RESUMEN DERECHO LATINOAMERICANO

Quintana Adriano

**Derecho Público y Privado**

**Antecedentes.**

El desarrollo del derecho romano se ha clasificado en diferentes periodos. Es necesario conocer las fuentes del derecho ya que es a través de estas que se puede señalar si existe una división entre derecho publico y privado.

**Derecho Publico.**

Derecho público es aquel que trata del gobierno de los romanos y se divide en tres:

1. Sacro: Culto de los dioses, ritos y sacrificios.
2. Sacerdotes: Organización, funciones y prerrogativas.
3. Magistrados: Regulaba su numero, naturaleza, y atribuciones; la competencia y la organización de las asambleas populares y del senado.

El derecho público se refería, al gobierno, a la organización y funciones de Estado, así como su relación con los particulares y con otros Estados. Estas normas no podían ser modificadas entre particulares.

**Derecho Privado.**

El derecho privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares, el que reglamenta sus diferentes relaciones y actividades. Regia a los particulares, sus normas podían ser modificadas por la voluntad de los individuos a quienes estaban dirigidas. El derecho privado fue la fuente primaria del derecho romano.

El derecho privado se clasificaba a su vez en derecho natural, derecho de gentes y derecho civil, el primero se refería a todos aquellos derecho provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre.

* Derecho Natural: Derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre.
* Derecho de Gentes: Todas las reglas aplicables a todos los pueblos que no pertenecían a Roma.
* Derecho Civil: Reglas especificas de cada pueblo, es aquel reservado únicamente para los ciudadanos romanos y del cual no gozaban nunca los extranjeros.

El derecho privado comprendía todo el sistema de justicia privada o autodefensa, esta autojusitica se observaba principalmente en el ámbito civil y penal, donde los magistrados solo intervenían como árbitros, estaba sujeto a la voluntad de los particulares.

Se comprende que la fuente formal del derecho privado era la jurisprudencia ya que cuando esta era aplicada en algún tribunal, era inminente que los que se aplicaba era la voluntad de los particulares, pero orientada y sancionada por un pretor.

**Fuentes del Derecho Romano.**

1. Usos y costumbres: Durante los primeros siglos de Roma, los usos eran la única fuente del derecho. La costumbre adquiere autoridad por consentimiento tácito del pueblo.
2. Ley de las XII Tablas: año 449 a.C. Primer compilación del derecho, fuente de todo el derecho público y privado. Ley publica, aplicable a todos.
3. Plebiscitos: Decisiones que tomaban los plebeyos en los concilia plebis. Al principio solo se aplicaba a esta clase social, pero a partir de la Ley Hortensia los plesbicios rigen para los patricios también.
4. Interpretación de los pontífices y jurisconsultos: La ley de las XXI Tablas debían ser perfeccionadas y llenar lagunas, por lo que los pontífices y jurisconsultos hacían una interpretación de ellas, y creaban formulas para un mejor entendimiento.
5. Senadoconsultos: Es lo que el senado ordena y establece, es una disposición de carácter normativo y de obligatorio cumplimiento para todos.
6. Constituciones imperiales: Decisiones emanadas del emperador. Tres clases de constitución: los edicta, edictos publicados por el emperador, los decreta, decisiones judiciales emanadas del emperador en la cusas sometidas a su jurisdicción y los prescripta, las prescripciones imperiales dirigidas a los magistrados.
7. Ley: Se clasifica en pública y privada. La lex es una declaración de potestad, que vincula tanto al que da como al que la acepta. La lex privata solo puede ser declarada por quien disponga de lo suyo en un negocio privado. La lex publica es la declarada por el magistrado y autorizada por el pueblo a través de comicios.
8. Edictos del pretor: Eran las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, publicaban al entrar en funciones. Se trataba de la facultad que tenían para establecer las normas que aplicarían para la resolución de los litigios ante ellos presentados.
9. Edicto de Salvio Juliano: Juliano era un importante jurisconsulto. Realizo una compilación de los edictos del pretor urbano y peregrino, por un senadoconsulto se dispuso que esos edictos no fueran modificados, los pretores debían aplicarlo tal como estaban redactados.
10. Instituciones de Gayo: Obra casi completa del derecho de la época clásica, son un tratado elemental del derecho romano, elaborado para la enseñanza de este derecho.
11. Corpus Ius Civilis de Justiniano: Clasificación de Constituciones.

Dos son las posiciones para el estudio de derecho: Derecho público, es el que contempla la condición del pueblo romano, contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados, y el derecho privado, es el que atiende a la utilidad de los particulares, es tripartito, se halla integrado por preceptos del derecho natural, de gentes y civil. La separación del derecho público y privado no debe considerarse como contradictoria, si no como un conjunto de normas, donde en ocasiones el Estado protege los intereses particulares y en otras los particulares cumplen esas normas porque tienen un interés individual.

**Fuentes del Derecho en la actualidad.**

Las fuentes del derecho son el conjunto de hechos reconocidos y apropiados para modificar, sustituir o derogar normas de orden jurídico.

Pueden clasificarse en tres:

* Formales: Son los procesos de manifestación jurídica mediante los cuales se forman las normas legales. Pueden ser directas o indirectas.
* Reales: Son los contenidos normativos integrados en las normas jurídicas, son los valores y principios morales, por lo tanto no tienen fuerza obligatoria.
* Históricas: Antecedentes jurídicos de innegable valor.

*Fuentes:*

* Legislación: La ley es producto directo del proceso legislativo, es dictada por una instancia competente del Estado y se caracteriza por ser abstracta, general, obligatoria y coercible.
* Principios generales del derecho: Principios de justicia revelados por la razón y a conciencia, son principios dictados por la equidad y conforme con el sentido común.
* Costumbre: Procedimiento consuetudinario creador del derecho. Se necesita de dos elementos, el primero llamado factico que se refiere al conjunto de conductas realizadas por las personas y que se consideran de uso prolongado, el segundo elemento, denominado normativo, es el hecho de que un poder público le reconozca de carácter obligatorio.
* Jurisprudencia: Es la fuente formal indirecta más importante, se forma por el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas contenidas en la sentencias judiciales. Tienen una doble función, por un lado genera normas jurídicas y por el otro coayuda tanto en su formación como en su aplicación.
* Doctrina: Estudios realizados por juristas que no se encuentran investidos de ningún poder estatal, con el propósito de sistematizar los preceptos del derecho y de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. No tiene ninguna fuerza obligatoria.

