

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

***INDIVIDUALISMO Y PROPIEDAD EN EL DERECHO  
ROMANO***

(TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO, DIRIGIDA POR EL PROFESOR  
DR. FABIO ESPITIA GARZÓN, CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO DE LA UNIVERSIDAD  
EXTERNADO DE COLOMBIA)

MAESTRIA EN DERECHO  
DERECHO PRIVADO ECONÓMICO

ANDRÉS DÍAZ SALINAS  
2017



**CONTENIDO**

Abreviaturas ..... 5

INTRODUCCIÓN ..... 7

PARTE PRIMERA ..... 12

    1. *Las cosas* ..... 12

    2. *El concepto romano de propiedad y su evolución histórica* ..... 14

    3. *El individualismo de la propiedad en el Derecho romano* ..... 21

PARTE SEGUNDA ..... 27

    1. *El poder del pater familias como fuente del concepto de propiedad* ..... 27

    2. *Limitaciones a los poderes del paterfamilias y su relación con la propiedad* ..... 28

    3. *El paterfamilias en relación con la familia y la gens* ..... 30

    4. *El poder del pater y la manifestación de voluntad individual* ..... 32

PARTE TERCERA ..... 34

    1. *Desarrollo histórico y conflictos sociales, políticos y agrarios* ..... 34

        1.1. *Período Arcaico* ..... 34

        1.2. *Período Clásico* ..... 43

        1.3. *Período Tardío* ..... 46

    2. *Teorías alternativas al individualismo en el Derecho romano* ..... 48

        2.1. *Limitaciones de Derecho público y privado* ..... 49

        2.2. *Limitaciones al abuso del derecho de propiedad* ..... 55

CONCLUSIÓN ..... 62

BIBLIOGRAFÍA ..... 67



## Abreviaturas

- *Ab urbe condita*: Desde la fundación de la ciudad, Roma (*a.u.c*)
- Aulo Gelio, Noches Áticas (GEL.)
- Cicerón (CIC.)
  - Acerca de las Leyes (De Legibus) (De Leg.)*
  - Acerca de los Deberes (De officiis) (De off.)*
  - A favor de Cecina (Pro Caecina) (Pro Cae.)*
- Código de Justiniano (C.)
- Código Teodosiano (C. Th.)
- Dionisio de Halicarnaso (DION. HAL.)
- Instituciones de Gayo (G. Inst.)
- Instituciones de Justiniano (J. Inst.)
- Digesto de Justiniano (D.)
- Publio Valerio Máximo, (*VAL. MAX.*)
- Suetonio (SUET.)
  - Augusto (Aug.)*
- Novelas (N.)
- Tito Livio, Historia de Roma (LIV.)



## INTRODUCCIÓN

Una parte de la doctrina, si no la mayor, al abordar el estudio de la propiedad en nuestro sistema jurídico, comienza por hacer referencia al derecho romano, ejercicio justo si se tiene en cuenta que la obra de Andrés Bello bebe de las fuentes romanas. Sin embargo, considerando la historia social, política y jurídica romana, en algunos casos será necesario apartarse de preconceptos y cánones del sistema jurídico propio. Tal es el caso del análisis de la propiedad, motivo del desarrollo de la presente tesis. Por lo demás, las conclusiones a las que se han llegado no son nuevas (*nihil novum sub sole*), pues ya han sido abordadas en estudios de más mérito que el presente, por mencionar algunos, la obra de Vittorio Scialoja “*Teoria della proprietà nel diritto romano*”, la de Luigi Capogrossi “*La Struttura della Proprietà e la formazione dei “Iura Praediorum” nell’età Repubblicana*”, las cuales no han sido traducidos a nuestro idioma, y que sumadas a aquella pequeña traducción realizada por Fernando Hinestrosa, “*Individualismo y derecho privado romano*” de Francesco de Martino, son los ejes principales de éste trabajo.

Los estudios sobre las Instituciones de Derecho romano han sido abordados desde escuelas romanistas y civilistas, trabajos que sirvieron de base a los movimientos codificadores (siglos XVIII y XIX) que dieron origen a las actuales instituciones de Derecho; así pues, en punto a la propiedad, muchos autores han atribuido que el carácter *individualista* y absoluto de la misma proviene del Derecho romano, afirmación que ha sido debatida nuevamente por estudios que concluyen que dicho *individualismo* no encuentra asidero en los relatos y estudios históricos, y podría ser producto de una ideología o influencia ajena al auténtico espíritu romano; algunas investigaciones posteriores al movimiento de codificación demostraron esta debilidad en los razonamientos tradicionales de los estudios sobre Derecho romano, concluyendo que efectivamente existen límites al derecho de propiedad, bien sea impuestos por las relaciones de vecindad o por las exigencias de la colectividad, y que cada definición de propiedad debe analizarse de acuerdo a circunstancias y momentos históricos específicos.

