echar agua en el fundo inferior, que no es lícito picar piedra en el fundo propio haciendo saltar los fragmentos sobre el fundo vecino. Naturalmente, tal criterio encuentra su aplicación conforme a las costumbres y a las exigencias prácticas: en el § 6 del mismo fragmento, ULPIANO admite, por ejemplo, que es lícito "*fumum non*

gravem, puta ex foco, in suo facere", aunque parte de ese humo suba al edificio superior.

De todo lo dicho resulta cuán antirromana es esa prohibición de los actos de emulación, que los juristas medievales creyeron extraer de nuestras fuentes y llevaron a consecuencias extremadamente, nocivas para la sana economía fundiaria. Se llamaron de emulación los actos que un propietario realiza sobre su cosa, no para obtener una utilidad efectiva, sino con el único fin de molestar al vecino: como si yo encendiese fuego no para entrar en calor ni para cocer alimentos, sino para causar una incomodidad al vecino con el humo que de aquél proviene, o si, teniendo una casa ya ampliamente iluminada, abriese una ventana con el solo fin de poder curiosear en el jardín de otro. Criterio, como es fácil de ver, extraordinariamente peligroso; sobre todo porque, faltando la mayoría de las veces el modo de investigar los móviles del propietario, a la demostración del propósito exclusivo de perjudicar se sustituían las presunciones, con evidente daño para la iniciativa individual.

Para descartar que un principio como el de la prohibición de los actos de emulación fuese conocido por los juristas romanos, bastaría recordar la máxima *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*. Ciertamente es que algún pasaje de la compilación justiniana, relativo a la mejor distribución de las aguas, parece inspirarse en la aversión por los actos emulativos; pero PEROZZI demostró que esos pasajes fueron retocados por los compiladores.

Sin embargo, alguna verdadera limitación impuesta a la propiedad, sea en interés público o en el de los vecinos en condiciones de necesidad, existe también en el derecho romano, con frecuencia siempre mayor con el correr de los siglos.

Quizá no entra en este concepto el *limes*, espacio de cinco pies que en el acto de las asignaciones de tierras se dejaba libre alrededor de cada lote de terreno; y tampoco el *ambitus*, espacio igual que debía dejarse libre entre edificio y edificio. Es dudoso, en efecto, si aquellas pequeñas zonas se consideraban

asignadas o permanecían públicas; y en la primera hipótesis, hay todavía dudas sobre si fuesen inmediatamente abandonadas por los asignatarios para transformarlas en vías públicas, o si, por el contrario, permanecieran de propiedad privada pero con afectación al uso público: sólo en el último, caso se podría hablar con propiedad de una limitación del dominio.

Donde no existe limes (lo que era quizá ya normal en la época clásica) el acceso a la vía pública a través del fundo del vecino no puede obtenerse sino mediante constitución de servidumbre, nunca -en consecuencia- contra la voluntad del propietario gravado. Sólo se ha derogado este principio para el *iter ad sepulchrum*, el cual, según una constitución de SEVERO y CARACALLA referida en D. 11, 7, 12 pr., debe ser precariamente concedido por el vecino con la mediación del presidente de la provincia, a quien el interesado puede dirigirse, según parece, como a un amigable componedor. Sobre los fundos situados a lo largo de un río recae un derecho de uso público para las necesidades de la navegación y del comercio fluvial; y si una vía pública es obstruida, los propietarios de los fundos ubicados a lo largo de ella deben permitir el tránsito a los transeúntes hasta que aquella vuelva a ser utilizable.

Señalamos todavía, respecto a los edificios, una serie de disposiciones repetidamente confirmadas y retocadas en la época imperial, dirigidas a evitar las demoliciones injustificadas, a no turbar los planos regulares de las ciudades, a limitar la edificación sobre los locales destinados a baños, a impedir que sean separados de las casas los mármoles y otros materiales valiosos que contribuyen a la magnificencia de las ciudades (cfr. sobre todo esto las constituciones del C. 8, 10, de *aedificiis privatis*).

El derecho posclásico admite también con amplitud la expropiación por causa de utilidad pública mediante indemnización (cfr., por ejemplo, C. 8, 11, 9); respecto del tiempo anterior no tenemos disposiciones generales, pero es cierto que desde la última época de la república las leyes especiales relativas a la

construcción de toda obra pública regulaban la situación de los propietarios que habrían de ser privados de sus bienes.

Veremos inmediatamente los medios judiciales que para tutelar el pleno ejercicio del derecho de propiedad frente a los vecinos, limitan en cierto sentido la propiedad de éstos (interdicta de arboribus caedendis y de glande legenda, actio aquae pluviae arcendae, cautio damni infecti, operis novi nunciatio, interdictum quod vi aut clami).

Hemos tratado hasta ahora de la propiedad como de una institución unitaria; corresponde, sin embargo, poner de relieve que en el derecho clásico se pueden distinguir tres diversos tipos de situaciones jurídicas que, consideradas en su contenido económico y en la protección adversus omnes de que gozan, pueden designarse todas como propiedad. Tales son, según la terminología moderna, la propiedad civil o quiritaria (*dominium ex iure Quiritium*), la propiedad provincial (*ususfructus* o *possessio* de los *praedia stipendiaria* o *tributaria*), la propiedad pretoria o bonitaria (*in bonis habere*).

La distinción entre el primero y el segundo tipo, que es específica de la propiedad fundiaria, responde en sus presupuestos a concepciones fundamentales de la antigüedad. Esencialmente, soberanía y propiedad fundiaria eran, en la concepción originaria, la misma cosa; de manera que la tierra no podía pertenecer al particular, sino al monarca despótico o, colectivamente, a los cives de una ciudad. Sólo después y únicamente en el régimen del Estado-ciudad, la copropiedad soberana de todos se transforma en propiedad del particular sobre la fracción que se le ha asignado como su parte (o supuesta tal).

Para los principios de Roma, en efecto, no nos resulta probada la existencia de una propiedad privada de los fundos cultivables; cuando mucho, una propiedad inmobiliaria de los particulares se reconoció en la ciudad solamente sobre las casas, como también sobre pequeños lotes cultivados en calidad de huertos (véase los *bina iugera*, constitutivos del *heredium* que Rómulo habría asignado a cada ciudadano). El territorio que queda fuera de la ciudad se destina

al pastoreo o a la agricultura extensiva, principales fuentes de vida de las "gentes" patricias: se trataba, en su mayor parte, de territorio del cual se habían apoderado los etruscos cuando fundaron la ciudad, de manera que cada uno de ellos (patricios) lo podía ocupar con sus rebaños (de allí el nombre de *ager occupatorius*), salvo que su derecho era precario y revocable por la ciudad a su arbitrio (y por eso se le llamaba *possessio*).

Después, la agricultura intensiva se impone con el consiguiente predominio del pueblo agricultor de los plebeyos contra la minoría patricia; y la preponderancia de tal forma de agricultura se traduce en la exigencia de un señorío no ya precario y revocable sino permanente e intangible, de cada familia de campesinos, sobre su fracción de terreno. En la tradición tiene particular relieve la distribución del territorio tomado a los veyenses, después de la victoria de Canúlo, en 396 A.C.; se hicieron con él muchos pequeños lotes de siete yugadas cada uno, que se asignaron a las familias plebeyas.

Pero las asignaciones habían tenido ya lugar en gran número, sea en tierras tomadas a los enemigos, sea quizá dentro del mismo *ager publicus* originario; posteriormente, las asignaciones se extendieron cada vez más, y se fueron creando, en todas partes de Italia, colonias de ciudadanos o de latinos que allí se establecían en condiciones análogas. La asignación estaba precedida por la *limitatio*, a la que se procedía mediante ceremonias augurales: señaladas dos calles maestras, una según el curso del sol y la otra de norte a sud (*cardo maximus* y *decumanus m.*), se trazaban paralelamente a una y otra las que debían ser las líneas de confín entre los lotes; su asignación se hacía normalmente mediante sorteo. El *ager divisus et adsignatus* era, entre los terrenos, el único que podía ser objeto de propiedad privada, el único que el propietario podía reivindicar declarando: "*aiō hunc fundum meum esse ex iure Quiritium*".

En cambio, el *ager publicus*, al que también se fueron agregando nuevas zonas con cada extensión notable del territorio romano, siempre permaneció objeto de simple posesión, aunque la precariedad de la ocupación llegase a ser un

puro nombre, y el señorío de hecho sobre vastas zonas territoriales formase parte notable del patrimonio de las grandes familias. De todos modos, cuando en 133 A.C., Tiberio Graco propugnó el retorno de parte de la tierra pública al Estado y su distribución como *ager divisus et adsignatus*, el Senado no pudo oponerle argumentos jurídicos sino solamente el obstruccionismo.

Votada la ley de Graco, multiplicadas en los años sucesivos las asignaciones (especialmente a los veteranos, de los ejércitos proconsulares del último período republicano), transformada, por el contrario, en propiedad de pleno derecho aquella *possessio* que volvía a entrar en los límites fijados por las nuevas leyes, ya no hubo en Italia tierras cultivables que no fuesen asignadas en dominio quiritario; de allí la definitiva subsunción de todos los fundos itálicos entre las *res Mancipi*.

Pero el territorio de las provincias, que había estado la mayor parte de las veces en la propiedad-soberanía de las dinastías orientales y helenísticas, pasó naturalmente a la propiedad del Estado romano, para después ser dividido (en el dualismo de la constitución augustea) entre la república, representada por el Senado, y el príncipe, su protector; y fue objeto de una explotación racional, tanto más necesaria en cuanto la decadencia del cultivo de cereales en Italia imponía una enorme importación, y los grandes gastos públicos no podían ser atendidos sin extraer de las provincias cuanto dinero se pudiese.

Sobre los diferentes métodos de explotación diremos algo a propósito de la enfiteusis (cap. IX) aquí sólo corresponde señalar que también de los terrenos que se dejaban a los particulares en pleno y transferible goce (y según la terminología de las provincias helenísticas) permanecía como propietario el Estado o el príncipe; como reconocimiento de este derecho eminente el concesionario estaba obligado al pago de un impuesto, llamado *stipendium* en las provincias senatoriales y *tributum* en las imperiales. El nombre de *dominium* no es aplicable a esta forma de señorío: GAYO (II, 7 y *passim*) intenta más bien expresar su contenido recurriendo todavía una vez más a la terminología de las

leyes sobre el *ager publicus*, que hablaban de *habere possidere uti frui licere*; dice, por consiguiente, que en él *possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*.

La cierto es que tenemos aquí una institución afín a la propiedad, salvo la limitación del impuesto; en el Edicto emanado de los gobernadores de las provincias senatoriales, al rubro de *rei vindicatione* seguía el otro *si ager stipendiarius petatur*-, bajo el cual debía acordarse una fórmula análoga a la de la *rei vindicatio* misma, y ciertamente en su jurisdicción toda otra acción en defensa de la propiedad fundiaria debió ser adaptada a la cuasi propiedad; análogamente proveían en los expedientes de la *cognitio extra ordinem*, los presidentes de las provincias imperiales.

Sólo en el Bajo Imperio se abolió la distinción. El primer paso se dio en el siglo III, cuando Aureliano gravó con impuestos también a los fundos itálicos; desde ese momento cesaba toda razón para un tratamiento diferente, y si alguna diferencia de regulación jurídica se ha conservado durante algún tiempo, esto no ha podido ocurrir más que por fuerza de la inercia. Pero ahora se planteaba el dilema: declarar, en obsequio a la tradición jurídica, excluida toda propiedad individual para los inmuebles, o renunciar a considerar el pago del impuesto como reconocimiento de una propiedad eminente del Estado, para entenderlo como contribución del propietario a los gastos públicos. Eligiendo este segundo camino, el más razonable, se reconoció también en las provincias el *dominium*, el cual ya no es más *ex iure Quiritium*, por haber desaparecido esta denominación con las fórmulas procesales clásicas que la contenían, pero conserva los principales atributos de la propiedad clásica.

En otro sentido, y para toda clase de objetos, a la propiedad quiritaria se le fue oponiendo una propiedad pretaria. La adquisición de la propiedad civil está vinculada, como veremos, para las *res Mancipi*, al cumplimiento del acto solemne, *mancipatio* o *in iure cessio*; dondequiera que éste no haya tenido lugar, el adquirente no se hace *dominus ex iure Quiritium*. Ahora bien; por razones

inherentes a las más elementales exigencias del comercio, el pretor consideró necesario proteger en ciertos casos al adquirente, ya contra terceros, ya eventualmente contra el mismo propietario, como si el vicio de forma no existiese.