**Derecho público y privado en la actualidad.**

El derecho sirve para regular y armonizar las relaciones entre los integrantes de una sociedad y un Estado. La clasificación del derecho positivo muestra efectivamente la división en público y privado, pero hay que saber si esta clasificación tiene los fundamentos necesarios para justificarla de forma científica y jurídicamente racional. Por lo tanto la determinación de un criterio que permita fundar en forma racional y jurídica la distinción entre derecho público y privado constituye uno de los problemas de la ciencia y de la filosofía del derecho.

Carlos Nino

**Las lagunas del derecho**

Hay una laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece de toda solución normativa.

Alchurron y Bulying dicen que no tiene sentido hablar de lagunas del derecho si no se hace referencia a un cierto sistema jurídico y a un caso determinado. Un caso puede no estar solucionado por un sistema pero si por otro; un sistema jurídico no puede estipular soluciones normativas. Laguna normativa: Un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta. Se utiliza la palabra caso en sentido genérico, hablamos de clases de acontecimientos no de uno en particular. Los casos que se consideran para determinar la existencia de lagunas pertenecen a un universo de casos constituidos a partir de que estén presentes o ausentes ciertas propiedades.

Hay juristas que no admiten la existencia de estas lagunas. Por ejemplo Kelsen, que sostiene que el derecho no puede tener lagunas, ya que para todo sistema jurídico es verdadero el principio de clausura: TODO LO QUE NO ESTA PROHIBIDO ESTA PERMITIDO.

A y B critican este razonamiento: La expresión permitido puede tener dos significados, uno es equivalente a no prohibido y el otro hace referencia a un autorización positiva. Si se usa en el primer sentido debe leerse como “todo lo que no está prohibido, no está prohibido”, y así no sirve para completar un sistema. Tomando el segundo significado se leería “si en un sistema no hay una norma que prohíba cierta conducta, esa conducta está permitida por otra norma que forma parte del sistema. Depende de que en el sistema exista una norma que autorice toda conducta no prohibida.

Como hacen los jueces para dictar sentencia en estos casos? Uno de los recursos más usuales es la interpretación por analogía, que consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté. Otro recurso es el de los principios generales del derecho, la naturaleza jurídica.

Carlos Cossio sostiene que la permisión de toda conducta no prohibida se da en todo sistema jurídico, puesto que la conducta humana contiene siempre la libertad de realizarla. Esta tesis solo se puede admitirse si se está dispuesto a aceptar verdades metafísicas.

AyB también descalifican la posición sostenida por Del Vecchio, según la cual el derecho no tiene lagunas porque ofrece medios para que los jueces puedan eliminarlas. Esto es irrazonable porque el hecho de que haya remedios jurídicos para solucionar casos no quiere decir que las lagunas no existan.

Laguna axiológica (valorativa)

AyB caracterizan las lagunas axiológicas con estos lineamientos:

Cuando el sistema normativo establece una solución para un caso constituido a partir de ciertas propiedades, son irrelevantes, en relación con la solución estipulada. Una propiedad es relevante para un sistema normativo si este sistema imputa a los casos configurados por esa propiedad una solución diferente a la que corresponda a los casos en que no se dé. Y una propiedad es irrelevante si el sistema normativo soluciona de igual modo los casos en que tal propiedad aparece y los casos en que no aparezca.

Una laguna axiológica se daría cuando un caso esta correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas.

**La inoperancia de ciertas normas jurídicas**

Muchas normas jurídicas son total o parcialmente ineficaces. La ineficacia normativa incide en la pertenencia misma al sistema de normas de que se trata. Sí plantean problemas de interpretación los casos de normas que no pueden ser aplicadas por razones independientemente de las de su aceptación o rechazo.

1. La imposibilidad de aplicar una norma puede deberse al hecho de que su condición de aplicación no puede darse, o a la circunstancia de que la conducta que la norma prescribe es de imposible cumplimiento.

Respecto de la condición de la norma, su imposibilidad puede ser lógica, empírica o normativa. Es lógicamente imposible si constituye una contradicción. La imposibilidad empírica se cuando se trata de un hecho que esté en contra de las leyes naturales. La imposibilidad normativa se da cuando entra contradicción con otra norma.

1. Hay casos en que una norma es inaplicable, porque tal conducta es necesaria.

La necesareidad puede ser lógica, empírica y normativa.

**La interpretación del derecho jurisprudencial**

No todas las normas jurídicamente relevantes tienen aquel origen, muchas se originan en costumbres sociales y en la actividad judicial. Las normas de origen judicial, es el núcleo más importante de algunos sistemas como la common law, en el caso del tipo continental europeo tiene una vigencia no desdeñable para la solución de casos. La distinción entre los dos sistemas se limita a una cuestión de grado respecto de la extinción de las aéreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a casa una de esas especies de normas.

La determinación de las normas jurisprudenciales relevantes se hace mediante un complicado proceso que se funda en el razonamiento mediante ejemplos, o sea la comparación entre casos. Levy distingue tres fases en este razonamiento.

* La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otro caso ya resuelto.
* En segundo lugar se hace explicita la regla a que obedeció la solución de los casos anteriores.
* En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado.

El principal criterio para la selección de antecedentes es la analogía, pero no hay reglas para establecer que semejanzas entre los casos son relevantes y cuales irrelevantes. También se toma en cuenta la jerarquía y la antigüedad del tribunal del cual emanan los precedentes. Un tribunal se considera fuertemente obligado por sus propias decisiones anteriores y por las de los jueces superiores. Y a medida de que los precedentes se alejan en el tiempo van perdiendo fuerza vinculante.

El segundo paso también presenta dificultades. En el common law los jueces no están obligados por las afirmaciones explicitas hechas por otros jueces que se consideran afirmaciones no necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es el ratio decidendi de los fallos anteriores.