Así pues, se ha planteado como pregunta investigativa si, partiendo de las condiciones socioeconómicas y del análisis de la historia, se puede catalogar el concepto de propiedad como *individualista* en el Derecho romano.

Antes de continuar con la exposición, será necesario aclarar a qué me refiero con *individualismo*, término casi tan ambiguo y anacrónico como el de *propiedad*. En cuanto a *individualismo*, entenderemos éste como la subordinación de las instituciones a las finalidades del individuo en contra del interés colectivo, dándose incluso un carácter sagrado a la voluntad individual y la categoría de derecho natural a la propiedad. No debe interpretarse como la simple libertad o autonomía del individuo, ni tampoco como ser él titular de derechos subjetivos, pues como bien lo ha anotado De Martino, “estos son fundamentos esenciales del derecho privado, sin los cuales no es concebible su existencia”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DE MARTINO, Francesco. *Individualismo y Derecho romano*. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. P. 15.

Así pues, retomando las tesis propuestas por el autor italiano, distinguiremos tres posiciones en torno a las facultades del propietario: 1) ejercer su derecho aun de modo dañino para la sociedad; 2) ejercer su derecho sin hacer daño a nadie y 3) ejercer su derecho conforme a los fines de la sociedad. La primera de ellas es la individualista: “Individualista es, entonces, un sistema en que la libertad individual es concebida y regulada como un fin en sí misma, por fuera de cualquier subordinación a los intereses del grupo”<sup>2</sup>.

Sobre el uso de la palabra *propiedad*, se dará un mayor desarrollo en los capítulos siguientes, correspondientes a la Parte I del trabajo, anticipando que dicho término aparece sólo a partir del siglo II a.C., y aun así, los romanos enemigos de toda definición, no llegaron a profundizar sobre sus matices con el fin de alcanzar una generalización del concepto, sino que lejos de todo ello, lo desarrollaron como la mayoría de cosas en su historia: sobre la marcha, la práctica, y las exigencias particulares del momento histórico.

En primer lugar, analizaremos el Estado del Arte en cuanto al concepto de propiedad. En el capítulo I haremos una exposición sobre los distintos tipos de cosas en el Derecho romano, y sus efectos jurídicos. En el capítulo II expondremos la evolución histórica y las distintas definiciones del concepto de propiedad. En el capítulo III presentaremos las distintas teorías que matizaron o encontraron en la institución de la propiedad del Derecho romano, un carácter individualista, tendiente al abuso del derecho y la ausencia de limitaciones.

La segunda parte dará cuenta del Marco Teórico del trabajo, comenzando en el capítulo I por definir los alcances del poder del *paterfamilias* como institución que sirve de base a la propiedad. En el capítulo II se expondrán las diferentes limitaciones a los poderes del *paterfamilias* y la relación de éstos con la propiedad. El capítulo III, estará enfocado en el análisis de la relación del *paterfamilias* con la gens romana. El capítulo IV será la síntesis de las conclusiones acerca del poder del *pater* y la manifestación de voluntad individual.

En la tercera parte se hará un compendio de los elementos que sirven a la comprobación de la hipótesis propuesta, comenzando en el capítulo I por hacer un relato breve del desarrollo histórico de los conflictos sociales, políticos y agrarios, ya que en los mismos se encuentran elementos que dan cuenta de las limitaciones al Derecho de propiedad. En el capítulo II se analizarán las teorías alternativas al individualismo, capítulo que se subdivide en el análisis y recuento de las limitaciones existentes sobre el derecho de propiedad, sean éstas de naturaleza pública o privada, además de algunos apuntes que sintetizarán nuestras ideas acerca del abuso en el derecho de propiedad.

El tema escogido se justifica, pues puede servir como primer acercamiento a los debates en torno a la propiedad en el Derecho romano para estudiantes de Derecho interesados en el estudio de las bases de las instituciones actuales, así como estudiantes de Historia que quieran profundizar en las discusiones sobre la estructuración de conceptos jurídicos y su relación con el desarrollo de fenómenos sociales y políticos en una época determinada.