El caso privilegiado (el único, quizá, del cual el Edicto hiciese mención) es el de una res mancipi vendida y después transmitida al comprador mediante la simple entrega (traditio). Por el principio del ius civile, el transmitente permanecía como propietario hasta que no se hubiese cumplido en provecho del accipiens la usucapión; y podía en el intervalo intentar victoriosamente la rei vindicatio. Pero el pretor paraliza la eficacia de esta acción otorgando al comprador la exceptio rei venditae et traditae, mediante la cual él permanece en posesión de la cosa y es absuelto (cfr. ps. 148 y ss.).

En el caso de que durante el mismo período de tiempo un tercero llegase a ser poseedor de la cosa, no pudiéndose permitir al adquirente el ejercicio de la rei vindicatio, el pretor le concede una fórmula ficticia llamada (por el nombre del magistrado o jurista que la inventó) actio Publiciana, consistente en ordenar al juez que investigue solamente si ha tenido lugar la venta y la sucesiva tradición, para obrar, en caso afirmativo, como si hubiese transcurrido también el término de la usucapion (ps. 145 y ss.).

La Publiciana puede también intentarse contra el propietario vendedor, en la eventualidad de haber recobrado la posesión de la cosa suya; es verdad que él gozaría de una exceptio iusti dominii que en otras circunstancias paralizaría la acción, pero aquí la excepción es paralizada a su vez por una replicatio doli, concedida al actor en consideración a la conducta maliciosa que el propietario observaría al tratar de conservar la cosa por él mismo vendida y entregada. La protección ideada para el comprador, fue pronto extendida a quien hubiese recibido la entrega de la cosa mancipi por una causa distinta de la compraventa, como la donación o la constitución de dote.

Los mismos medios judiciales (o, eventualmente, otros medios análogos) se aplicaron toda vez que una cosa hubiese pasado del señorío de una persona al de otra, sobre la base de instituciones de creación pretoriana; dado, en efecto, el dualismo de los ordenamientos, no podía un medio jurídico creado o adaptado por el pretor conferir la propiedad civil.

Piénsese, por ejemplo, en la distinción entre los iudicia legítima y los iudicia quae imperio continentur (p. 157): si un juicio divisorio (*communi dividundo* o *familiae erciscundae*) se ha desarrollado como iud. q. imp. continentur, el adjudicatario sólo puede disponer de la *actio Publiciana*. Por analogía, tendremos que decir que quien paga el importe de la condena (*litis aestimatio*, cfr. p. 156) como consecuencia de una *rei vindicatio* planteada como iud. leg. se hace propietario *ex iure Quiritium*, y que, en cambio, quien lo paga como consecuencia de una *rei vindicatio* planteada como i. q. i. c.,- podrá luego defenderse, salvo usucapición, sólo con la *Publiciana*.

Lo mismo ocurrirá, como es natural, para todas las acciones pretorias; por ejemplo, si demandado con la *Publiciana* misma yo prefiero pagar la *litis aestimatio* antes que entregar la cosa, no podré adquirir un derecho más fuerte que el que correspondía al actor a quien pago.

Prosiguiendo con la analogía, cabe señalar que mientras el heredero civil puede reclamar los bienes particulares de la herencia con la *rei vindicatio*, el heredero pretorio (*bonorum possessor*) sólo puede reclamarlos mientras no haya usucapido, con una acción ficticia análoga a la *Publiciana*; que mientras el adrogante (adoptante de una persona *sui iuris*) adquiere la propiedad civil de los bienes del adrogado, el *bonorum emptor*, adquiriendo como consecuencia de un procedimiento de creación pretoria (ps. 161 y ss.), sólo tiene una defensa pretoria; y así sucesivamente.

En las hipótesis analizadas, del adquirente que mediante los mecanismos de la *actio Publiciana* y de la *exceptio rei venditae et traditae* hace valer, contra

quienquiera que sea, su facultad de permanecer en posesión, se dice que tiene la cosa in bonis, es decir, en propia, exclusiva y perpetua disposición. Prácticamente él es el propietario; mientras que al dueño formal, a quien sería inicu, reservar la posesión, le queda un nudum ius Quiritium, es, decir un derecho de propiedad desprovisto de toda ventaja. Por eso se comenzó a hablar abusivamente, ya en la época clásica, de dos tipos de dominium, el ex iure Quiritium y el in bonis; y, abolida la mancipatio y la in iure cessio, JUSTINIANO elevó a la condición de casos de propiedad civil a todos aquellos en que los clásicos habían reconocido el in bonis.

Por lo tanto, en el derecho justiniano se logra plenamente la unificación del concepto de propiedad.

Adquisición y pérdida de la propiedad:

Distinciones fundamentales. Modos de adquisición a título originario: 1) ocupación y adquisición del tesoro; 2) accesión; 3) incrementos fluviales; 4) especificación; 5) confusión y mezcla; 6) adjudicación; 7) litis aestimatio; 8) adquisición de los frutos. Modos de adquisición a título derivado (transmisión): principios generales. Los modos particulares; 9) ini. iure cessio; 10) mancipatio; 11) traditio. Modos de adquisición intermedios entre los a título originario y a título derivado: 12) usucapio y praescriptio longi temporis. Pérdida de la propiedad.

Se llaman modos de adquisición de la propiedad aquellos hechos jurídicos que el ordenamiento declara idóneos para crear en los particulares un derecho de propiedad, o para transmitirlo de uno a otro sujeto.

Estos hechos jurídicos son clasificados por los juristas, y especialmente por Gayo, en dos grandes categorías: modos de adquisición iuris gentium, es decir, inspirados en una naturalis ratio y, en consecuencia, accesibles tanto a los extranjeros como a los romanos, y modos de adquisición iuris civilis, es decir,

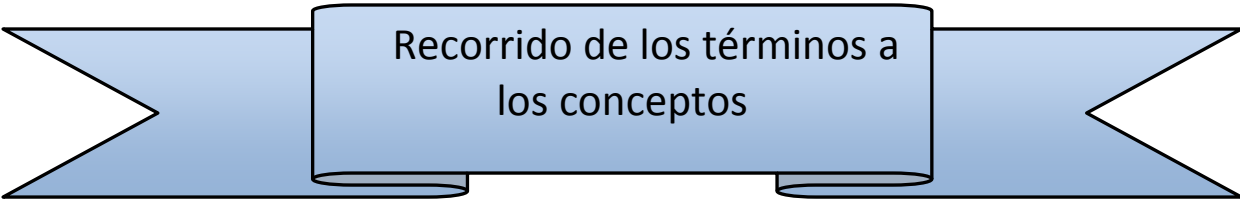
propios de los romanos. A la primera categoría pertenecen, por ejemplo, la ocupación (especialmente en la forma de la *ocupatio bellica*) y la tradición; a la segunda, la *mancipatio* y la usucapión.

Mucho más grata a los modernos es la distinción entre modos -de adquisición a título originario y a título derivado". La propiedad se adquiere a título derivado cuando la causa de la adquisición está en la transmisión efectuada en nuestro beneficio por el precedente propietario; se adquiere a título originario cuando falta tal conexión con un precedente derecho de otro.



Práctica de aprendizaje

Prieto Castillo manifiesta que “lo alternativo representa siempre el intento de encontrar un **sentido otro** a relaciones y situaciones”. El tema del Derecho de Dominio se presta para que usted trate de “construir sentido” en esta relación que se da entre este tema y usted como estudiante de este módulo; en esta relación jugarán un papel importante su creatividad y entrega personal. Sin perder de vista este enfoque de “significación” le sugiero el siguiente ejercicio de aprendizaje de significación (de los términos a los conceptos):



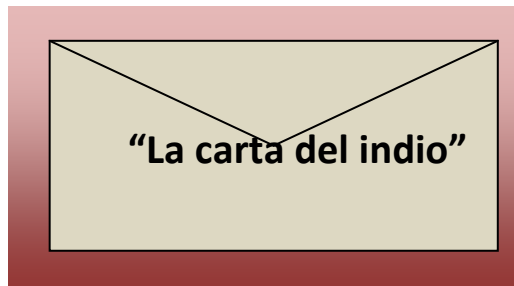
Recorrido de los términos a los conceptos

- a) Dado el término “**dominio**” expresar cómo lo entiende usted con sus propias palabras.
- b) Dado el término “**propiedad**” buscar, cómo la define el Derecho Civil Romanista y el nuevo Derecho Constitucional.
- c) Dado el término “**dominio**” investigue su etimología.

Estrategia de cierre



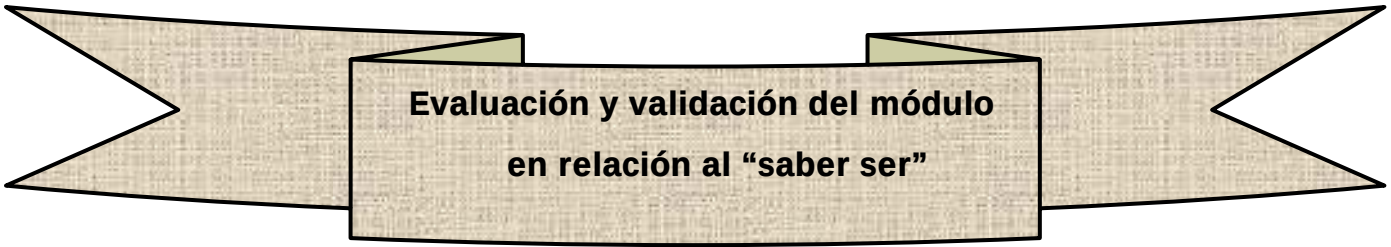
En 1885 el gobierno norteamericano propuso a la tribu Dwanwish, la compra de sus tierras. El jefe indio Seathl dirigió una hermosa carta al presidente Franklin Pierce. Reproduzco una síntesis de la misma:



“El gran jefe de Washington manda palabras: el desea comprar nuestra tierra. El gran jefe también manda palabras de amistad y bienaventuranza. Esto es muy amable de su parte, ya que nosotros sabemos que él tiene muy poca necesidad de nuestra amistad. Pero nosotros tenemos en cuenta su oferta, porque nosotros sabemos que si no lo hacemos así, el hombre blanco vendrá con sus pistolas y tomará nuestra tierra. Lo que el jefe Seathl dice es que el gran jefe en Washington puede contar con las palabras del jefe Seathl, como pueden nuestros hermanos blancos contar con el retorno de las estaciones. Mis palabras son como las estrellas. Ellas no se ocultan. ¿Cómo se puede comprar o vender el cielo; el calor de la tierra? Esta idea es extraña para nosotros. Hasta ahora nosotros no somos dueños de la frescura del aire ni del resplandor del agua. ¿Cómo nos lo pueden ustedes comprar? Nosotros decidiremos en nuestro tiempo. Cada porción de esta tierra es sagrada para mi gente. Cada espina del brillante pino, cada orilla arenosa, cada bruma en el oscuro bosque, cada claro e insecto es sagrado en la memoria y en la experiencia de mi gente.

Nosotros sabemos que el hombre blanco no entiende nuestras costumbres. Para él, un pedazo de tierra es igual a otro; porque él es un extraño que viene en la noche y toma de la tierra lo que necesita. La tierra no es su hermana, sino su enemigo, y cuando la ha conquistado sigue adelante. Deja las tumbas de sus padres atrás y no le importa. Secuestra la tierra de sus hijos. A él no le importa. Su apetito devorará la tierra y solo dejará atrás un desierto.

Cuando el último piel roja haya desaparecido de la tierra y su memoria sea solamente la sombra de una nube cruzando la pradera, estas costas y estas tierras aún albergaran el espíritu de mi gente, porque ellos aman esta tierra como el niño recién nacido ama el latido del corazón de su madre”.



Evaluación y validación del módulo en relación al “saber ser”

La evaluación debe ser entendida como un modo de enriquecer el proceso de enseñanza – aprendizaje. Si el aprendizaje significa construcción de sí mismo, es evidente que la **evaluación** solo puede florecer dentro de este concepto; está claro que la **evaluación** solo puede ser entendida como un modo para que este proceso se acreciente, ascienda y se perfeccione (“se enriquezca”, dice Daniel Prieto).

Manifiesta Daniel Prieto que, “el sentido de la evaluación está tanto en los resultados como en el proceso. En realidad una educación es alternativa cuando es productiva, cuando el interlocutor construye conocimientos y los expresa, reelabora información, recrea posibilidades e incluso simula e inventa”.