En el tercer tramo tiene que decidirse si ese caso entra o no en el ámbito de aplicación de la regla. La decisión estará determinada por la descripción de que se haya dado del caso que se debe solucionar.

Las normas jurisprudenciales deben ir variando con los nuevos casos resueltos. En el sistema continental europeo el razonamiento respecto de los precedentes es menos cuidadoso y complejo, ya que la regla stare decisis se aplica casi exclusivamente a los resuelto por el mismo tribunal o tribunales superiores.

Solimano

**El derecho romano en España**

España fue en cierta época colonia romana. Cuando los visigodos dominan España era derecho vigente el contenido de la ley de las Citas, el Código Teodosiano y los Códigos gregorianos y hermogenianos. A medida que los monarcas cristianos prolongaban sus fronteras fueron apareciendo las Cartas Pueblas, en esta época la influencia del derecho romano se hacía cada vez más escasa; sin embargo en los reinos de Castilla y León al asumir Alfonso X publico el Código de las Siete Partidas y con ello el derecho romano penetro profundamente.

**La influencia del derecho romano en el derecho nacional**

El derecho romano vino a nosotros por una doble vía: el verbo de nuestra lengua y la escritura del Corpus Iuris. La primera recepción es verbal, nuestra cultura es latina, nuestra lengua romance surge del latín coloquial. La segunda recepción es del Corpus Iuris, el derecho romano nos llega por el libro. La constante aplicación, el ininterrumpido desarrollo del derecho romano, solo prueba una cosa: la vida íntima continúa del contenido jurídico romano. La concepción romana de las instituciones jurídicas ha perdurad casi sin modificarse.

Díaz Bialet distingue cuatro periodos del estudio del derecho romano:

1. El periodo primitivo: Desde el siglo XVI hasta 1614. Durante este periodo se produjo la recepción del derecho romano a través de las Partidas.
2. El segundo periodo: Comienza en 1614. El derecho romano era aplicado y estudiado en nuestro país.
3. El tercer periodo: Comienza en 1791, fecha en que se crea en la UC la cátedra de las Institutas, enseñaba el derecho laico o derecho civil.
4. Cuarto periodo: Comienza en 1834 con la publicación de “Notas a las Institutas del Derecho Real de España” de Vélez Sarsfield.

Vélez Sarsfield tiene un fuerte arraigo al derecho romanista y sobre todo al romano hispánico. El articulado y las notas de nuestro Código Civil son prueba ineludible de este aserto, que se manifiesta más en materia de contratos, obligaciones, derechos reales y sucesiones. Sarsfield también se baso en el código civil francés que le sirvió como modelo.

Salvat nos habla de la influencia directa e indirecta del derecho romano sobre nuestra legislación civil, directa a través del articulado de nuestro código e indirecta a través de los más eminentes romanistas de la época.

**Comienzo de la existencia de la persona física**

En Roma el nacimiento y la muerte señalan el comienzo y el fin de la persona física. Para que el ser humano exista como persona se requieren tres condiciones:

1. Total desprendimiento del seno materno: el nuevo ser debe haberse separado completamente del seno materno.
2. Que el nacimiento se haya producido con vida: su nacimiento debe ser acreditado, los sabinianos y proyeculanos diferían en cuanto a cual debía ser la prueba de vida, los primeros postulaban que bastaba cualquier signo de vida como la respiración, los segundos sostenían que debía producirse un grito.
3. Que el nacido tenga formas humanas: no se reconocería el carácter de persona a los monstruos, prodigios o portentos.

La Ley Julia Papia Poppaea concedía a quienes tenían hijos, beneficios que negaban a aquellos que no los tuvieran. Se aplicaba el senado consulto en cuya virtud se llamaba a la sucesión ab inestato del hijo de la madre que tuviera el ius liberoum, que hubiese dado a luz a tres hijos siendo ingenua o a cuatro siendo liberta.

**Modernas aportaciones en torno a la situación jurídica del naciturus.**

En Roma se admitió que el comienzo de la existencia de la persona se produce desde su concepción en el seno materno, al naciturus se le reconoció el derecho a la vida, el derecho a heredar, a percibir alimentos, gozaba de capacidad jurídica. Se considero al concebido no nacido persona desde su concepción.

**Capacidad jurídica en el derecho romano**

En Roma la capacidad jurídica plena solo pertenecía al ser humano libre, ciudadano y sui iuris, el sujeto de derecho plenamente capaz. Pero siempre fue admitido que la capacidad jurídica fuera susceptible de experimentar alteraciones. Hay tres tipos de capitis diminutio:

* Máxima: Cuando una persona cae en esclavitud, esta es la más grave porque con la pérdida de libertad de extingue la capacidad jurídica y todos los derechos.
* Media: Cuando se pierde la ciudadanía. Cuando una persona sufre la interdicio aquae et ignis: una pena que lo priva del uso del agua y del fuego, deja de ser ciudadano para gozar de la protección del derecho de gentes.
* Mínima: Es la alteración del status familiar, puede tratarse de una disminución como un aumento de la capacidad.

**Fin de la persona física**

El fin de la persona física se produce con la muerte.

La muerte y el nacimiento son hechos jurídicos y deben ser probados. La dificultad para probar la muerte aparece si dos personas mueren en un mismo accidente. El derecho clásico considera que ambas personas murieron al mismo tiempo, no pudiendo producirse transmisión mortis causa de derecho entre ellos. El derecho justinianeo se aparta del criterio de la contemporaneidad, si en un mismo accidente fallece padre e hijo se presume que premuere el hijo si es impúber y que sobrevive si es púber. Esto se da por la resistencia física en razón de la edad.

Vélez Sarsfield en el Código Civil adoptan la solución clásica en el art 109, art 95 del nuevo Código Civil y Comercial.

En cuanto a la ausencia con presunción de fallecimiento el derecho romano no sentó doctrina. Los juristas clásicos hablan de lagunas soluciones destinadas a ciertos casos concretos. Si el padre está ausente y se ignora donde está y si existe y pasaron tres años sin saber nada, no se les prohíbe a sus hijos contraer matrimonio.