Será necesario hacer un especial énfasis en el estudio del período de la República romana (509 a.C. al 27 a.C.), porque durante éste se constituye la sociedad romana interior y

---

<sup>2</sup> *Ibidem*. P. 16.



exteriormente, y es allí donde se encuentran las bases del derecho civil<sup>3</sup>. Los periodos siguientes, del Imperio hasta Justiniano, serán analizados únicamente en lo referido al Derecho de propiedad y las posibles modificaciones a su régimen.

En cuanto al aspecto metodológico, se tomaron elementos de las investigaciones *históricas* y *dogmático-jurídicas*. Así pues, en cuanto al enfoque *histórico*, se analizaron fuentes históricas, entendidas como “todo lo que ha llegado hasta nosotros como efecto cognoscible de los hechos”<sup>4</sup>. Una vez recopiladas las fuentes, se ha recurrido a los estudios desarrollados como “crítica externa” sobre las mismas, es decir, determinación de la época y lugar de origen, autor, autenticidad<sup>5</sup>, y de existir, sus fines económicos, sociales y políticos. Afirma Bauer que:

“Por lo que se refiere al juicio crítico, tanto el contenido como de la forma externa de las fuentes, el conocimiento e investigación de los hechos históricos, en manera alguna le bastan al historiador. Para ello tiene, a menudo, que tomar prestados conocimientos de otras ciencias, y, en lo fundamental, ninguna queda excluida de esto. En la descripción de la vida pasada se expresa, precisamente, cómo cooperan a ella las más distintas facultades, tanto intelectuales como prácticas, y que, en consecuencia, no se pueden juzgar de los procesos descritos sin el examen de la actuación de esas facultades y sin adueñarse de los especiales conocimientos de esas ramas particulares del saber que hay que tomar en consideración singularmente en la historia de una cultura determinada o de un aspecto determinado de esa cultura”<sup>6</sup>.

En cuanto al aspecto *dogmático-jurídico*, se hizo un análisis comparativo de las escuelas romanistas y civilistas tradicionales, y las escuelas posteriores al movimiento de codificación (dogmático-históricas). El núcleo de la investigación, es decir, una aproximación al concepto de propiedad, parte de una carencia esencial: no existe entre los romanos una definición del concepto de propiedad. En ese sentido, todo desarrollo que se haga sobre el concepto tendrá su origen en una interpretación particular y posterior, teniendo en cuenta que a su vez existirán escuelas e ideologías que moldearán el concepto en uno u otro sentido<sup>7</sup>. Aquéllas que tenían un especial contenido de análisis de fuentes

---

<sup>3</sup> Ver: MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma (Romische Geschichte)*. Editorial Aguilar. Madrid. 1956. Tomo I. P. 497 y ss.

<sup>4</sup> BAUER, Wilhelm. *Introducción al Estudio de la Historia*. Traducción de la Segunda edición alemana y notas por Luis G. Valdeavellano. Cuarta Edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1970. P. 221.

<sup>5</sup> Ver: BAUER. Op. Cit., P. 223-224. Consideramos que el trabajo de Bauer recoge y analiza todas las tendencias historiográficas desarrolladas hasta la época excepto, claro está, los enfoques de Toynbee, la escuela de “historia total” y “estructuralista”. Por su calidad sistemática, sigue siendo un trabajo importante en la Teoría de la Historia, y uno de los pocos que recoge de manera tan completa la heurística en el conocimiento de las fuentes históricas.

<sup>6</sup> *Ibidem*. P. 224.

<sup>7</sup> NIETO CASTILLO, Santiago. *Metodología Jurídica e ideologías en el Derecho. Sobre la influencia de la ideología en los ámbitos de aplicación del derecho*. En “Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La Enseñanza del Derecho”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2007: “El derecho no es una disciplina pura. Todo proceso que tenga que ver con la producción de normas generales, con la aplicación de éstas a casos concretos, con la enseñanza y la investigación jurídica, tiene una profunda carga ideológica. Cada operador jurídico, de conformidad con sus

históricas, tuvieron una mayor relevancia frente al desarrollo metodológico. Se tuvo como hipótesis la existencia de una influencia ideológica en la dogmática, haciendo especial énfasis en la crítica a los trabajos de codificación que, pretendiendo volver a las bases del derecho romano, posiblemente deformaron sus conceptos para justificar intereses particulares. Así por ejemplo, los revolucionarios franceses dieron a la propiedad una condición de “derecho inviolable y sagrado”, en la creencia de que tal inclinación estaba más cercana al pensamiento romanista, pero nada más lejano a las fuentes históricas y jurídicas romanas<sup>8</sup>.