Lo que se trata de evaluar en este módulo es precisamente el cambio de actitudes en el aprendizaje (saber ser); un texto de respuestas no cambia el “saber ser”, el cambio de actitudes va incorporado en el aprendizaje de significación.

Las líneas de evaluación, dentro del marco del “saber ser” serán las siguientes:

- a) La capacidad para continuar en la tarea de construir su propio módulo sobre el derecho de propiedad o dominio, dados los nuevos enfoques sobre el mismo.
- b) Su capacidad de dar una lectura crítica al texto del Derecho Civil Romanista referente al Derecho de Propiedad como Derecho Absoluto y Excluyente.

- c) Su capacidad para ampliar su actitud investigativa sobre el tema: se le ofrece al respecto todo un horizonte de nuevas corrientes y perspectivas.



Para la validación de los contenidos de las mediaciones pedagógicas y de las prácticas de aprendizaje recurriré a un grupo experimental de estudiantes, que prueben, (validen) lo indicado en líneas arriba a partir de las siguientes guías: Criterio de claridad y comprensión, usted debe analizar la coherencia de las prácticas y el grado de dificultad en la comprensión ligada al empleo del léxico jurídico.

Bibliografía:

- Libro “Derecho Romano de Obligaciones”
Segunda Edición
Autor: E. F. Camus
Universidad de la Habana - 1942

UNIDAD

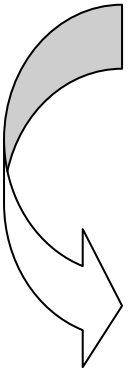


Testatio mentis

(Última voluntad del causante)

6

UNIDAD 6



Una visión global

DERECHO ROMANO: DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE (Énfasis en el “educar para la significación”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Fragmento de historia)
- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del educar para la significación)
 - Ubicación temática:
 - o Las vías sucesorias
 - o La sucesión abintestato
 - o El testamento
 - o El heredero y el legatario
 - o Los derechos que concurren en la sucesión
 - o La separación de bienes y el beneficio de inventario
 - o Guía de estudio
 - o Práctica de aprendizaje de interacción
- ❖ **Estrategia de cierre** (por cuadros sinópticos)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación como el “saber ser en las relaciones”**
- ❖ **Bibliografía**

DESARROLLO

DERECHO ROMANO: DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE (Énfasis en el “educar para la significación”)

Estrategia
de inicio

FRAGMENTO DE HISTORIA

Este fragmento de historia es muy motivador porque en el Derecho Romano, hasta bien entrada la época de nuestra República, había la división entre bienes nobles y bienes plebeyos. Los bienes nobles (grandes extensiones de terreno) sustentaban la nobleza y, luego de la muerte del “señor” del noble, no se dividían entre los hijos sino que se transmitía al primogénito varón. Así sucedió en la edad media:

La Francia, el poder de la nobleza como marco de los derechos hereditarios:

Para evitar ser eliminados en su lucha contra los grandes señores, los reyes necesitaban atraerse partidarios, quienes a cambio de su fidelidad recibían tierras a título de feudo. Estos bienes que la Corona les entregaba, no eran concedidos a título hereditario, sino como alodio: el vasallo disfrutaba las rentas de estos bienes mientras permaneciera fiel al soberano, pero si rompía su juramento de fidelidad, o de obediencia, su soberano tenía derecho a arrebatarle el feudo ¡siempre que pudiera!. El rey que concedía las tierras era el soberano y quien las recibía en feudo, el vasallo.

Un ceremonial solemnísimamente acompañaba tal concesión de poderes: el vasallo se arrodillaba ante el soberano, extendía las manos ante su señor y juraba ser desde aquel momento su “hombre ligo” (“hombre suyo” diríamos hoy), acompañarle a la guerra y asegurar la manutención del rey y de su séquito cada vez que cruzara sus tierras. Soberano y vasallo debíanse ayuda y consejo mutuos (consilium et auxilium) y ambos tenían, pues unos derechos y deberes

respectivos. El poder radicaba en los castillos; los señores, duques, condes y varones, con sus ejércitos, no sólo combatían entre sí, sino también contra el rey.

Recurrían a tales luchas para convertir sus alodios en patrimonio hereditario, en abierta contradicción con el principio según el cual todo sucesor de un feudo debía ser investido en persona por el soberano. Los vasallos podían ser seculares o eclesiásticos.

	El sistema feudal	
--	--------------------------	--

Los que detentaban un feudo llegaron a formar una casta especial, la nobleza feudal, y la sociedad basada en este sistema de concesión de tierras se llama feudalismo o régimen feudal. Las voces feudal, feudalismo, feudo y feudatario derivan todas del vocablo latino feudum, proveniente a su vez del antiguo germánico faihu, que significa en realidad ganado, pero que sirvió más adelante para designar todo género de propiedad, incluso la rústica. El feudalismo fue una de las principales características de la Edad Media y se basaba en un antiguo sistema germánico de vasallaje practicado también en forma de investidura.

El sistema feudal trajo consigo la institución de la servidumbre. Ya en los últimos tiempos del Imperio Romano, los siervos habían sustituido, por razones religiosas y económicas, a los esclavos. En la Antigüedad los siervos eran reclutados entre los esclavos libertos, los prisioneros de guerra e incluso, entre los campesinos más miserables.

En la Edad Media, los campesinos pasan con frecuencia a engrosar las filas de los siervos, pero la causa era muy distinta.... En aquellos tiempos en que imperaba la ley del más fuerte, Occidente se veía de continuo amenazado tanto por enemigos interiores como exteriores y el campesino sólo podía salvaguardarse de violencias colocándose bajo la protección del señor inmediato.

Así en épocas de peligro podía poner a su mujer, sus hijos y sus bienes al abrigo de los castillos. Pero en pago tenía que ceder los derechos de propiedad sobre sus tierras y entregar parte de sus cosechas para el mantenimiento de las tropas, fortificaciones y arsenal de su protector.

Además estaban exentos de impuestos a la Corona, aunque el señor tenía jurisdicción sobre ellos y podía imponerles multas y castigos corporales. Los siervos acogidos a la protección de una iglesia o de una abadía se consideraba que formaban parte de la comunidad religiosa, designada entonces con el nombre del santo patrón de la iglesia o monasterio: familia de San Pedro, de Santa Isabel, etcétera.

Los hombres que preferían el oficio de las armas al de labriego podían ejercitarse entre los soldados del señor. De esta forma fue erigiéndose en suelo galorromano primero, y en el germánico después, una pirámide social cuya cúspide era el rey y que se ensanchaba hacia la base con varias clases de vasallos y subvasallos o “valvasores”. Los vasallos nobles podían conceder tierras a otros vasallos, de quienes eran, a su vez, los soberanos.

La sociedad se dividía, aparte los sacerdotes, en una clase superior de carácter militar y en una clase inferior de campesinos, que gozaban de libertad mediatizada. En cuanto al rey, vivía de las tierras que explotaba por su cuenta, de otras tierras de la Corona y de su patrimonio particular, rentas que apenas cubrían las necesidades de su corte.

El sistema feudal no apareció bruscamente; transcurrieron siglos antes de introducirse en todas partes. Y a despecho de sus lacras, el feudalismo fue el único régimen social capaz de garantizar, en aquellos tiempos, la paz que permitiera dar trabajo a la masa popular, aunque también escindió a la población en torno a cierto número de señoríos independientes.

El deber del Estado, consistente en proteger la vida y hacienda de los ciudadanos, fue ejercido por particulares. Las instituciones del Estado germánico, basadas en un pueblo de campesinos libres, permitían ahora, en parte por influencia romana, que una aristocracia militar se colocara al frente de todos.

(a través del puente conceptual del educar para la significación)

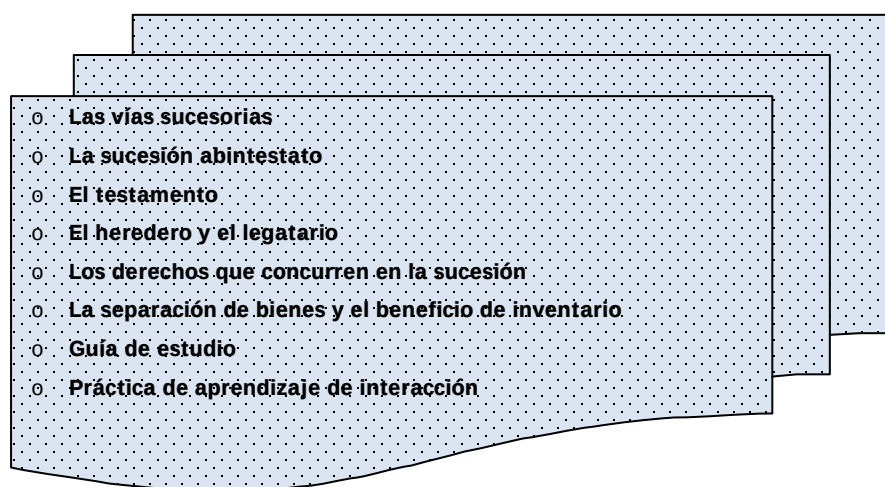
Daniel Prieto Castillo (obra citada pg. 116) dice que la “mediación pedagógica, en lugar de una indefinida exige **un tratamiento recurrente** entendido como una visión del tema desde distintos horizontes”. Es una suerte de espiral, donde los temas van siendo retomados en una mayor profundización.



La espiral del conocimiento

En este módulo vamos a adentrarnos en el aprendizaje de la sucesión por causa de muerte a través de un tratamiento recurrente del tema, es decir en una suerte de “espiral” donde los temas van siendo retomados en una mayor profundización, lo cual permite, al mismo tiempo, que el aprendizaje de este módulo este inspirando en la alternativa del “educar para relacionar y contextualizar discursos”. Así por ejemplo, usted reconocerá en la primera etapa del Derecho Romano la espiral de las diferentes clases de sucesión, y en una segunda etapa espiral estará profundizando o recurriendo a la profundización de una de estas clases de sucesión y en la tercera espiral usted profundizará el mismo tema pero desde el punto de vista de los herederos y legatarios.

Ubicación temática



Las vías sucesorias

Derecho Sucesorio, Concepto General

Teóricamente, sería posible un sistema jurídico en el cual con la muerte acabarían todos los derechos del difunto; y, efectivamente, esta situación la encontramos parcialmente realizada: los derechos que tenía el difunto en calidad de marido, de padre o de tutor, así como sus derechos políticos se extinguen definitivamente, sin transmitirse a otra persona. También sus calidades de usufructuario, de mandatario, de socio, de obrero cesan al igual que sus rentas vitalicias.

Sin embargo, muchos otros derechos, tales el de la propiedad y los derechos de crédito sobreviven a sus titulares originales y se traspasan a otros, a sus “sucesores”. Tomemos en cuenta que el crédito, que es la base de una vida económica desarrollada, no sería posible si las deudas se extinguieran en el momento de la muerte de los deudores; y no sería fácil encontrar sucesores de las deudas si éstos no pudieran al mismo tiempo suceder en los derechos patrimoniales.

Las normas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el derecho de familia. Es precisamente en esta materia sucesoria donde podemos observar importantes cambios del derecho familiar.

Con una ambigüedad terminológica nada rara en nuestra ciencia utilizamos la palabra “sucesión” en dos sentidos distintos:

En primer lugar para designar la transmisión de un patrimonio inter vivos o mortis causa; y,

En segundo lugar para indicar el patrimonio mismo que se transmite. Nos limitaremos al estudio de las transmisiones mortis causa.

La SUCESION por tanto es un conjunto de bienes materiales, créditos y deudas que pasa “en bloque” de un titular a otro con excepción de algunos derechos y deberes de carácter personalísimo, como las facultades derivadas del derecho de familia, algunos reales (usufructo, uso, habitación), algunas acciones (acción por difamación).

Observemos que en su origen la Sucesión Romana no sólo comprendía el patrimonio del difunto sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto, y no solo su personalidad patrimonial.