**La persona jurídica en el derecho romano**

Son todos los entes, que no son personas de existencia visible susceptibles a adquirir derechos o contraer obligaciones. Según Juan Iglesias las personas jurídicas son agrupaciones de hombres, asociaciones y ordenaciones de bienes a las que la ley reconoce la cualidad de sujetos de derecho. Es el ente abstracto al que el ordenamiento jurídico le reconoce la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones.

**Los municipios**

Los municipios son la primera noción que aparece de un sujeto de derecho no humano en Roma. Carames Ferro define al municipio como la comunidad humana que paulatinamente fue incorporándose a Roma durante la república y que en virtud de su conquista o de un tratado de alianza con los romanos perdió su anterior condición soberana aunque conservando una autonomía amplia según la concesión de Roma.

Había tres clases de municipios en Roma:

* Municipios Óptimo Iure: eran aquellas ciudades que al perder su condición de independientes, adquirieron completa ciudadanía romana para sus miembros y con organismos propios.
* Municipios sine sufragio

1. Munícipes caerites: autonomía como ciudades y para sus habitantes todos los privados pero no los públicos.
2. Municipes aerarii orstipendiariae: no les concedió la ciudadanía si no solo las obligaciones contribuir a las cargas públicas.

**Capacidad de los municipios**

Fue regida por el derecho privado, se los llego a equiparar con la persona humana, ya que se les permitía participar en las relaciones jurídicas patrimoniales y pudieron adquirir toda clase de bienes inter vivos o por disposición mortis causa.

La representación era necesaria para realizar los actos que hicieran una manifestación de voluntad, esa debía hacerse en base a la voluntad humana. Recién en la época clásica poseyeron la idea de la representación.

**Evolución de la persona jurídica**

Se organizaron en Roma otros dos tipos corporaciones y asociaciones y las fundaciones. En las primeras hay un elemento humano, sus miembros. En la segunda solo cuentan con un patrimonio, una masa de bienes que el fundador destino al cumplimiento de un fin.

**Corporaciones**

Para formar una corporación con personalidad jurídica eran necesarias varias personas, por lo menos tres, reunida con un fin lícito y no contrario al orden publico con intención de construir un sujeto único. Los juristas clásicos según Elguera distinguieron entre relaciones de la colectividad como tal y la de sus miembros. A fines de la república muchas corporaciones se vieron mezcladas en actividades políticas subversivas, lo que precipito su disolución en la época de Julio Cesar. Otros atribuyen a Augusto la ley Julia de collegiis del año 7 de la era cristiana. En cuanto a su contenido ordeno la disolución de los colegios existentes con excepción de los más antiguos de carácter religioso o profesional (gremios artes y oficios) y no se permitió la constitución de nuevos colegios en lo sucesivo sin la autorización del senado en Roma. La ley julia solamente alcanzaba a Roma pero con posterioridad se extendió a todo Italia por senado consulto y a las provincias por mandato. Las corporaciones tanto como los municipios pueden ser titulares del derecho de propiedad de créditos y de deudas. Con respecto a la organización interna dice Juan Iglesias que las asociaciones privadas solían organizarse a imagen de la corporación municipal y que tenían pun estatuto, una caja común, una asamblea general, un consejo y representantes.

**Fundaciones**

Las fundaciones son el patrimonio destinado a cierto fin para actos intervivos o mortis causa con carácter de perpetuidad o de duración indeterminada ante la ley reconoce como sujeto de derecho. Bonfante sostiene que las fundaciones son el resultado genuino del cristianismo, una emanación de la caridad. Al principio en Roma un ciudadano podía encargar a un heredero el cumplimiento de un fin y para ello destinaba un patrimonio. El donante determinaba el régimen administrativo de dicha fundación.

En el periodo justinianeo se va a reglamentar la actuación de los administradores. En el año 321 el mismo emperador autorizo a los particulares a ser legados a la iglesia por mandatos. Elguera dice que el concepto de iglesia con completa autonomía pasa al campo del derecho privado motivando la formación de una nueva figura jurídica elaborada en el periodo justinianeo las fundaciones pie causa. Las instituciones de beneficencia se colocaban en el mismo plano que la iglesia tanto al fin del culto como el ejercicio de la beneficencia.

Las asociaciones y fundaciones estaban integradas por un conjunto de individuos a quien se concedían ciertos derechos, en cambio con respecto a la fundación hay un patrimonio afectado a un fin lícito.

**Comparación con el derecho argentino**

Vélez Sarsfield se baso en el derecho romano. El art 38 del código civil anterior parece como que hablaran los juristas “los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros ni ninguno de estos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación”

**La familia romana**

En Roma la familia está organizada sobre la base del patriarcado. El lugar del pater familias era el principal y la mujer ocupaba un rol secundario. Al casarse la mujer salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido. Hay distintas acepciones de la palabra familia, la ley de las 12 tablas aplica la palabra familia al conjunto del patrimonio. Decimos por derecho propio familia a muchas personas, que están bajo la potestad de otro. Podemos considerar a la familia civil como a las personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único. En sentido propio la familia propio iure es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad llamado manos potestas de un jefe. La familia propio iure es definida por Ulpiano como el grupo de personas unidas entre sí por la autoridad que una de ellas ejerce sobre los demás. Los miembros sujetos a la familia son los aliene iuris (hijos). Muerto el pater se conserva el vínculo agnaticio. Los agnados constituyen la familia communi iuri dicta, Ulpiano la define como el conjunto de todos aquellos individuos que estarían sujetos a la misma autoridad si el común pater familias no hubiese muerto.

En uno u otro caso los componentes de la familia son los agnati y la relación de parentesco se llama agnatio. La familia agnatista es por afinidad. La agnación subsiste entre los que descienden de un común antepasado varón a través de otros varones.

**La familia agnaticia**

El vínculo agnaticio se transmitía solo por vía masculina, es un vínculo civil que une a las familias y que subsiste aun después de la muerte del pater familias. Es un rasgo dominante el régimen patriarcal, la soberanía del padre o abuelo paterno, quien puede excluir a sus descendientes por la emancipación.