La metodología más adecuada para la investigación en derecho romano da cuenta de la integración de la postura *histórica* y *dogmático-jurídica*, en lo que se ha denominado *método histórico crítico*, considerando a éste como un derecho no vigente que debe ser contextualizado:

“El Derecho Romano ha de ser estudiado como un Derecho histórico, si bien ese estudio histórico nunca podrá ser correcto científicamente sin tener en cuenta todas las influencias, económicas, religiosas, etc., que inciden en la sociedad romana en un momento histórico determinado (...) sus fuentes de conocimiento tienen que ser sometidas a un análisis exhaustivo y cuidadoso para ir descubriendo los distintos estratos históricos que en las mismas se dan, comprobando (...) La perfección de la crítica textual moderna en base a este método histórico-crítico, que engloba realmente un estudio de la Historia del Derecho Romano desde ópticas del materialismo histórico o del Derecho comparado, han convertido a esta metodología en la más adecuada para una investigación científica del Derecho en Roma”<sup>9</sup>.

En síntesis, el trabajo aquí desarrollado planteó como objetivo demostrar que las características socio-económicas y políticas particulares de las distintas épocas del Derecho romano, influyen y distinguen el concepto de propiedad en la antigua Roma, respecto del concepto que derivó de ciertos estudios romanistas y civilistas, a través de los siguientes pasos:

- a) Identificar las definiciones sobre el concepto de propiedad de las escuelas romanistas, civilistas (medievales y modernas), y los estudios de las escuelas anteriores y posteriores al movimiento de codificación, con el fin de encontrar cuáles advierten una tendencia individualista en el concepto de propiedad, y cuáles se oponen a la misma.

---

experiencias y convicciones personales, e incluso, de acuerdo con su propia posición epistemológica, imprime a las diversas actividades del ámbito jurídico una determinada concepción del derecho” (P., 387).

<sup>8</sup> Ver: VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Privado romano*. Señal Editora. Medellín, 2008. P. 362.

<sup>9</sup> MUÑOZ CATALÁN, Elisa. *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*. Tesis Doctoral. Universidad de Huelva. España, 2013. P. 25. Citando a LÓPEZ-ROSA, *Apuntes de Historia de la organización política romana y del sistema de fuentes de su Derecho* (Sevilla 1990) 41-44, en cuanto a la importancia del método histórico-crítico como técnica más adecuada para alcanzar una verdadera crítica textual y como medio para conocer las instituciones propias del Derecho Romano.

- b)** Analizar las fuentes históricas y la literatura romanística con énfasis histórico y socioeconómico a la luz de los trabajos civilistas y romanistas (dogmática jurídica), con el objetivo de encontrar elementos que permitan dilucidar si existe o no un carácter individualista en la propiedad romana.
- c)** Demostrar que el carácter individualista de la propiedad es un elemento extraño a la historia y las instituciones romanas.

## PARTE PRIMERA

### 1. Las cosas

Antes de comenzar por el análisis de la institución de la propiedad, toda vez que los romanos confundían dicho concepto con el de la cosa misma, será necesario hacer una breve referencia a la idea que tenían los romanos de *res*, de cosa.

Así pues, cuando el jurista Gayo se refiere al objeto o cosa, estima que el derecho se materializa en la misma, y por ello, cuando se reclama frente a un no propietario, se habla de *rei-vindicatio*, sintetizándose así el binomio cosa-derecho.

Las cosas, en principio, son todos los objetos externos, que se encuentran dentro del patrimonio de alguien, o que no han sufrido tal apropiación<sup>10</sup>. Las cosas se dividen en *res corporales*<sup>11</sup> y *res incorporales* (G. Inst. II, 12-14), distinción que parece ser herencia de la filosofía griega<sup>12</sup>, siendo corporales aquéllas que se pueden tocar, como un fundo o un esclavo, e incorporales, aquéllas no tangibles, como una herencia, un usufructo, y las servidumbres urbanas y rurales. Denótese pues cómo entre las cosas incorporales no se menciona la propiedad, lo cual da cuenta de que tal derecho se materializa en el objeto<sup>13</sup>.

La historia económica de Roma impone una clasificación que distingue las *res non Mancipi* (o *nec Mancipi*) y las *res Mancipi*<sup>14</sup>. Dicha distinción parte de la concepción adoptada por el

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Sexta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. P. 261. Citando a D. L. 16. 5.: “*Rei*” *appellatio latior est, quam “pecuniae” quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, quum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*

<sup>11</sup> Concepto que GONZÁLEZ DE CANCINO asocia a la época clásica, siendo las corporales las únicas que pueden ser objeto de los derechos reales. En época post-clásica, los juristas pueden considerar la existencia de cosas incorporales, merced a la introducción de elementos abstractos. Op. Cit. P. 261.