Las vías sucesorias:

En el Derecho Romano existen tres vías sucesorias:

1. La Sucesión Testamentaria que se abre con el testamento en virtud del cual el causante instituye un heredero que será el nuevo titular del patrimonio y que adquirirá la obligación de satisfacer las cargas que le hubieran sido impuestas en el testamento. Esta vía prevalece sobre la sucesión abintestado.
2. La vía legítima o Sucesión Abintestado que surte efecto cuando no hay testamento, cuando éste no fue válido o cuando el heredero repudia la herencia y no hay sustituto; en este caso, la ley establece cómo debe repartirse el patrimonio entre los parientes.
3. La vía oficiosa que tiene por fin modificar el testamento cuando en éste se anulan los derechos a parientes que debían ser llamados a recoger la sucesión.

La sucesión abintestato:

Esta vía era la precedente cuando no había testamento o, en caso de que lo hubiera no tenía validez, o el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia, sin haberse previsto un sustituto en el testamento. En tales casos se abría la sucesión por vía legítima. A falta de testamento, la ley prescribía cómo debía repartirse el patrimonio del difunto.

Desde las XII Tablas, el ius civile preveía que, por vía legítima, la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

1. En primer lugar a los “heredes sui” (herederos de sí mismos), es decir, a los que ser volvían “sui iuris” por la muerte del causante. Son, por tanto, los hijos del difunto, los nietos del difunto en caso de muerte previa del padre de ellos; y también los hijos póstumos siempre que hubieran nacido dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del decuius.

La herencia se reparte por cabezas, si todos los herederos son del primer grado; si son grados distintos, se reparte por stirpes.

El término “heredes sui” no deja de ser un poco extraño, en realidad sugiere la existencia de una copropiedad familiar. Ya antes de la muerte del paterfamilias, los hijos eran en realidad copropietarios.

Por la muerte del decuius, los “heredes sui” llegan a tener la titularidad manifiesta de un matrimonio, del cual ya eran titulares en forma sólo latente: son “herederos de sí mismos”.

Una consecuencia de esta latente copropiedad familiar es que los “heredes sui” no pueden repudiar la herencia, aunque esté sobrecargada de deudas. Esto es lógico. En cierto sentido se trata de deudas de ellos mismos, a las cuales no deben sustraerse.

Posteriormente, cuando este antiguo sentimiento jurídico, respecto de la copropiedad familiar ya va desapareciendo, el pretor comienza a conceder a los “heredes sui”, el derecho de repudiar expresamente la herencia: he aquí un ejemplo de cómo el ius honorarium corrigió el ius civile.

Las mujeres no podían tener “heredes sui”, pero sí podían pertenecer a la categoría de los “heredes sui”.

2. A falta de “heredes sui”, la herencia se ofrecía a los agnados, es decir, a los parientes por vía masculina. Las personas unidas al de cuius por vía femenina no contaban para la sucesión legítima del ius civile. Un agnado de décimo grado podía recibir la herencia por vía legítima, pero

un hijo no podía recibir la herencia de su propia madre (siempre que ella no se hubiera convertido en agnada de sus hijos).

3. A falta de agnados, recibía la herencia la GENS: A falta de los órdenes anteriores de la sucesión heredada la Gens o sea los “gentiles” o misma gens del difunto.

La sucesión abintestato en el Derecho Justiniano:

El Emperador Justiniano, a través de sus NOVELAS reformó totalmente el injusto sistema sucesorio romano.

La base del nuevo sistema de Justiniano, es el parentesco moderno por ambas líneas, como segunda característica, no hay ninguna diferenciación por sexos. Y un tercer rango es el hecho de que la “hereditas” y la “bonorum possessio” se equiparan acabando con el tradicional dualismo en esta materia.

Justiniano ordenó y simplificó la materia sucesoria y ofreció la herencia abintestato sucesivamente a las siguientes órdenes:

1. Descendientes: dentro de este grupo se repartía por stirpes y dentro de cada grupo se repartía por cabezas.
2. Ascendientes y hermanos. Este grupo ofrecía las siguientes particularidades:
 - a) El ascendiente más cercano excluía al más lejano.
 - b) Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.
 - c) Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la porción de su padre.

3. Medios hermanos uterinos o consanguíneos.
4. Los restantes colaterales: dentro de este orden no encontramos el derecho de representación, es decir, el sistema por el cual los hijos de un pariente fallecido concurrían con los parientes vivos de aquel mismo grado.

El testamento:

El testamento: Concepto y Diferencia con el testamento moderno:

El Testamento es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos ya que se trata de un acto unilateral.

Notemos, una vez más, que la terminología es imprecisa: TESTAMENTUM no sólo es acto de testar sino también el documento en que este acto consta, también llamado TABULAE.

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable del testamento romano. Si la institución de heredero faltaba, el testamento no era eficaz, todas las disposiciones quedaban sin eficacia.

La definición que hemos dado del testamento romano al comienzo, no es válida en el Derecho Moderno, ya que modernamente se reconoce también como testamento, por ejemplo, una mera lista de legados sin institución de herederos; en tal caso el resto de los bienes y de las deudas son por cuenta de los herederos por vía legítima.

Para comprender la diferencia entre el testamento romano y el testamento moderno, debemos decir algo sobre la figura del heredero antiguo.

El Heredero Romano era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios, simpatías y de su religión doméstica. A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto, pero esta sucesión patrimonial era sólo una de las consecuencias de la fundamental sucesión en toda la personalidad, y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el *cuius* mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: la función del heredero era la DE ACTUAR NO LA DE POSEER.

De manera que la esencia de este acto jurídico (testamento) consiste en establecer un continuador de la personalidad del difunto.

De acuerdo con los criterios anteriores, Ulpiano definió al TESTAMENTO como “una correcta fijación de nuestra mentalidad hecha solemnemente, para que valga después de nuestra muerte”; Suetonio y Tácito sostienen que el Testamento solía estar lleno de insultos (*multa et atroia*), dirigidos a sus enemigos, haciendo de él un monumento de odio (¿quién podría lastimarme en mi tumba).

Posteriormente, y de modo paulatino, sobre todo después de las guerras púnicas que determinaron la internacionalización de Roma, el testamento se convirtió en una base para el reparto de un patrimonio.

Las formas del testamento romano:

En forma testamentaria siempre se observa una notable tendencia al formalismo.

El Testamento Romano nació, quizá, como una ley especial, pasó por la fase del contrato y llegó finalmente al concepto moderno “declaración unilateral de última voluntad”.

Las formas más antiguas del Testamento Romano eran:

- El Testamento Calatis Comittis, y,
- El Testamento In Procinetu.

El Testamento Calatis Comittis se hace ante los comicios, dos veces al año; lo que se desconoce es si los comicios debían ser meramente testigos o si podían aprobar o reprobar los testamentos (a modo de una ley especial).

El Testamento In Procinetu consistía en que, antes de iniciarse una batalla, se permitía a los soldados que hicieran su testamento tomando por testigos a sus compañeros de armas.

A lado de estos dos testamentos, los romanos buscaron otras formas testamentarias que pudieran utilizar en cualquier momento, y así se introdujo el testamento mancipatorio o testamento en forma de contrato, en este caso el testador celebraba una compraventa ficticia con el comprador del patrimonio (familiae emptor), con testigos, libripens, etc.. Es decir, en forma de una mancipatio. Este testamento era irrevocable pues como era un acto bilateral no podía anularse por voluntad de una de las partes.

Además de las formas anteriores encontramos en el Ius Civile, un testamento hecho oralmente ante siete testigos: el Testamento NUNCUPATIVO.

El heredero y el legatario:

El heredero recibía la asignación (sucedía) a título universal, mientras que el legatario sólo sucedía a título particular o singular.

Sin embargo, dentro del Derecho Romano, la diferencia fundamental entre heredero y legatario estribaba más bien lo siguiente: El heredero era el continuador de la PERSONALIDAD del difunto, mientras que el legatario no era más que un continuador parcial de su situación PATRIMONIAL (del difunto).

La adquisición de los legados:

En relación con la adquisición de los legados encontramos la regla CATONIANA que establecía lo siguiente: si el legado no era válido en el momento de la confección del testamento (por ejemplo si el legatario no tenía en aquel momento la capacidad para suceder), seguiría no siendo válido aunque el legatario adquiriera posteriormente la capacidad necesaria para recibirlo.

En realidad esta regla es sólo una aplicación del principio general de que un acto que carece de validez en un principio, no puede convalidarse por el transcurso del tiempo.

El Derecho Romano construyó la adquisición de los legados en dos etapas: en el DIES CEDENS el legatario recibía la ESPERANZA del legado; y en el DIES VENIENS, esta expectativa transmisible se convertía en un derecho reclamable.

El DIES CEDENS era el momento de la muerte del testador; para un legado bajo condición suspensiva el dies cedens, era el momento en que se cumplía la condición.

El DIES VENIENS era el momento en que el heredero (que debía entregar el legado), aceptaba la herencia; en los legados sujetos a término o condición era necesario además el cumplimiento del término o condición.

Los derechos que concurren en la sucesión:

El derecho de acrecimiento y sustitución:

El Derecho de acrecimiento (*ius adcrescendi*) era el derecho que los demás coherederos tenían de aprovechar una cuota hereditaria que había sido repudiada o que había sido atribuida a un heredero incapaz.

También en materia de colegatarios encontramos esta figura, aunque allí no era automática sino que se exigía una disposición expresa por parte del testador.

También en una sucesión abintestato podía presentarse el *ius adcrescendi*; por ejemplo: por vía legítima una sucesión se reparte por partes iguales entre la viuda del difunto (*casada cum manu*), un hijo nacido y otro por nacer. Si el hijo póstumo no nace vivo o viable, el otro hijo y la viuda se benefician con el derecho de acrecimiento.

El Derecho de Acrecimiento quedaba a veces paralizado por otra institución jurídica: la SUSTITUCION. Esta presentaba no el fenómeno de coherederos simultáneos, sino de herederos sucesivos. Dicha institución equivalía a una institución de herederos o legatarios con la condición (suspensiva) de que otros herederos o legatarios, instituidos en primer lugar, repudiaran la herencia o el legado, o resultarán incapaces de recibirlo.

Al lado de esta sustitución “vulgar”, se encontraba la sustitución “pupilar”; la sustitución pupilar ocurría cuando un padre, al dejar su herencia a un hijo nombraba de una vez al heredero de éste únicamente para el caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad.

Si el hijo llegaba a la pubertad, la sustitución pupilar perdía toda eficacia, ya que desde entonces el hijo tenía la capacidad para entregar testamento (*testamenti factio activa*).

La separación de bienes y el beneficio de inventario:

A los esclavos, que eran herederos necesarios, les fue concedido el beneficio de separación de bienes, con el fin de que sus bienes no se confundieran con los provenientes de la herencia “damnosa” de su amo.

El Beneficio de separación de bienes también fue concedido a petición de los acreedores para evitar que los bienes de la sucesión se confundieran con el patrimonio del heredero cargado de deudas.

Por virtud del beneficio de separación, se separan los dos patrimonios: el del causante y el del heredero; el INVENTARIO debe hacerse dentro de los treinta días una vez conocida la delación (llamamiento al heredero) y terminarse a los sesenta días o al año. Hecho el INVENTARIO, el heredero paga las deudas hasta la concurrencia de los bienes hereditarios.

Guía de estudio

SUCESIÓN INTESTADA

(Capítulo III del Libro titulado “Derecho Romano” del autor Juan Iglesias)

NOCIONES GENERALES

La sucesión intestada -o legítima, como también decimos hoy- tiene lugar cuando el difunto no otorgó testamento, o el otorgado no es válido, o ninguno de los instituidos llega a ser heredero. Es lo que expresan las Instituciones de Justiniano en estos términos: *Intestatis decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit.*

De lo dicho resulta que la sucesión ab intestato no se abre siempre a la muerte del causante, sino también en momento posterior, cuando se produce la ineficacia del testamento.

La sucesión intestada se regula por preceptos de las XII Tablas, por normas del Edicto pretorio y por leyes imperiales. A lo largo de un curso histórico que se inicia con la ley decenviral y se cierra con la Compilación justiniana, semejante sucesión sufre profundas transformaciones, como podrá advertirse por lo que ahora veremos.

LA SUCESSION INTESTADA EN EL “IUS CIVILE”

La sucesión intestada del ius civile descansa en el siguiente precepto de las XII Tabas: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus neo escit, gentiles familiam habento.*

La herencia viene deferida, en primer término, a los herederos sui: filii; filiae; descendientes no sometidos a otra potestas por la muerte o la emancipación de los ascendientes intermedios; uxor in manu, que ocupa el lugar de hija -loco

filiae-; nurus in manu o nuera del difunto, que sólo es heredera cuando el marido no está bajo la potestad de éste, al ocurrir su muerte. También son herederos sui los póstumos, es decir, los concebidos al morir el causante, y que, de haber nacido en vida de éste, caerían bajo su potestad.