En la familia propio iure al desaparecer el pater cada uno de los varones que estaban bajo su patria potestad se convierten en cabeza de familia.

**La familia cognaticia**

Cognaticio es el parentesco de la naturaleza que une a las personas descendientes una de otras en línea directa o de sexo. En parentesco que resulta de la misma naturaleza. Quien solo tiene calidad de cognado no forma parte de la familia civil ya que para ser parte de ella además hay que tener el titulo de agnado, la agnación atrae a la cognación. El hijo adoptivo se hace el agnado y el cognado del adoptante, esta cognación artificial no sobrevive a la agnación del hijo adoptivo emancipado, ya que no queda atado por ningún lazo a la familia adoptiva. Bajo Justiniano desaparecieron los privilegios de la agnación y cuando la cognición fue lo suficiente para conferir los derechos de la familia.

**Grado de parentesco**

Por un lado es natural por el otro de afinidad.

•Natural: el parentesco en línea directa, ascendente o descendente.

•Colateral: une a dos personas que descienden de un mismo autor, sin que la una descienda de la otra.

•Afinidad: se origina por matrimonio.

**Pater familias**

El pater familia es el que no tiene otro ascendente vivo por línea masculina. Si al morir el pater familia tiene varios filius familia, esta se divide en tantas familias como en tantos jefes. Esta escisión no rompe entre las familias el vínculo agnaticio, no es originaria porque en su origen el grupo permaneció unido bajo una sola cabeza. La calidad de un pater familias se podía conseguir bajo la emancipación. Las mujeres también con la muerte del pater familias por la emancipación se convertían en sui iruis.

Los poderes del pater, manus poder:

•Manus maritali: Sobre la mujer.

•Patria potestas: sobre los hijos

•Dominica potestas: sobre los esclavos.

•Mancipiun: sobre los hijos de otros entregados en venta.

El poder del pater era absoluto, tenía derecho de vida y de muerte sobre sus familiares y de exponer y vender a los individuos. Se asemejaba a un magistrado.

**Sujeción a la patria potestad.**

El primer título por el cual se adquiría la calidad de miembro de una familia romana era la procreación en nupcias legítima, por un individuo varón de la familia, ya sea el pater o el filius familia. Los descendientes por línea femenina no eran miembro de la familia ya que pertenecían a sus respectivos padres.

Existía la adopción propia referida a un filius familia y la adopción o adrogación de un pater familias.

Debía preceder la renuncia del antiguo pater familias a su potestad con las solemnidades debidas o sea las tres emancipaciones (ante los comicios, ante el pontífice y ante el pueblo). Una vez otorgada la potestad era transferida al nuevo pater familias. En cuanto a la adrogación (cuando toda una fila con un pater pasaban a pertenecer a otra familia con un pater familia distinto) se hacía en Roma ante los comicios precedidos por el pontífice interrogando al adoptante y al adoptado y por ultimo por el pueblo a través de las urnas.

**Relaciones patrimoniales con el pater familias.**

En Roma el titular de los derechos patrimoniales (derechos reales) solo podía ser el pater familia.El patrimonio determino la calidad de personalidad de personalidad jurídica.

La teoría de la personalidad jurídica entre los romanos fue puramente patrimonial, puramente objetiva, cualquier cosa corporal de que el hijo haga adquisición se entiende adquirido para el padre, es el pater familia el que se hace por derecho civil propietario de la cosa o titular de derecho. Esto cambio en la época de la República con la aparición del peculio (pequeña suma de dinero o una masa de bienes concedida por el pater al hijo, pero no podía donarlo o disponer de el por acto de última voluntad)

Clases de peculio:

•Profecticios: eran los bienes concedidos por el pater al hijo y también al esclavo. A la muerte del filius familia pasaban los bienes al pater. La concesión era de carácter revocable.

•Castrense: el hijo militar disponía con libertad de tal peculio y podía hacer donaciones y disponer mortis causa (sucesión)

•Cuasi castrense: bienes que el hijo adquiría por sueldos y por retribuciones en relación con sus funciones en el palacio imperial y por las que venían de la función pública por profesiones libérales.

•bona adventicia o materna: reservo exclusivamente a los hijos los bienes de la madre, prohibiendo al padre el derecho de enajenarlos.

Acciones emergentes de la patria potestad: La persona en potestad gozaba de capacidad negociar, pero las adquisiciones realizadas en razón de los contratos formaban parte del patrimonio del pater. En lo que se refiere a las deudas regia el principio opuesto, el pater no estaba obligado por las deudas, en derecho clásico el hijo se obligaba válidamente a sí mismo. Hay excepciones al principio de no responsabilidad del pater:

•actio de peculio et in rem verso: acción con dos condenas, una de peculio que hace responsable al padre y la otra de in rem verso, que determina una responsabilidad en la medida del enriquecimiento patrimonial que experimente el pater.

•actio quod iussi: si el hijo o esclavo contratan con un tercero y el pater consiente esto, si aparece una deuda responden estos por la totalidad de la deuda.

•actio excercitoria: el padre que es naviero o armador coloca al frente de la nave como capitán a un hijo o esclavo, se hace responsable por las obligaciones contratadas.

•actio insitoria: se hace responsable al pater familia si pone al hijo al frente de un comercio o industria.

•actio tributaria: hay insolvencia del hijo o esclavo procede el reparto del peculio entre los acreedores.

**Ingreso a la familia**

* Por nacimiento: Modo normal de entrar a la familia. Se hace miembro el procreado en justas nupcias por individuo varón de familia. Es considerado hijo después de los 182 días del matrimonio y 300 antes de su disolución.
* Por adopción: Es el acto jurídico en virtud del cual un extraño entra como un hijo a la familia. Se distinguen dos formas:

1. Adoptivo: Hace pasar a un filius familias de la potestas de su padre natural a la de otro pater familias. El adoptado sufría un capitis diminutio mínima, pues perdía su parentesco de agnación con su familia natural y con ello los derechos de sucesión ab intestato.

El adoptante debe ser dieciocho años mayor que el adoptado. Solo permitieron adoptar a los mayores de sesenta años. El adoptado no debía tener hijos legítimos. No era necesario el consentimiento del adoptado.