<sup>12</sup> IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Editorial Ariel, S.A - 14ª edición. Barcelona, 2002. P. 140. En un mismo sentido, SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*. Attilio Sampaolesi- Editore. Roma. 1928. P. 21 y ss.

<sup>13</sup> IGLESIAS. Op. Cit. P. 140.

<sup>14</sup> Acerca de ésta distinción, se pueden consultar en especial las obras de: DECLAREUIL, Joseph. *Roma y la Organización del Derecho*. Editorial UTEHA. México, 1958. P. 120, para quien las *res Mancipi* “servían para explotación rural y constituían de ese modo el fondo necesario del patrimonio de toda domus, a lo cual se añadió, cuando entraron en el comercio, los fundos rústicos y urbanos y las servidumbres”. VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1986. P. 311; MAYR, Robert Von. *Historia del Derecho romano*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1930. P. 182. Agrega este autor que Mancipium no es propiedad, sino su adquisición u objeto; IGLESIAS. Op. Cit., P. 143; PETIT, Eugene. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa. México, 1988. P. 169; CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi. *La Struttura della Proprietà e la formazione dei “Iura Praediorum” nell’età Repubblicana*. Tomo I. Università di Roma. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1969. P. 18; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado romano*. Tomo I. Editorial Jurídica Chile. Chile, 1996. P. 437. Añade que la distinción pierde importancia en la época clásica; continúa vigente formalmente y sólo es abolida por Justiniano; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano: volumen secondo, La Proprietà*, Parte I. Giuffrè Editore. Milano. 1966, P. 209-215., para quien adicionalmente las cosas *nec Mancipi* son bienes de interés individual, es decir, propiedad o posesión personal del individuo, del ciudadano, sin trascendencia para la comunidad. Por tanto las *res Mancipi* son bienes de interés social para los grupos familiares gentilicios, para las familias individuales y para la comunidad. Esta tesis es indemostrable según VOLTERRA, pues no encuentra confirmación cierta en las fuentes romanas

jurista Gayo en sus Instituciones (G. Ins. II.14-27), de las que se ha teorizado que las primeras (*res Mancipi*) hacen referencia a las cosas más necesarias para el grupo familiar primitivo, y por tanto, las más indispensables para los fines de la agricultura, así como los fundos, los esclavos, los animales de tiro y carga, las servidumbres de paso (*via, iter, actus*) y de agua (*aquae ductus*) (G. Inst. I. 120; II, 14). Cuando desaparece la diferencia entre fundos itálicos y fundos provinciales (*Constitutio Antoniniana*, 212 d.C.), y la *traditio* se generaliza como modo de tradición, la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* desaparece a su vez, quedando abolida en la codificación justiniana.

Se distinguen las *res mobiles* e *immobiles*, distinción que según los estudios, nace de la influencia oriental<sup>15</sup> y tiene su sentido original en punto a las formas públicas para la enajenación de inmuebles; se diferencian así mismo las cosas consumibles y no consumibles<sup>16</sup>; las cosas fungibles<sup>17</sup> y no fungibles; las divisibles<sup>18</sup> e indivisibles; las simples y las compuestas y universalidades<sup>19</sup>; las cosas accesorias<sup>20</sup>, y los frutos<sup>21</sup>.

De igual manera, las cosas se pueden dividir en *res in patrimonio* y *res extra patrimonium* (G. Inst. II. 1), distinción que en opinión de Iglesias, es equivalente a la de *res in commercio* y *res extra commercium*. El criterio para establecer tal distinción se encuentra en la posibilidad o imposibilidad de que la cosa pueda ser objeto de negocio jurídico<sup>22</sup>. Entre las cosas comerciales encontramos las *res nullius*<sup>23</sup> y las *res derelicta*. Entre las *res extra commercium*, encontramos las *res divini iuris* (*sacrae*<sup>24</sup>, *religiosae*<sup>25</sup> y *sanctae*<sup>26</sup>), las *res communes omnium*<sup>27</sup>, y las *res publicae*<sup>28</sup>.