Todos los sui, cualquiera que sea su grado, y siempre que están bajo la potestad del difunto, son llamados a heredar. La herencia se divide in capita, esto es, en iguales porciones, cada una de las cuales se llama cuota viril. Pero premuerto uno de los hijos, dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hace in stirpes: los nietos reciben la cuota viril que hubiera correspondido, de no haber muerto, a su padre. Concurriendo, pues, un filius y dos a más nietos por parte de otro hijo ya muerto, aquél obtiene la mitad de la herencia, y éstos la otra mitad.

No existiendo herederos sui, se confiere al próximo agnado o a los próximos agnados de igual grado el ius familiae habendae, esto es, el derecho de entrar en los bienes del causante. Entre los agnati, el próximo excluye al remoto; y si concurren varios de igual grado, la herencia se divide por cabezas -in capita.

Para ver quién es el más próximo, no se atiende al momento de la muerte, sino a aquel en que se sabe ciertamente que el difunto murió sin dejar testamento; en caso de morir testado, se prefiere ver quién es el más próximo en el momento de saberse ciertamente que no hay ningún heredero por el testamento otorgado.

Si el agnado más próximo renuncia a la herencia o muere antes de haber aceptado, al grado subsiguiente no le compete derecho alguno. No existe, pues, una sucesión entre los varios grados -successio graduum.

Al principio, no se distinguía entre agnados varones y hembras, pero a finales de la época republicana la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres a las hermanas del causante -consaguineae.

A falta de agnados, son llamados los gentiles, es decir, los pertenecientes a la misma gens del difunto. Tal llamamiento no se da ya en la época clásica.

El *ius civile* no conoce la delación sucesiva entre los varios órdenes - *successio ordinum*. Tal significa que si el llamado a heredar en uno de los órdenes deja de entrar en la herencia, no se defiere ésta al orden subsiguiente, sino que queda vacante.

Adviértase, en fin, que las mujeres, en cuanto incapacitadas para ser cabezas de familia y para ejercer el atributo de la patria potestas, no pueden tener herederos sui. La herencia de la madre que muere intestada corresponde a los *adgnati* y a los gentiles.

LA SUCESION “AB INTESTATO” EN EL EDICTO PRETORIO

A lo dicho anteriormente se limita, en materia de sucesión ab intestato, la ley decenviral.

La iniquidad de este derecho sucesorio es puesta de manifiesto por Cayo. Como advierte el jurista, los hijos emancipados no tienen ningún derecho a la herencia del ascendiente, ya que dejan de ser herederos sui. Lo propio ocurre con los hijos de un peregrino, en el caso de que el emperador no les someta a la patria potestas cuando les concede la ciudadanía conjuntamente con el padre.

Tampoco llama la ley a los agnados que han sufrido una *capitis deminutio*, porque ésta extingue la *adgnatio*, ni a los parientes por línea femenina, hasta el extremo de que entre la madre y el hijo o la hija sólo hay sucesión cuando por haber entrado aquella en el poder marital, han surgido entre ellos *consanguinitatis*. Además, la mujer -la que está libre de la manus- no sucede nunca al marido.

Las injusticias de la ley -iuris iniquitates- son corregidas por el Pretor. El Edicto pretorio llama a heredar, como ahora veremos, a cuatro clases de personas, aunque no se hacen por esa herederas: praetor heredes facere non potest. Mas confiriéndoles la bonorum possessio, están en lugar de tales-loco heredum constituuntur.

El Pretor hace justicia a los vínculos de la sangre, emparejándolos con los puramente agnaticios de la vieja y típica familia romana. Reconoce, por otra parte, la successio graduum y la successio ordinum.

El llamamiento pretorio alcanza a cuatro clases de personas: liberi, legitimi, cognati, vir et uxor:

1. Clase unde liberi-scil. vocantur. Está constituida por los sui del Derecho civil y, además, por los emancipados y sus descendientes. Quedan fuera de llamamiento los hijos dados en adopción que no hayan sido emancipados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados y la uxor o la nurus remancipada.

Cuando existen llamados de grado diverso, la sucesión tiene lugar por stirpes y no por cabezas.

Sí el paterfamilias emancipó a un hijo, pero dejando bajo su potestad a los nietos, corresponde a éstos y a su padre, llamados conjuntamente, una sola cuota, que se divide por mitad entre uno y otros. Tal régimen proviene de una cláusula introducida por Juliano - nova clausula Iuliani-, cuya justicia estriba en evitar la desigualdad en que se encontrarían los hermanos si una stirpe -la del emancipado y sus hijos- consiguiera dos cuotas.

2. Clase unde legitimi. Está formada por los herederos del Derecho civil. En realidad, tan sólo por los agnados, ya que, de una parte, los mi heredes son llamados en la clase de los liberi, y de otra, la sucesión de los gentiles llegó a desaparecer.

3. Clase unde cognati. Comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina, hasta el sexto grado, y del séptimo los hijos de primos segundos del causante -sobrino sobrinave nati et natae. Dado que en este llamamiento se atiende, por modo único, al parentesco natural, nada dicen ahora las calificaciones civiles - emancipati, capite deminuti, sui, filiifamilias. Los hijos ilegítimos suceden a la madre y a los parientes maternos. Entre los cognados, el más próximo excluye al más lejano, y los de igual grado suceden por cabezas.
4. Clase unde vir et uxor. El Pretor establece, por último, un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trate de matrimonio iustum, disuelto por la muerte.

LA SUCESION INTESTADA EN LOS SENADOCONSULTOS Y CONSTITUCIONES IMPERIALES

Siguiendo la vía abierta por el Pretor, el Derecho, imperial otorga una mayor consideración a los vínculos de la sangre. La ley de las XII Tablas no autoriza la sucesión recíproca entre madre e hijos, a no ser en la segunda clase civil - proximus adgnatus-, y siempre que aquella estuviera bajo la manus de su marido. En el Edicto pretorio tal sucesión es posible, pero en la clase de los cognati, que se ordena tras la de los agnados.

Un remedio a tales limitaciones -ius angustiae- viene dado por Claudio, al conceder a la madre la herencia de sus hijos, salvo que el remedio tiene alcance particular: la concesión se hace ad solatium liberorum amissorum, para consolarla de la pérdida de los hijos.

Suma importancia tienen los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, por virtud de los cuales el principio de la consanguinidad penetra en la sucesión

agnaticia civil. En virtud del senatus consultum Tertullianum, dado en tiempos de Adriano, se otorga a la madre el derecho de suceder a sus hijos. A tal efecto, se requiere que la madre tenga el ius liberorum y que el hijo -iusttis o vulgo conceptus - no deje liberi, ni parens manumissor, ni fratres consanguinei. Con la madre concurren las hermanas -consanguineae- del difunto, dividiéndose la herencia por mitad.

El senatus consultum Orphitianum, del año 178 de C., dispone que la herencia de la madre no sometida al poder del marido -sine in manum conventione- pertenece a los hijos -iusti o vulgo concepti-, quienes excluyen a los consanguíneos y a los demás agnados de aquella.

Constituciones imperiales posteriores a dichos senadoconsultos favorecen mayormente la sucesión de la madre, independizándola de la tenencia del ius liberorum. Constantino otorga a la madre carente del ius liberorum un tercio de la herencia del hijo; Valente y Valentiniano III interpretan extensivamente tal disposición, y Justiniano acaba por asegurarle un derecho sucesorio pleno, aunque no haya dado a luz tres o cuatro hijos, y en modo de anteponerse a todos los agnados y cognados más lejanos del hijo.

Favorécese también la sucesión de los cognados de grados ulteriores en la línea descendente. Por disposición de Valentiniano II, los nietos suceden, junto con los hijos y los agnados, a la abuela paterna y a los abuelos maternos. Justiniano otorga preferencia a los descendientes sobre cualquier agnado.

Por obra de Anastasio, el principio de la cognación es tomado también en cuenta en la línea colateral, al disponer que pueden suceder entre si los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que estos últimos. La restricción es abolida por Justiniano.

Práctica de aprendizaje

La relación grupal y el contexto son dos instancias de aprendizaje en las que entran en juego, dice Prieto Castillo, uno de los mejores procesos de humanización: **la interacción.**

Daniel Prieto da un significado muy elocuente a la palabra **interacción** y piensa que se la podría calificar también como **práctica de interlocución o práctica de diálogo.**

Este ejercicio de interacción, diálogo e interlocución le va a servir a usted para hacer sus propias construcciones jurídicas a través del puente de la interacción, es decir, expresando y relatando la información recogida de profesionales de esta área del Derecho Civil; expresando sus vivencias dentro de su grupo de compañeros; construyendo conocimientos en grupo.

Iniciemos su aprendizaje: **LA PARTICIÓN DE BIENES**

Este es uno de los asuntos que con mayor frecuencia se ventila en los juzgados; por tanto le interesa conocer el tema cuando ejerza su profesión.

Esta es la finalidad de esta práctica: prepararle, alertarle para que usted solucione los líos que se le presentarán sobre la **partición de los bienes sucesorios**. Tomando como base sus conocimientos sobre la indivisión hereditaria, la acción de partición, las personas que pueden ejercitarla y las clases de partición le invito a lo siguiente:

¿Puede revisar en la secretaria de cualquier Juzgado Civil un juicio de partición a partir de una guía en la que figuren las etapas más importantes que serían necesarias conocer?

Esta práctica es importante para situarle en uno de los espacios dentro del cual usted ejercerá su profesión.

En su práctica puede volcar una síntesis de la información que recogió y un relato de cómo usted vivió esa búsqueda de datos y una vez que haya redactado el borrador, usted va a trabajar en grupos.

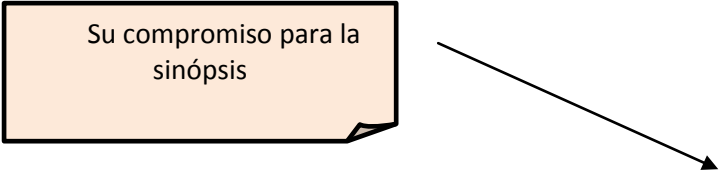
En el grupo que le corresponda dialogue con sus compañeros en torno a los resultados de su visita al Juzgado a fin de explicarles el sentido de los puntos en los que le interese escuchar sus opiniones; a su vez, escuche a sus compañeros y comparta con ellos los temas sobre los cuales ellos también requieran su opinión.

Luego le toca redactar en forma definitiva su propia práctica sobre este tema, tomando como base su primer borrador y las opiniones y sugerencias de sus compañeros; incluya en la misma una reflexión personal de cómo vivió el trabajo en grupo.



Estrategia de cierre (por cuadros sinópticos)

Su compromiso para la
sinópsis



El tema estudiado conduce a que el aprendizaje de este módulo confluya en la elaboración de cuadros sinópticos que han sido elaborados a modo de ejemplo por los propios estudiantes, así:

1. Las vías sucesorias se subdividen en:

- a. Sucesión testamentaria; y
- b. Sucesión abintestato

2. La sucesión testamentaria cuyo tema central es el testamento lo divide en las siguientes clases:

- a. Testamento público; y
- b. Testamento secreto

3. El testamento público se subdivide en:

- a. Testamento otorgado ante tres testigos y el notario; y
- b. Testamento otorgado ante cinco testigos.

4. El testamento secreto

Este cuadro sinóptico y los demás que se pueden hacer, da la posibilidad de aprender los contenidos jurídicos a través de **bloques de ideas** que vienen a constituirse en el mejor marco para encaminarse hacia la construcción de esquemas jurídicos.

Evaluación y validación del módulo en relación como el “saber ser en las relaciones”

Evaluación

Daniel Prieto expresa que “somos seres en relación”; “mientras mejor nos relacionemos más podremos significar nuestra vida y nuestra realidad”.

Para el aprendizaje de este módulo no es suficiente el contenido jurídico del tema; una de las instancias más eficaces es la interacción, interlocución o diálogo con todos los protagonistas de este módulo: jueces, secretario de juzgados, abogados, los mismos compañeros.

De lo dicho anteriormente, las líneas de evaluación desde el punto de vista del **SABER** serán las siguientes:

- a) Su capacidad de relacionar los temas del módulo con personas que pueden aportar: compañeros, empleados judiciales, abogados;
- b) Su capacidad de respetar las opiniones de los otros compañeros con los que trabajó en grupo;
- c) Su capacidad de aportar con innovaciones jurídicas a los temas discutidos en grupo.