1. Adrogatio: Implicaba la absorción de una familia por otra. El adrogado caía bajo la potestad del adrogante con el mismo título de un descendiente nacido ex iustis nupitis. El y sus descendientes pierden el derecho de agnación de la anterior familia.

El adrogado debía consentir en su adrogación, el adrogante debía tener sesenta años, debía ser por lo menos dieciocho años mayor que el adrogado, para adrogar o adoptar era necesario tener la capacidad de la patria potestas.

Reforma del CC —-> CCC

En el código civil no se regulaba la adopción, dsp aparece la reforma Borda. El derecho debe moldearse a las situaciones sobrevivientes. Actualmente la familia no es el estereotipo. Aparece en la reforma del cc el matrimonio igualitario por lo tanto puede un niño tener dos madres o dos madres y un padre, esto dio lugar a tener que regularlo. Con respecto al matrimonio antes se hablaba de adulterio como causa de divorcio pero hoy la infidelidad no es causal de divorcio es un deber del matrimonio. Derechos y deberes de los cónyuges, alimentos. Antes divorciarse era más difícil. Ahora está el divorcio express, una sola parte la puede pedir, no hay necesidad de causales, no hay culpa.

Régimen patrimonial (bienes gananciales): Ahora se pueden hacer ciertas variantes, ahora hay pactos de convivencia, los que no se casan y conviven. Las uniones convivenciales son las que pasan por el registro civil. Hasta antes de esta reforma se hablaba de la patria potestad de los padres ahora se sacó ese término y se habla de responsabilidad parental, en la actualidad es importante el interés superior del niño y su autonomía progresiva.

**Sucesión en el derecho romano**

La palabra sucesión deriva del termino sucederé, que es la entrada a una relación entre sucesor y antecesor. En un sentido amplio es la sustitución de una persona por otra en una relación jurídica. En este sentido, la podemos distinguir entre sucesión por causa de muerte o intervivos, y a su vez por causa de muerte se divide en ab intestato y testamentario.

Ulpiano dice que la herencia no representa a la persona del heredero si no a la del difunto, como está comprobado por múltiples argumentos del ius civile. Actualmente hay un concepto general que consiste en sostener que es la adquisición por parte de una persona de los bienes enajenados o abandonados por otra, aquella sucede a esta enajenante o causante.

La sucesión puede ser universal, adquisición del conjunto o totalidad de los derechos correspondientes a una persona o singular del traspaso de derechos singulares, determinados y separados.

El derecho sucesorio es la sesión del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona física cuando esta muere.

Este encuadramiento de sucesión formando un sistema de derecho privado es moderno. Primitivamente un derecho hereditario regido por el ius civile formalista estaba apoyado en la propiedad quiritaria y en la familia agnatisia. Otro periodo que se prolonga durante la época clásica, que se proyecta sobre el derecho de sucesiones es el dualismo entre el ius civile y el ius honorario, junto al derecho sucesorio civil. Al derecho sucesorio civil el pretor moldea un derecho sucesorio moderno evitando rigidez. Las medidas del pretor no derogan el ius civile. El derecho honorario se limita a designarle poseedores de los bienes de la persona difunta. En la época imperial es posterior a la obra conspiradora de las novelas. Aqui desaparece la realidad y el derecho sucesorio nos ofrece las mismas características que en escénica han pasado el código moderno. El fenómeno jurídico del traspaso puede ser debido al fallecimiento del transmitente o a verificarse por diversas causas.

En primer caso la sucesión es mortis causa y en el segundo intervivos. Pero en el derecho romano clásico la sucesión es un signo mismo de herencia. Con la muerte desaparece la persona física pero el patrimonio no se disgrega si no que pasa en su totalidad a uno o más herederos. En el caso de estos últimos se observa que la sucesión es uno de los modos de adquisición del dominio.

El derecho romano Justiniano clasifico la sucesión como universal cuando los sucesores recibían la totalidad o una parte del patrimonio y como particular cuando se trataba del traspaso de uno o varios derechos

Sucesión universal intervivos:

* Adrogatio: adopción de una persona suis iuris que así se convierte en alieni iuris, sucediéndole en la titularidad de su patrimonio al pater familias.
* Conventio in manum: adquisición por parte del marido de todos los derechos patrimoniales de la mujer.

Los casos de sucesión universal mortis causan:

* Herencia: testamentaria (cuando deja el difunto un testamento designando el heredero) o ab intestato (herederos designados por ley).
* Bonorium possessio: la sucesión universal por edicto del pretor.

Los legados son los casos de sucesión particular por causa de muerte. El tipo de sucesión que ha perdurado en el derecho actual es el mortis causa no así la sucesión inter vivos. Para Bonfante la sucesión mortis causa es poner la situación del heredero en el mismo estado jurídico del difunto con respecto a las relaciones patrimoniales. No todas las relaciones que recibe el heredero son transmisibles, son intransmisibles la magistratura, la tutela, las obligaciones nacidas ex delito.

Nueva tendencia y doctrina

Victorio Polaco basándose en los glosadores dice que la persona a quien sucede en la herencia se llama hereditando o causante, sucesor es el llamado de la herencia que ya la ha hecho suya aceptándola, para él, el sucesor a titulo universal adquiere el patrimonio del difunto, basándose en la teoría de los glosadores que sostiene que la herencia es un derecho real.

Scialoja y Bonfante dicen que la hereditas es el corolario de la organización de la familia. Con la muerte del pater el heredero asumía la dirección familiar y el patrimonio.

**Requisito de la asociación mortis causa**

•Muerte de una persona: Todos los pactos o contratos que tuviesen por objeto la sucesión de una persona viva son nulos de pleno derecho

•Capacidad del difunto para tener herederos: era patrimonio de quienes poseían los tres estatus: familia, ciudadanía y libertad, solo tenían capacidad de tener herederos el pater familia y la mujer sui iruis. Son incapaces de otorgar un testamento los impúberes, los dementes, los pródigos iterdictos, los sordomudos, los condenados a pena de muerte, alta traición.