Más que la definición de cada uno de los tipos de cosas enlistadas, de las cuales se ha hecho referencia a sus fuentes justinianas y clásicas, es importante resaltar lo siguiente: si bien los sepulcros (*res religiosae*) no entran al patrimonio del sujeto<sup>29</sup>, las disposiciones jurídicas que se tejen a su alrededor dan cuenta de una cierta primacía de las creencias

---

(VOLTERRA, Op. Cit. P. 311), para quien la distinción estaría vinculada a las condiciones económicas y sociales del pueblo romano arcaico; SOHM. Rudolph. *Instituciones de Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*. Ediciones Coyoacán. México, 2006. P. 146; TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. Seconda edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2013. P. 193; SCIALOJA. Op. Cit. P. 17.

<sup>15</sup> IGLESIAS. Op. Cit. P. 143.

<sup>16</sup> D. XIII. 6. 3. 6; D. VII. 5. 1.

<sup>17</sup> D. XII. 1, 2, 1; J. Inst. III. 14.

<sup>18</sup> D. VIII. 4, 6, 1; D. L. 16, 25, 1.

<sup>19</sup> D. XLI. 3, 30: *corpora, quae uno spiritu continentur; corpora ex congentibus o ex coharentibus; corpora, quae ex distantibus corporibus sunt o corpora ex distantibus*.

<sup>20</sup> D. XXXIII. 7, 8; D. XXXIII. 7, 12, 16.

<sup>21</sup> Sobre éstos últimos, es importante resaltar que el parto de una esclava no se considera fruto, habida cuenta de la personalidad humana de los esclavos. Ver: IGLESIAS. Op. Cit. P. 146. En notas de pie de página.

<sup>22</sup> Ver: IGLESIAS. Op. Cit. P. 141.

<sup>23</sup> G. Ins. II. 9.

<sup>24</sup> G. Ins. II, 4; J. Ins. II, 1, 8.

<sup>25</sup> G. Ins. II, 4. C. Th. IX, 17, 4; C. IX, 19, 4; G. Ins. II, 6; D. I, 8, 6, 4; J. Ins. II, 1, 9; C. III, 44, 2; D, VIII, 5, 1.

<sup>26</sup> D. I. 8, 9, 3. G. II, 8; D. I, 8, 1; J. Ins. II, 1, 10.

<sup>27</sup> D. I, 8, 2, 1; D. L. 16, 96; J. Ins. II, 1, 3.

<sup>28</sup> D. L, 16, 15.

<sup>29</sup> C. III, 44, 2 y 9; C. VI, 37, 14

religiosas (*fas*<sup>30</sup>) sobre las instituciones jurídicas (*ius*) y los intereses individuales, situación que se repite en otras instituciones del derecho romano, pero sin duda con gran notoriedad aquí. Nótese cómo se permite hacer sepultura en una propiedad ajena, en principio, contando con la autorización del propietario, y aun cuando no se dé ratificación, el lugar se hace religioso: *In alienum locum concedente domino, licet inferre; et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit* (J. Ins. II, 6; D. I, 8, 6, 4).

De lo anterior pretende derivarse una primera e importante conclusión: el interés público, en éste caso, representado a través de una disposición de origen religioso, prevalece sobre el interés particular.

## 2. El concepto romano de propiedad y su evolución histórica

Sobre el derecho de propiedad en el Derecho romano, se han propuesto tantas definiciones como escuelas de Derecho romano han existido, y cada una de ellas tiene un concepto propio. Sin embargo, es necesario comenzar por decir que los juristas romanos no definieron la propiedad, sino que, enemigos de toda generalización<sup>31</sup>, se enfocaron en el estudio de los beneficios y efectos pragmáticos de la misma<sup>32</sup>. No era costumbre entre los romanos, hasta la influencia del helenismo desde el último siglo de la República, hacer grandes codificaciones<sup>33</sup>. Así pues, he titulado éste capítulo “el concepto romano de propiedad” no tanto porque en realidad exista un “concepto romano” propiamente dicho, sino más bien, haciendo referencia a lo que los estudios sobre el Derecho romano han deducido.

El término más antiguo, nos dice Volterra, parece ser el de “*mancipium* o *mancipium*, derivado de *manus*, palabra con la que se designa la *potestas*, el poder sobre las personas y sobre cosas”<sup>34</sup>. *Mancipium* podría traducirse como “coger la cosa con la mano”, y a su vez

---

<sup>30</sup> Es necesario destacar que “el *ius-divinum*, al que corresponde el *fas* y el *nefas*, lo que está permitido o prohibido por la religión, estaba reglamentado tan estrictamente como lo estaba el *ius civile*, siguiendo el mismo principio: a cada cual lo debido”. GREINER, Albert. *El genio romano en la religión, el pensamiento y el arte*. Editorial UTEHA. México, 1961. P. 91. No obstante lo anterior, en ocasiones la línea que divide el *ius* y *fas* no resulta ser tan clara.