Validación:

Antes de **validar o probar** se intercambiará ideas con mis alumnos teniendo presentes los siguientes criterios que son de propiedad intelectual de Eduardo Cortés en su texto “herramientas para validar”. Las líneas de validación serán las siguientes:

Capacidad de actuar: Los estudiantes me manifestarán que les gusto más y que les gusto menos.

Facilidad de comprensión: Luego de la discusión los estudiantes me ilustrarán si el módulo es comprensible para ellos sobre todo en su contenido y en los “haceres”.

Uso de expresiones: Los estudiantes deben **probar** las expresiones que empleo en mis prácticas, el giro y léxico jurídico indicándome si los entienden.

Capacidad de atracción: Interesa conocer si los estudiantes después de este módulo queda motivado; si es que es así el módulo cumple su misión, es decir, promover el aprendizaje o autoconstrucción del estudiante.

Validación: Un modo de enriquecer el proceso de enseñanza - aprendizaje

Bibliografía:

- Eugenio Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Mexico, 1991.

UNIDAD



OB-LIGATIO

Obligación = Cadena que vincula a acreedor y deudor

7

A

D

O

N

D

E

V

A

M

O

S

UNIDAD 7

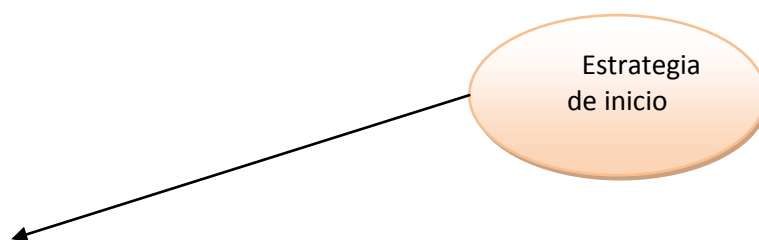
DERECHO ROMANO: TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

(Énfasis en el “educar para la expresión”)

- ❖ **Estrategia de inicio** (Un caso de contrato prohibido)
- ❖ **Estrategia de desarrollo** (a través del puente conceptual del “educar para la expresión”)
 - Práctica de aprendizaje de significación (de árboles a conceptos).
 - Mediación Pedagógica desde el ámbito de la etimología y de la etiología penal de las obligaciones.
 - Práctica de aprendizaje de reflexión sobre el contexto
 - Ubicación temática:
 - o Las clases de obligaciones
 - o Las fuentes de las obligaciones
 - o Los elementos esenciales del contrato
- ❖ **Estrategia de cierre** (elaboración de un glosario)
- ❖ **Evaluación y validación del módulo en relación al “saber”**
- ❖ **Bibliografía**

DERECHO ROMANO: TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

(Énfasis en el “educar para la expresión”)

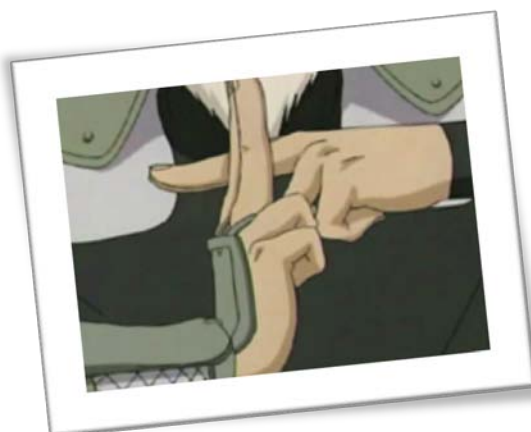


Un caso de contrato prohibido

A través de los medios de comunicación social se llegó a conocer que el señor Fabricio Correa (hermano del Presidente de la República) habría sido accionista de la empresa Quality Outsourcing a la que la empresa estatal Petroecuador le adjudicó cinco contratos por dólares un millón y medio para alquiler de maquinaria y limpieza en las áreas petroleras de Dayuma y Guanta (oriente ecuatoriano).

Esta contratación se adjudicó de forma directa y sin concurso por un monto de cuatro millones de dólares para la construcción de nuevas técnicas especializadas de tratamiento químico de agua del campo petrolero “auca”.

Precaución



Contrato prohibido

Vía resolución, la empresa pública Petroproducción aprobó la negociación y adjudicación de este contrato a Quality. Un ex sindicalista de Petroecuador denunció

que Quality tendría subcontratos que superan los sesenta millones de dólares en Petroecuador.

Es uno de los tantos casos de posible corrupción que giran en torno a los contratos. Sin embargo, aparte de las consideraciones de orden ético que pueden darse en los contratos millonarios concedidos por causa de parentesco con las más altas autoridades (nepotismo) este ejemplo reprochable de corrupción se presta para que el aprendizaje se centre en algunas preguntas que deben contestarse a lo largo de este módulo;

Por ejemplo

- a) ¿Qué disposiciones legales prohíben el nepotismo en la contratación?
- b) ¿Qué efectos legales se producen si es que efectivamente se celebra un contrato público con una empresa uno de cuyos accionistas es pariente de altas autoridades públicas?
- c) ¿Por qué se produce la nulidad?
- d) ¿Por qué puede darse la terminación unilateral de esta clase de contratos?

Estrategia de desarrollo

Prieto Castillo dice que “el dar sentido no es solo un problema de comprensión, sino sobre todo, de expresión;” “cuando faltan las palabras, falta el pensamiento”.

La etiología y etimología romana de la palabra “obligación” es muy rica en “sentidos” o “significados” jurídicos, de allí se van a derivar, prácticamente, todos los contenidos de este módulo: las clases de obligaciones, sus fuentes, sus elementos esenciales, etc.

El aprendizaje, entonces, en este módulo va a versar en procurar al estudiante de todos los contenidos necesarios para el dominio y construcción de una arquitectura jurídica de las obligaciones; nos servirán para ello, algunas mediaciones y prácticas de aprendizaje. Una vez que usted adquiera el dominio de este módulo, es decir, luego de que “le dé sentido”, usted deberá “expresarlo” apropiadamente:

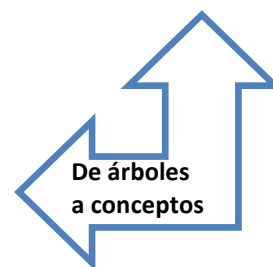
- a) Tomando como base las disposiciones del Código Civil Romanista sobre las obligaciones: ¿Es posible interpretar las prohibiciones sobre nepotismo en materia de contratos públicos?
- b) Sirviéndonos de las normas civiles romanistas que establecen los casos de nulidad se puede aplicar adecuadamente la terminación de un contrato público como en el caso de los contratos celebrados entre el estado y el hermano del Presidente de la República.

Práctica de aprendizaje

Esta práctica de aprendizaje es una especie de diálogo imaginario con el estudiante, es decir, con usted; un diálogo en el que, a través de este texto guía, se le pregunta entre otras cosas si usted impregna de sentido a los contenidos, a las mediaciones de este módulo y las relaciona con sus propios conocimientos, vivencias y experiencias anteriores y si luego, usted, puede ponerle su propia significación a través de la construcción de “árboles de conceptos”.

Este ejercicio de educar para la significación a través de “árboles de conceptos” es fundamental para usted; pienso que es uno de los medios a través de los cuales podrá hacer sus propias construcciones legales, sus propias construcciones jurídicas, sus propias proposiciones legales. Hago mía la sentencia de Prieto Castillo: “en la educación no hay nada **in-significante**”.

Empezemos, entonces, esta tarea:



- Usted tiene un conjunto de conceptos relacionados con las fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito: levante un programa en el que se demuestre el valor de algunos de ellos.
- Usted conoce las causas para la terminación unilateral del contrato público; usted tiene los conceptos del Derecho Civil Romanista y los del Derecho Público (caso contratos del hermano del Presidente de la República): seleccione los conceptos que sostienen la terminación unilateral de un contrato y construya un árbol con ellos
- Existen dos árboles de conceptos: uno sobre los elementos esenciales de un contrato privado; otro sobre los elementos esenciales de un contrato público: construya uno solo.

“Un árbol dice Prieto Castillo, tiene raíces, tronco, ramas, hojas, flores y a veces hasta un nido”. En esta práctica adoptaremos esta alegoría para que usted

vuelque los conceptos que pueden sostener un programa (un árbol jurídico) de contratación pública y privada.

Desde el ámbito de la etimología y de la etiología penal de las obligaciones

Mediación pedagógica

Las INSTITUCIONES de Justiniano definieron así a las obligaciones: “La obligación es un lazo de Derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa, conforme al Derecho de nuestra ciudad”.

Por tanto, la obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona (el deudor) es constreñida frente a otra (acreedor), a realizar una determinada prestación.

Según la teoría del romanista Bonfante, la obligación romana nació en tiempos muy antiguo, dentro del terreno de los delitos. Originalmente la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un “DERECHO DE VENGANZA” (eventualmente limitado por el principio del Talión), el cual mediante una composición y transformación, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia.

Para polemizar

¿Puede haber prisión por deudas?

Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba OB-LIGATUS, o sea, atado-ligado a la familia de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una atadura en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de un delito.

Posteriormente al irse desarrollando la comunidad con el aumento de los contactos económicos entre las familias se presentaba a veces, la necesidad de que un paterfamilias prestara valores a otro, en tal caso, el acreedor quería tener una garantía y así ésta “atadura” se trasladó del campo delictual al derecho privado.

Un miembro de la Domus del deudor se ofrecía entonces al acreedor; éste pesaba en presencia de cinco testigos y de un portabalanza el bronce que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el NEXUM, o sea el nudo, notemos que la palabra contractus significa justamente “jalar el nudo”.

Según se fue intensificando la vida comercial de Roma, se simplificó el NEXUM, el deudor se ofrecía así mismo como responsable, pero el acreedor posponía, “la atadura” hasta el momento del incumplimiento.

Si el deudor no pagaba, el acreedor se lo llevaba a una cárcel privada donde lo retenía durante 60 días, mostrándolo 3 veces en el mercado para ver si alguien quería liberarlo pagando la suma debida. Después de los 60 días el acreedor podía vender al deudor como esclavo, fuera de Roma o de matarlo.

Pero en el año 326 A.C., este duro sistema fue severamente atacado por la Lex Poetelia Papiria, en la cual se suprimió el encarcelamiento privado por deudas civiles, desde entonces el deudor respondía con sus bienes, pero ya no con su libertad o con su vida.

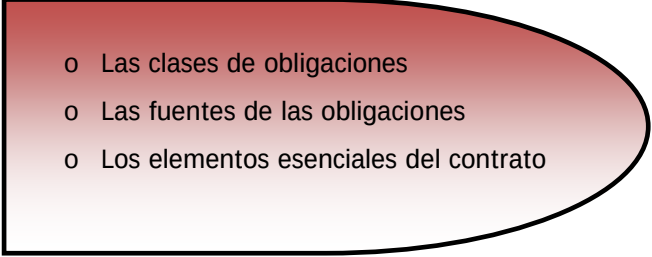
Reflexión sobre el contexto

A lo largo de este módulo se ha tratado el tema de las “obligaciones”; una de las obligaciones que usted estudia es la de “atender a la alimentación de los hijos” (**obligación de alimentos**). Esta contemplada en el Código Civil Romanista pero también está desarrollada en el Código de la Niñez y de la Adolescencia. En este código se obliga, por ejemplo, a que los abuelos “pasen alimentos” a sus nietos si el padre no cumple esta obligación. Los periódicos de circulación nacional dan fuente de casos en los que los jueces han ordenado pasar alimentos a los abuelos que, por circunstancia de edad y de carácter económico no están en capacidad de obedecer estas resoluciones judiciales y se les ha causado un gran daño, incluso hasta la muerte.

Con estos antecedentes y contando con los conocimientos jurídicos que usted tiene, y con sus experiencias propias: Analice y exprese sobre las consecuencias sociales de esta práctica judicial de condenar a pagar alimentos a personas que se dice son solidariamente responsables con los padres que incumplen esta obligación. Tenga usted presente que “volcar la reflexión al contexto social, constituye un recurso precioso para el aprendizaje y, sin duda, una obligación del educador y del sistema educativo”.