•Capacidad del heredero para poder serlo: El heredero debe ser libre y ciudadano, es decir sui iuris. No podían heredera los célibes mayores de 25 y menores de 60. Las mujeres solteras entre los 20 y los 50 años, los hombres casados sin hijos, las madres de tres o cuatro hijos menores, según fuesen ingenuas o libertas y los que permanecían viudos o divorciados. El heredero no debía ser indigno.

•Delación de la herencia o llamamiento a herencia: poniendo a disposición de estos la herencia, según se trate de sucesiones testamentarias o ab intestatos, la delatió provenía de la voluntad del difunto o de la ley.

•Aceptación de la herencia: el momento preciso en que los herederos adquieren la herencia es diferente según se trate de herederos suyos innecesarios o de herederos voluntarios. Los primeros incluyen a quienes están sometidos directamente a la voluntad del pater y a los esclavos manunmitidos, y designados herederos en el testamento. Estos últimos adquieren la herencia en forma inmediata y aun en contra de su voluntad. Los herederos voluntarios son los demás llamados a la sucesión, solo adquieren la herencia mediante la aceptación.

En roma había dos formas de sucesión: testamentaria o ab intestao.

La primera se daba cuando el mismo titular del derecho dispone de ellos en favor de una persona de su elección por medio de un testamento (acto designado a producir efectos solo dsp de su muerte). Ab intestato: cuando por falta de un testamento la ley designa los herederos. Ambas formas de sucesión eran excluyentes.

**El negocio jurídico**

La aplicación de normas requiere verificar ciertos hechos. Estos hechos y cambios que se operan en el mundo jurídico son consecuencia de fenómenos, pueden o no interesar a la dinámica de derecho, y así vincularlas a ciertas consecuencias que pueden consistir en la adquisición, modificación o pérdida de un derecho subjetivo. Bonfante define al hecho jurídico como cualquier condición de la que la ley hace depender la adquisición, modificación o pérdida de un derecho.

En el Código Civil art 896 sostiene que son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos.

Según Ferro, estos hechos operan como motores de la vida jurídica provocando los cambios en las relaciones de derecho entre los individuos. Un hecho puede o no producir consecuencias jurídicas. El hecho que produce consecuencias jurídicas puede ser humano o de la naturaleza, voluntarios e involuntarios. Los involuntarios son independientes de la voluntad del hombre, los voluntarios son por ej. la aceptación de una herencia.

**Hechos y actos jurídicos**

Los hechos humanos voluntarios son llamados actos jurídicos, dentro de estos están los actos jurídicos lícitos y los ilícitos, que tienen un fin prohibido por el ordenamiento jurídico positivo que reacciona tratando de restaurar el orden. El art 944 del CC dice que son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas. (259 del CCC). Y el art 898 dice que los hechos voluntarios lícitos o ilícitos. Los primeros son los que se denomina negocio jurídico.

**El negocio jurídico**

Hay doctrinas particulares que son susceptibles de una aplicación más o menos uniforme a todos los negocios jurídicos. Juan Iglesias afirma que el negocio jurídico es una manifestación de voluntad encaminada a la consecución de un fin práctico permitido y protegido por la ley.

Bonfante lo define como aquella manifestación de voluntad cual la ley en las condiciones y el los limites por ella determinados, reconoce la virtud de producir los efectos jurídicos apetecidos por el sujeto. Ruiz sostiene que la manifestación individual de voluntad o la resultante de varias manifestaciones individuales dirigida hacia la obtención de fines prácticos y provista por el derecho objetivo de efectos lo mas conformes posible con aquellos fines mediante la creación de nuevas relaciones jurídicas.

Los requisitos necesarios para el negocio son:

* Declaración unilateral o bilateral de la voluntad.
* La voluntad debe ser impulsada por el logro de un fin práctico, económico.
* Que ese fin este reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico haciendo producir al acto jurídico los efectos más armónicos posibles.

Clasificación de los negocios jurídicos

* Según el ordenamiento jurídico:

1. Del derecho civil: propio de los ciudadanos romanos.
2. El derecho de gentes: común a todos los pueblos antiguos.

* Según la forma de manifestación de la voluntad:

1. Solemnes o formales: deben observar formas muy precisas.
2. No solemnes: el ordenamiento jurídico deja en libertad a los otorgantes del negocio para elegir las formas.

* Según sus efectos:

1. Inter vivos: su eficacia no está supeditada a la muerte de los otorgantes
2. Mortis causa: regulan sus efectos una vez ocurrida la muerte del disponente.

* Según su objeto y contenido:

1. Patrimoniales: regulación del tráfico y circulación de bienes, reales o personales.
2. Extrapatrimoniales: negocios relativos a las personas o a la familia.

* Desde el punto de vista de su causa:

1. Onerosos: cuando una parte adquiere un derecho o un beneficio a cambio de una perdida que sufre o de un sacrificio que se impone frente a la otra.
2. Gratuitos: Una de las partes adquiere un derecho o una ventaja independientemente de toda perdida de su parte.

* Según la voluntad:

1. Unilaterales: depende de una sola voluntad.
2. Bilaterales: supeditados a dos o más sujetos.

Son contratos unilaterales aquellos que crean obligaciones para una parte contratante. Son bilaterales aquellos contratos que crean obligaciones para ambas partes contratantes, los hay perfectos cuando desde el momento de su celebración aparecen obligaciones para ambas partes, e imperfectos son quellos que en el acto de su perfeccionamiento aparecen obligaciones para una parte y eventualmente pueden aparecer para la otra.

Elementos del negocio jurídico: Hay tres clases de elementos.

1. Esenciales: aquellos sin los cuales ningún negocio puede existir, ya que hacen a su escancia y la falta de alguno produce la nulidad del negocio.
2. Naturales: Integran su estructura normal, su falta es sobreentendida en los mismos.
3. Accidentales: son las modalidades que las partes pueden influir para modificar los efectos de negocios jurídicos.