<sup>31</sup> SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho romano*. Civitas Ediciones. Madrid, 2000. P. 29 y ss. Así lo resaltaría nuestra Corte Constitucional citando a SCHULZ en el recuento histórico hecho en la Sentencia C-595 del dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999). MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>32</sup> Ver: PETIT, Eugene. Op. Cit. P. 229. Coinciden en este mismo sentido: VOLTERRA. Op. Cit. P. 307; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. Cit. P. 437; MORINEAU IDUARTE, Marta. *Derecho romano*. Cuarta edición. Oxford University Press México. 1998. P. 121; ADAME GODDARD, Jorge. *Curso de Derecho Romano Clásico I*. México, 2009. Publicación electrónica en [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/) P. 104; BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Editorial Reus. Madrid. 1929. P. 251. TORRENT, A. *Manual de Derecho Privado romano*. Zaragoza, 1995. P. 247 y ss. MIQUEL, Joan. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1992. P. 165. En el mismo sentido, AMBROSIONI, Carlos Ernesto. *Lecciones de Derecho romano*. T. II., La Plata, 1965. P. 526 y ss: “Las fuentes romanas hablan del dominio o de la propiedad para indicar el fenómeno que antecede, limitando la utilización de dichos vocablos al poder jurídico sobre la cosa corporal, no obstante a veces, aunque con impropiedad, se habla de la propiedad del usufructo, o de la propiedad del crédito”.

<sup>33</sup> Ver: SCHULZ, *Principios*. Op. Cit. P. 29 y ss.

<sup>34</sup> VOLTERRA, Op. Cit. P. 308. En un mismo sentido BONFANTE. Inst. Op. Cit. P. 250.

la *manus* es un símbolo latino de poder o estatus jurídico<sup>35</sup>, dándole al término *mancipium*, en cabeza del *pater*, una connotación de potestad soberana de gobierno. Más tarde se emplea la expresión *dominium*<sup>36</sup> empleado también, añadiéndose un genitivo, para indicar diferentes derechos subjetivos, como *dominium ususfructus, hereditatis, obligationis*, y también *dominus proprietatis*, y sólo “en la última época prevalece el término *proprietatis (de proprius)*, que acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular del mismo”<sup>37</sup>. La expresión “*hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*” como “*res in bonis meis est*”, o la referida por Cicerón “*in re potestas*”, “indican la pertenencia absoluta y exclusiva, la disponibilidad del hombre sobre la cosa, que es reconocida y protegida por el Derecho civil antiguo”<sup>38</sup>.

En los orígenes pre-romanos, nos dice Bonfante, “eran propiedad común del consorcio gentilicio las *res Mancipi*”<sup>39</sup>, aunque en principio no se tenga prueba de un verdadero régimen de propiedad colectiva; sin embargo, una economía pastoril y la agricultura extensiva fortalecen la tesis de la propiedad colectiva, haciendo difícil el surgimiento de una auténtica propiedad individual, pues como lo resalta De Martino: “La propiedad era colectiva ed apparteneva al grupo; essa era ad un tempo la sede del grupo e lo strumento indispensabile per la vita dei greggi”<sup>40</sup>; la disgregación del grupo gentilicio convirtió a la propiedad en individual, es decir, en cabeza de un sujeto o *paterfamilias*. Sin embargo, es individual frente al Estado y al *ius civile*, pues la propiedad forma parte de un consorcio autónomo (la familia), en donde los sujetos miembros de la misma no eran patrimonialmente independientes; en el derecho justinianeo la unidad familiar y el dominio exclusivo en cabeza del *paterfamilias* se convierte en un concepto vacío, y nace jurídica y socialmente la propiedad individual<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. *Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium – Nexus*. Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, no.1, janeiro-abril, 2016. P. 155.

<sup>36</sup> El término *dominium* aparece en la jurisprudencia de fines de la República (D. VIII. 3. 30). En este sentido coincide el trabajo de MAYR, Robert Von. Op. Cit. P. 182. A. FERNÁNDEZ BARREIRO y JAVIER PARICIO. *Fundamentos de Derecho Privado romano*. Octava edición. Marcial Pons. Madrid, 2011. P. 170; BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. Volume Primo. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1947. P. 368.

<sup>37</sup> VOLTERRA, Op. Cit. P. 308.

<sup>38</sup> VOLTERRA, Op. Cit. P. 308.

<sup>39</sup> BONFANTE. Inst. Op. Cit. P. 251.