Recurso de oro del aprendizaje

Ubicación temática

- 
- o Las clases de obligaciones
 - o Las fuentes de las obligaciones
 - o Los elementos esenciales del contrato

Las clases de obligaciones:

Debemos distinguir las siguientes clases de obligaciones:

1. Obligaciones unilaterales y obligaciones sinalagmáticas: En la obligación unilateral, los deberes corren a cargo de una sola de las partes.

En las obligaciones sinalagmáticas, ambas partes tienen deberes para con la otra parte.

Notemos que estrictamente hablando no existen negocios unilaterales puros, aún en el negocio unilateral por excelencia, o sea el MUTUO, en el cual el mutuante tiene únicamente el derecho y el mutuario únicamente un deber, podría ocurrir excepcionalmente, que naciera un deber para el mutuante, por ejemplo si es que ha entregado monedas falsas, en cuyo caso el mutuario ha incurrido en daños y perjuicios.

2. Obligaciones “stricti iuris” y obligaciones “bonae fidei”.

En el caso de una obligación “stricti iuris”, el sujeto está obligado únicamente a lo estrictamente pactado sin que el sentido común o la equidad puedan agravar o atenuar el contenido de un deber.

En el caso de una obligación “bonae fidei”, el deber del sujeto pasivo debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso, de las prácticas comerciales y de la intención de los contratantes. Como consecuencia de lo anterior

surgen por primera vez en el campo de las obligaciones “boane fidei”, figuras como la compensación, la culpa, el dolo por omisión y el derecho del juez para fijar los daños y perjuicios.

Las obligaciones nacidas de los contratos unilaterales eran “strcti iuris” y las obligaciones que nacen de contratos bilaterales eran “boane fidei”.

3. Obligaciones abstractas y obligaciones causales:

Las obligaciones abstractas establecen deberes sin referencia alguna al origen de las mismas. En cambio las obligaciones resultantes de negocios causales eran interpretadas a la luz de las circunstancias especiales que acompañaban al nacimiento de las mismas.

4. Obligaciones civiles y obligaciones naturales:

La obligación civil proporcional al acreedor la posibilidad de acción en caso de incumplimiento del deudor. La obligación natural por el contrario, no crea un derecho procesalmente eficaz, no concede ninguna acción; si el deudor no cumple, el acreedor no encontrará acción alguna para forzarle a cumplir.

Las fuentes de las obligaciones:

Las fuentes de las obligaciones son los hechos jurídicos que dan origen a ellas. El Derecho de Justiniano señala las siguientes fuentes de las obligaciones:

1. El contrato: que puede definirse como un acuerdo entre varias personas, que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles.
2. El delito, que es un hecho humano contrario al Derecho y castigado por la ley.
3. El cuasicontrato que es una figura parecida al contrato por su licitud y sus consecuencias, pero en el cual no se encuentra el consentimiento entre los sujetos. Los ejemplos de cuasicontratos son: la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo y la comunidad hereditaria.

4. El cuasidelito que es un acto ilícito, pero que el Derecho Romano clasificaba entre los delitos. Produce una obligación entre el autor del acto y el perjudicado.

La diferencia entre delitos y cuasidelitos, no reside, como en la doctrina moderna, en la existencia o ausencia de la intención de causar daño, sino en lo siguiente: cuando se había elaborado definitivamente la lista de los delitos privados, el espíritu de equidad provocó la introducción de nuevas figuras dolosas o culpables que requerían una sanción; estas nuevas figuras iban a formar una nueva categoría, la de los cuasidelitos.

Los elementos esenciales del contrato:

Entre las fuentes de las obligaciones sobresale el contrato, es decir, el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos.

Los elementos esenciales de los contratos son cinco: SUJETOS, OBJETO, CONSENTIMIENTO, CAUSA y FORMA. Notemos que sobretodo dentro del Derecho clásico para determinados contratos no se exigió el requisito de la FORMA y eran los contratos consensuales.

El primer elemento de los contratos: LOS SUJETOS:

Al analizar la definición de la obligación observamos que surgían dos personas: el acreedor y el deudor. Estas personas deben tener CAPACIDAD PARA OBLIGARSE.

Segundo elemento de los contratos: EL CONSENTIMIENTO:

El consentimiento consiste en el acuerdo entre las voluntades declaradas de las partes. El consentimiento puede adolecer de los siguientes vicios: el error, el dolo, la intimidación y la lesión.

El error puede ser de varias clases:

ERROR IN NEGOTIO: Se trata de un error sobre la clase de contrato que se celebra y puede anular el negocio.

ERROR IN DEMONSTRATIONE: En este caso hay un error sobre la indicación del objeto del contrato. Por ejemplo se celebra un contrato de arrendamiento respecto de la casa ubicada en la calle XX, sin embargo la dirección no es correcta, pero ambas partes piensan en el mismo inmueble.

ERROR IN SUBSTANTIA: Esta clase de error se refiere a las calidades del objeto del negocio, que pueden invalidar el mismo.

ERROR IN QUANTITATE: Este error no es esencial. Se da por ejemplo cuando se compra un terreno y existe error en la superficie.

ERROR IN PERSONA: Este error se refiere a la persona de la parte contraria. Si el contrato se había celebrado en vista de las calidades especiales de ésta, dicho error anula el negocio respectivo.

Los demás elementos del contrato:

EL OBJETO: El objeto puede consistir en: dare, facere, non facere o tolerare. El principal vicio posible relacionado con el objeto es la IMPOSIBILIDAD FISICA o JURIDICA.

El objeto puede ser jurídicamente imposible por ser contrario a la letra de la ley, a su espíritu, a las buenas costumbres.

El objeto puede ser también físicamente imposible, en cuyo caso el deudor podría defenderse con el principio de Celso: “lo imposible no constituye obligación”.

Otro de los elementos del contrato es: LA CAUSA, que puede ser estudiada desde dos aspectos distintos: subjetivo y objetivo. Decir que todo negocio necesita

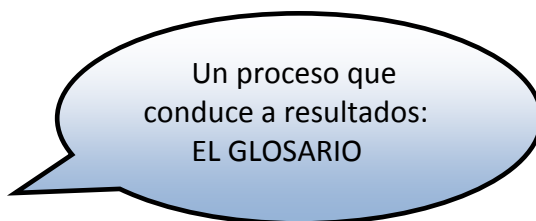
de una causa limpia, en sentido subjetivo, equivale a decir que la motivación subjetiva detrás de cada negocio debe ser confesable, concordante con la ley y con la moral. Cuando decimos que todo negocio necesita de una causa en sentido objetivo, queremos expresar la idea de que nadie se obliga sin la respectiva contraprestación.

El último de los elementos del contrato es LA FORMA, que se refiere a los requisitos externos del contrato. LA FORMA tiene gran utilidad en la vida jurídica: proporciona medios probatorios seguros, evita que se tomen importantes decisiones bajo el impulso de influjos momentáneos y favorece la calidad y seguridad.

Estrategia de cierre

Elaboración de un glosario

Dice Daniel Prieto (obra citada pg. 119) que “la finalidad de la estrategia de cierre es involucrar al estudiante en una estrategia que tiene una lógica y conduce a algo, a resultados, conclusiones, compromisos para la práctica, de modo que lo visto confluyen en un nudo final capaz de abrir camino a los pasos siguientes en el desarrollo de un texto”. La oferta académica de este módulo se ha prestado directamente para que un grupo de estudiantes haya elaborado el siguiente “glosario”:



Terminación unilateral (en el Derecho Privado): Caso en que una sola de las partes contratantes deja sin efecto un contrato de confianza; ejemplo, contrato de mandato.

Terminación unilateral (en el Derecho Público): Caso en que sólo el Estado puede declarar sin efecto el contrato si es que hay incumplimiento del contratista, por causas expresas.

Resolución: Caso en que una de las partes contratantes (la que cumplió) puede pedir que judicialmente se deje sin efecto un contrato, por incumplimiento.

Resciliación: Terminación del contrato por mutuo acuerdo

Nulidad absoluta:

Vicio que afecta a los contratos por no observar los elementos esenciales de la contratación, objeto ilícito, causa ilícita, inobservancia de forma.

Nulidad relativa:

Vicio que afecta a los contratos por falta de capacidad de los contratantes menores adultos o vicios del consentimiento.

Evaluación y validación del módulo en relación al “saber”

Evaluación :

Para la evaluación de este módulo vale un consejo de Daniel Prieto: “Para evaluar se debe identificar los ejes básicos: saber, saber hacer, saber ser, expresados en la apropiación de contenidos, relaciones con el contexto, compromiso con el proceso, productos logrados, involucramiento con el grupo”. (obra citada pg. 164)

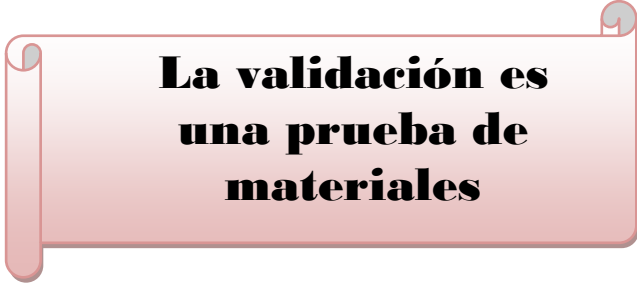
Así, la evaluación debe ser entendida como un modo de enriquecer el proceso de enseñanza – aprendizaje. Si el aprendizaje significa construcción de sí mismo y dominio del mundo es evidente que la **evaluación** sólo puede florecer dentro de este concepto; está claro que la evaluación sólo puede ser entendida como un modo para que este proceso se enriquezca.

Las líneas de evaluación dentro del marco del **saber**, serán las siguientes:

- a) Su capacidad para hacer una síntesis de todo este módulo: desde la mediación pedagógica relacionada con la etiología de las obligaciones, pasando por la práctica de aprendizaje hasta los contenidos de la “ubicación temática” de esta unidad.
- b) Su capacidad de comparar las teorías y normas clásicas romanistas y las nuevas tendencias y normas comprendidas en la ley que regulan el contrato público.
- c) Su capacidad de relacionar e integrar la normatividad romanista respecto de los contratos en general y la normatividad moderna del Derecho Administrativo sobre los elementos esenciales de los contratos.

Validación:

Es necesario que la oferta educativa de este módulo sea **probada** con los estudiantes; en otras palabras, esta oferta debe ser validada, justificada, y atestiguada previamente por los destinatarios de la misma; los criterios son los siguientes:



**La validación es
una prueba de
materiales**

- a) Criterio de capacidad narrativa: usted debe hacerme conocer si el módulo que he propuesto despierta interés y si es fuente de reflexiones.
- b) Criterio de formato: usted me hará conocer si la presentación externa de este módulo es aceptable y si le parece apropiado el uso del lenguaje al que se recurre.

Bibliografía

- José Ignacio Morales, *Derecho Romano*, 2ª edición, Trillas, México, 1987.

CONCLUSIONES

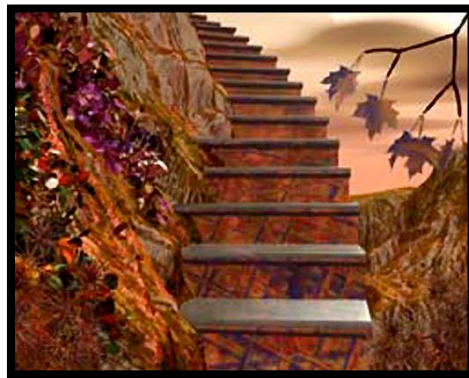


EDUCACION ALTERNATIVA

UNA APUESTA POR SUPERAR LO VIGENTE

CONCLUSIONES

Mis conclusiones están dentro del marco de los siguientes pensamientos:
La actividad educativa de crecimiento personal no tiene lugar en forma satisfactoria a no ser que se ponga en marcha actividades especialmente pensadas con este fin y ejecutadas dentro de un esquema de mediación pedagógica entendida como “tarea que consiste en acompañar y promover el aprendizaje con toda la cultura”.



¿Cómo empezar a cometer la tarea de una educación alternativa?. Daniel Prieto propone que un punto de partida es no conformarse con la actual forma de educar y pensar en posibilidades viables en nuestro contexto. Pienso que aquí está el arranque de una educación alternativa para el aprendizaje del Derecho Romano.

	Bajo la inspiración de estas dos ideas propongo las siguientes conclusiones:	
---	---	---

Primera conclusión:

¿Cuál es el sentido o significado que le encuentro a la propuesta de un texto de Derecho Romano **mediado con toda la cultura**?