**Obligaciones**

La palabra obligación fue de uso tardío en Roma. En un principio las partes que intervienen en la relación jurídica no se denominan acreedor y deudor, sino rei, porque designaba a toda persona empeñada en un proceso sobre el cual había litis contestatio, de donde toda obligación contiene elementos de un proceso en el cual el papel de las partes esta determinado de antemano.

En una sociedad primitiva el numero de obligaciones es reducido, en la moderna es enrome. El derecho romano clásico tiene dos elementos: el debitum o deber de prestar una determinada conducta y la responsabilidad que proporciona al acreedor un medio de ejecución y que no es otra cosa que el perjuicio jurídico que lleva aparejado como consecuencia de la inobservancia de la conducta debida.

Según Bonfante la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual uno o más sujetos tienen derecho de exigir una determinada prestación o una congrua satisfacción patrimonial mientras que otros sujetos tienen el deber de cumplirla o de responder con el propio patrimonio para su cumplimiento.

En las Institutas de Justiniano la obligación es un vínculo jurídico que exige la necesidad de pagar alguna cosa según el derecho de nuestra ciudad.

La concepción moderna dice que la obligación es el vinculo jurídico entre personas determinadas por el cual una de ellas (deudor) se encuentra compelida respecto a otra (acreedor) a la realización de una prestación, siendo responsable si deja de cumplirla, con su patrimonio.

Elementos

Tres son elementos de la obligación: Los sujetos, el objeto y el vínculo.

* Sujetos: Vinculo establecido entre dos sujetos, uno activo (acreedor) y uno pasivo (deudor). El acreedor es la persona a favor del cual existe el derecho y tiene la facultad de exigir del deudor el cumplimiento de la prestación. El deudor es la persona física o jurídica obligada a realizar la prestación en beneficio del acreedor.
* Vinculo: Es el elemento que permite distinguir las obligaciones de otras relaciones no jurídicas establecidas entre los particulares. Se hace efectivo el vínculo por medio de la sanción que se manifiesta.
* Objeto: Prestación. Consiste en un acto del deudor que puede ser una acción positiva o una abstención determinada.

Naturaleza de la prestación:

Debe ser posible. La imposibilidad puede demostrarse en dos formas, física o jurídica. Es imposible jurídicamente la obligación de vender una res divini iruis o una cosa que esta fuera del comercio y es imposible físicamente transmitir la propiedad de una cosa destruida.

El objeto debe ser lícito, jurídicamente posible.

La obligación debe ser determinada, pero si no lo está ab initio deberá reunir los elementos suficientes para su determinación. Art 953 CC (279CCC) exige estos requisitos.

1. Obligación de dar: El objeto consistía en la transmisión de la propiedad de una cosa o en la constitución de cualquier otro derecho real sobre la misma.
2. Obligación de dar: Tiene por objeto cualquier otro acto del deudor que no fuera la entrega de una cosa.
3. Obligaciones de prestar: Tenía por objeto la entrega de una cosa con otro fin que el de transferir su propiedad o constituir sobre ella un derecho real, su propósito era la concesión del simple uso de una cosa a una persona.

**Derechos reales**

El concepto cosa en el derecho romano se conoce como res, es todo lo que rodea al hombre y le produce alguna utilidad. Juan iglesias la define diciendo que res es todo objeto del mundo exterior sobre el cual pueden recaer los derechos. La palabra res comprende a todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad y beneficios que puede prestar. Estas relaciones se llaman derechos. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos y el destinatario de todos los derechos es el hombre. Objeto del derecho es todo aquello que permite al hombre obtener un servicio, una utilidad, una ventaja. Estos objetos pueden tener o no un valor económico. Todos los objetos de derechos que en alguna medida tienen valor económico son bienes, algunos pueden ser apreciados por los sentidos y otros concebidos intelectualmente.

Bonfante las define como las partes limitadas del mundo exterior que en la conciencia social, están aisladas y concebidas como entidades económicas independientes.

Los jurisconsultos romanos dieron a la palabra cosa un significado general mucho más amplio con el objeto de derecho. En el Digesto los romanos entendieron el vocablo res con el más variado significado de existencia. Una cosa es rerum natura cuando se la da como existente. Art 2311CC (15 y 16 CCC) Se llama cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones naturales susceptibles de apropiación. Los objetos inmateriales susceptibles de valor se llaman bienes. El conjunto de los bienes constituye el patrimonio de una persona.

La violación de los derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien jurídicamente hablando. En la jurisprudencia solo se considera bien aquello que puede servir al hombre, que puede emplear este en establecer o satisfacer sus necesidades, que puede servir para sus usos o placeres, aquello en fin que puede entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo o un crédito.

Los derechos reales regulan la relación directa entre una persona y una cosa. En los derechos reales rige el sistema nure rus clausus que es un sistema cerrado. Son solo derechos reales los que existen en el código civil y comercial. Con la reforma se incorporaron algunos derechos reales que Vélez Sarsfield no los regulaba pero si se estudiaban. Son solo derechos reales los que existen en el código civil que están en el art 1887 del ccc, los derechos reales que se agregaron son la propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado y superficie.

Posesión: cuando una persona por sí o por medio de otra ejerce un poder de hecho sobre una cosa o la titularidad de un derecho real. La posesión es una situación de hecho y no de derecho. Defensa de la posesión: ahora hay defensa extrajudicial que es para la legítima defensa del derecho penal, ahora se registra.

Tenencia: existe cuando una persona por sí o por medio de otra ejerce un poder de hecho sobre una cosa que se comporta como representante del poseedor.

Patrimonio: es un concepto jurídico que es inseparable de la persona como sujeto de derecho integrado por la universalidad jurídica de las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de tener valor o los derechos personales en sentido amplio. El patrimonio es una entidad que se transmite enteramente por la muerte y parcialmente en vida.

Tradición: los derechos reales de adquieren por la teoría del título y del modo. La tradición consiste en entregar la cosa, poniéndola en poder o a disposición de otro, de modo que pueda ejercer sobre ella los derechos de propiedad, conjunto de conocimientos, usos, hábitos, costumbres, creencias, valores, que el pueblo a creador conforme a su naturaleza y sus exigencias a lo largo de su evolución histórica y que constituye el fruto heredado de sus antepasados.