La expresión “sentido” que empleo en la pregunta equivale a: significación o trayectoria. Prieto Castillo dice que “la **educación alternativa** significa el intento por superar lo vigente”: ese ha sido el sentido o **significación** que tiene mi propuesta de texto, o sea ha sido un intento o ensayo de enseñanza de la Ley Romana proyectándola hacia la solución de los problemas actuales y situándola en el contexto de los avances jurídicos.

Segunda conclusión:

Una vez concluida mi propuesta de texto encuentro una diferencia con los textos que, sobre otras materias, he preparado para mis estudiantes hasta antes de este postgrado.

En mis textos anteriores **están distribuidos sentidos** impuestos al estudiante y que deben ser repetidos de memoria; en otras palabras, el estudiante ha sido el objeto de mi actividad educativa. En esta propuesta de texto no se ha tratado de **distribuir sentidos** sino de **construir sentidos** lo que acarrea que el alumno se involucre en esa **construcción**, es decir, se transforme en protagonista, en sujeto de la educación.

Será un desafío reemplazar mis futuros textos de enseñanza que han sido de **distribución de sentidos** por **textos guías** que tengan el carácter de **mediadores de la construcción de sentidos** en los que el estudiante sea el constructor (énfasis en el educar para la creatividad y la incertidumbre)

Tercera conclusión:

Mi intención en futuras propuestas de textos es la de poner en práctica una **educación para la incertidumbre y para la interrogación**. Al momento de llegar a esta conclusión descubro que el modelo que me puede servir es la experiencia que he tenido con el libro guía “la enseñanza en la universidad” de Daniel Prieto: Prieto Castillo en su libro citado no me ha dado una sola respuesta que yo deba aprender o repetir, únicamente me ha formulado preguntas para que yo tome una actitud activa ante las nuevas situaciones, de consumidor de textos me ha transformado en lector crítico de los mismos.

Cuarta conclusión:

La maestría en docencia universitaria, en general, y este trabajo de tesis en particular, me han hecho meditar **en mi mismo como instancia de aprendizaje**. Pienso que si yo como profesor **promuevo y acompaño** a mis estudiantes en su faena de construcción y dominio, que si yo me ajusto cuentas a mí mismo, el efecto puede ser el cambio o transformación de mi oferta educativa que estaría presidida por un proyecto educativo alternativo para la interrogación, para la incertidumbre y para la significación.

Quinta conclusión:

La instancia del **aprendizaje con el grupo** es un espacio necesario que debo crear: allí los estudiantes buscan, inquietan, proponen juntos, en mis nuevos textos guías utilizaré esta instancia. La imagen del director de orquesta, ayuda mucho: en una orquesta, al comienzo, cada músico ensaya su instrumento utilizando sus conocimientos; comprueba si su instrumento está en armonía con los de los otros compañeros; el director de orquesta orienta a la actuación de cada intérprete, hasta el día del espectáculo en que cada músico tiene su propia cadencia que, enlazada al ritmo de los otros compañeros, crean un concierto armonioso. Ese es el aprendizaje de grupo que escojo y escogeré como **instancia de aprendizaje**.

Sexta conclusión:

A medida que avanzaba en esta maestría y, ahora que, culmino con mi tesis, me he ido saturando unas veces de emoción, otras veces de profundas alteraciones porque eran momentos en los que un profesor como yo con viejos hábitos de irrupción permanente de los umbrales infranqueables de los estudiantes; ese profesor, a estas alturas del postgrado, impregnado de los pensamientos de Daniel Prieto (la mediación, las alternativas, las instancias de la educación, etc) se aproxima al estudiante para preguntarle: qué sabes, qué puedes hacer, qué opinas.

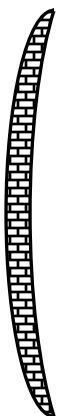
Séptima conclusión:

A lo largo de esta maestría y de esta propuesta de tesis resalta una de las instancias más importantes del aprendizaje que es la **evaluación** como momento en el que profesor se detiene para probar, ensayar, comprobar dos cosas: mi quehacer universitario y la autoconstrucción de mi alumno. Daniel Prieto en bellas expresiones dice lo siguiente: “cuando un modelo propone la construcción de conocimientos, la resignificación, la evaluación se convierte en parte de ese juego pedagógico como instrumento para seguir, reorientar y estimular el aprendizaje”.

*No hay evaluación sin
un corazón y rostro de
pregunta*

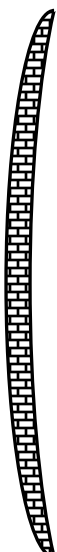
EPILOGO

1. **Mi tesis de maestría es una propuesta de texto de enseñanza de la asignatura de Derecho Romano mediado “con toda la cultura” y desde otros ámbitos del saber:**



“El crecimiento de la mente no es un viaje en solitario” (Jerome Brunner). Simón Bolívar no “**VIAJO**” abandonado o desamparado. El Maestro Rodríguez le “promovió” y luego le “acompañó” con las ideas del “Emilio” de Rousseau, con los ideales de la revolución francesa y con el contacto con la naturaleza. Este noble preceptor decía que: “El buen maestro enseña a aprender y ayuda a comprender”.

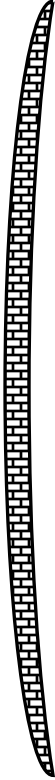
2. **Cuáles fueron las prácticas más significativas dentro de la propuesta de mi texto de enseñanza del Derecho Romano, sustentado en la teoría de la mediación pedagógica:**



Daniel Prieto Castillo escribe lo siguiente: “El ideal educativo se entreteje de cara a quienes constituyen buena parte del trabajo educativo, es decir los jóvenes con los que interactuamos diariamente”.

Una de las mejores recompensas y retribuciones en una faena de aprendizaje son las prácticas de aprendizaje y las guías de lectura.

Las prácticas de aprendizaje constituyen un verdadero “plan de trabajo”, con lo que se capta mejor el espíritu e intención de las palabras de Daniel Prieto.



Las prácticas de aprendizaje y las guías de lectura que se encuentran a lo largo de mi tesis muestran los haceres del estudiante para aprender; en ella se dibujan los diversos planos de su ser y de las instancias. Para la elaboración de mis prácticas de aprendizaje tome en cuenta las siguientes definiciones:

- a) El saber se conforma de conocimientos y conceptos, metodologías, reflexiones, discursos a través de lo que se aprende y expresa;
- b) El saber hacer consiste en la aplicación del saber en cualquier ámbito de la cultura y de la relación social;
- c) El saber ser consiste en los valores que sostienen todo el hacer, porque en éstos tomamos decisiones y comprometemos a menudo a otras personas.

Dada la naturaleza de la materia que enseño en mi facultad al elaborar las prácticas dirigidas a mis estudiantes, escogí algunas de las posibilidades de prácticas sugeridas por Prieto Castillo en su texto guía sobre todo las que se relacionan con las siguientes prácticas: de significación, de los términos a los conceptos; de variaciones textuales; de prospección; de observación; de interacción y de reflexión sobre el contexto.

Mis estudiantes – y su “consigo mismo”

(como instancia de aprendizaje)

**PARA
FINALIZAR**

Recuerdo que en el año 1982 las “monjitas” del Monasterio del Carmen de la parroquia Virgen de Bronce de Cuenca celebraron los primeros 100 años de su asentamiento esta ciudad. Por esa sola ocasión se permitió a los laicos que teníamos algún lazo familiar visitar el interior del claustro.

Una radiante novicia (cosa rara porque me las imaginaba como personas sombrías) me condujo a una gruta escondida en los espaciosos jardines. Me contó que esa ermita era el **lugar predilecto de las monjas**: una choza de piedra y piso de tierra con espacio para una sola persona.

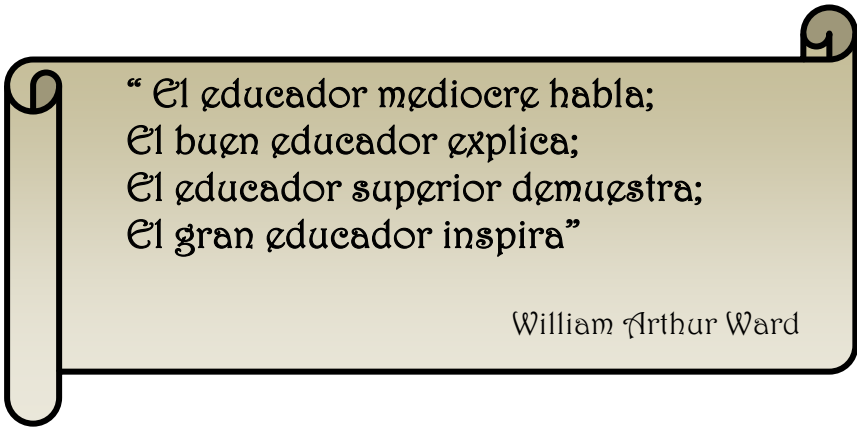


Me imagino que para esa joven religiosa el silencio, la pobreza y la soledad de ese reducido lugar se prestaba para repasar el pasado, para rescatar la memoria, para alejarse momentáneamente de Dios y poder hablar **CONSIGO MISMO**, con su propio lenguaje; para fabricar proyectos y para llorar frustraciones. Ahora, con la

inspiración de esta maestría, comprendo que en esa ermita la adolescente novicia (al igual que mis estudiantes) fraguaba su **aprendizaje consigo mismo**; esa monja (como mis estudiantes), en esa gruta, se involucraba con todo su ser para construir su vocación.

La imagen de la novicia carmelita y la dura faena de autoconstrucción de este postgrado no son estériles pues me motivan a persistir en mi idea de presentar, como resultado de mi postgrado, textos de aprendizaje para los estudiantes de Derecho en mis temas **cuyo signo sea la interrogación**, único medio para llevarle al estudiante a la ermita de la mediación en donde su **CONSIGO MISMO** sea el punto de partida de su aprendizaje en donde interroga, repase su pasado, en donde escrute sus fuentes de alegría y tristeza.

Prieto Castillo dice que el estudiante universitario aprende mejor cuando se parte de su vida y de su experiencia, cuando son movilizadas sus conocimientos y sus maneras de percibir y de enfrentar situaciones.



“El educador mediocre habla;
El buen educador explica;
El educador superior demuestra;
El gran educador inspira”

William Arthur Ward

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Prieto Castillo, Daniel *La enseñanza en la universidad*, UDA, 2001.

Avanzini, Guy, *La pedagogía desde el siglo XVII hasta nuestros días*, México, Ed. F.C.E., México, 1990.

Bernstein, Basil, *La construcción social del discurso pedagógico*, Bogotá, Ed. El Griot, 1990.

Beard, Ruth. *Pedagogía y didáctica de la enseñanza universitaria*, Barcelona, Ed.Oikos-tau, 1974.

Cazden, Courtney B *El discurso en el aula, el lenguaje de la enseñanza y del aprendizaje*. Madrid. Ed. Paidos, 1991.

Coll, César. *Aprendizaje escolar y construcción del conocimiento*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1991.

Follari, Roberto. *Prácticas educativas y rol docente*, Buenos Aires, Ed. Rei, 1992.

Gutiérrez Pérez, Francisco; Prieto Castillo, Daniel, *La mediación pedagógica, apuntes para una educación a distancia alternativa*, RNTC, San José de Costa Rica, Universidades San Carlos y Landívar de Guatemala, 1992.

Zanotti, Luis Jorge. *Precisiones pedagógicas*, Buenos Aires, Ed. Guadalupe, 1967.

Luis Rodolfo Arguello, *Manual de Derecho Romano*, 2ª Edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1981.

Joan Miguel, *Derecho Romano*, Editorial PPU, Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.

M. Ortolán, *Compendio de Derecho Romano*, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires.

Leo Bloch, *Instituciones Romanas*, 2ª Edición, Editorial Labor S.A, Barcelona, 1942.

Mario N. Oderigo, *Sinopsis de Derecho Romano*, 3ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.

Prieto Bonfante, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

Ursicino Alvares Suárez, *Curso de Derecho Romano*, Edersa, Madrid, 1955.

Vicente Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, 18ª edición, Edersa, Madrid, 1992.

Beatriz Bernal, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

M. J. García Garrido, *Derecho privado romano*, Madrid, 1980.

Juan Iglesias, *Derecho Romano, instituciones de derecho privado*, 7ª Edición, Esfinge, México, 1982.

José Ignacio Morales, *Derecho Romano*, 2ª edición, Trillas, México, 1987.

Eugenio Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Mexico, 1991.