<sup>40</sup> DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione romana*. Vol I. Seconda Edizione. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1972. P. 25. En un mismo sentido NICOLINI, Ugo. *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*. Dott. A. Giuffrè - Editore. Milano, 1940. P. 14. Para éste último, el derecho de propiedad no es un derecho natural y cita a Hermogeniano (D. I, 1, 5) en donde el derecho de dominio nace como causa del *ius gentium* y no del *ius naturae*. Concluye que: “*La società primitiva non conosceva dunque che una forma di indistinta comunione di tutti i beni della terra, e poichè una tal società non è ancora regolata da leggi positive ma si regge sul diritto naturale, la communis omnium possessio è di diritto naturale; la proprietà privata all'incontro è sempre considerata come contraria al diritto naturale*”.

<sup>41</sup> Ver: BONFANTE. Inst. Op. Cit. P. 251-252. Sobre la decadencia del poder del *paterfamilias* en época imperial, véase el análisis hecho por CARCOPINO, Jérôme. *La vida Cotidiana en roma en el apogeo del Imperio*. Librería Hachette S.A. Buenos Aires. 1944. P. 126-129.

En los textos clásicos y justinianos se emplean principalmente las palabras *dominium* y *proprietas*<sup>42</sup>. La palabra *dominium* estará más vinculada al concepto de soberanía del *pater familias* (*dominus*), y se encuentra en aplicaciones muy diversas, tales como *dominus litis* (D. III, 3. 30-31; D. II. 11.14; D. XLIX, 1), *dominus negotii* (J. Inst. III, 27), *dominus contractus* (C. IV. 27.1), y *dominus hereditatis* (D. XXVIII, 5). Sin embargo, su aplicación más exacta es la referida a la propiedad; por *dominus* se entiende al propietario, que referido a la relación con la cosa se escribe *proprietas*<sup>43</sup>. Indican adicionalmente las fuentes históricas y jurídicas que la palabra propiedad sólo fue acuñada entrado el siglo II a.C., y con frecuencia se emplearon varios términos para referirse a un concepto similar.

El uso de la palabra *proprietas* en los textos justinianos y clásicos, está más vinculado al usufructo (D. XXIX, 5. 1 § 1), y en otras, en contraposición al concepto de usufructo (D. VII, 4. 17; G. Inst. II, 33<sup>44</sup>).

En todo caso, al referirse al derecho de propiedad, no hay una palabra abstracta o definición general, sino una fórmula concreta: “*Haec res mea est*”, o la más solemne “*Haec res mea est ex iure Quiritium*”. Esto es, el derecho de propiedad está íntimamente vinculado con la cosa, y casi es la cosa misma.

Una de las definiciones más comunes nace de la vinculación entre el concepto de propiedad y el de libertad (D. I. 5. 4): *Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*. De allí se deriva una definición tradicional: *Proprietas est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* (La propiedad es el derecho de usar y abusar de la cosa propia, hasta donde lo permite la razón del derecho<sup>45</sup>). Sin embargo, dicha definición no es romana, pues no recoge la esencia de las características del derecho romano, ya que la palabra “*abutendi*” en las fuentes, está más relacionado con el hecho de “consumir”<sup>46</sup>. Así pues, concluye Scialoja que “se la definizione fosse romana, il diritto di proprietà sarebbe il diritto di usare o di consumare la cosa, fin dove lo permette la ragione del diritto”<sup>47</sup>. No se niega con ello una cierta facultad del propietario de abusar de

---

<sup>42</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 255.

<sup>43</sup> Ver: SCIALOJA. Op. Cit. P. 256.

<sup>44</sup> Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit (Y porque al mancipar la nuda propiedad pueda quedar separado de ella el usufructo, pareciendo que este queda entonces constituido por mancipación, no se crea aventurado nuestro principio de que el usufructo solo admite la cesión judicial; pues aun en este caso no se mancipa el usufructo, sino que a consecuencia de la mancipación de la nuda propiedad se desase de ella; y de aquí resulta que una persona tenga el usufructo y otra la propiedad de la misma cosa)

<sup>45</sup> Tal definición es recolectada y luego descartada como “no romana” por SCIALOJA. Op. Cit. P. 262. En un mismo sentido opina BETTI, Emilio. Op. Cit. P. 370, en nota a pie de página: “*La definizione che Bartolo dà della proprietà, quale “naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid prohibeatur” è semplicemente ricalcata sulla non troppo significativa definizione della libertas contenuta in D. V. I. 4.*”

<sup>46</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 262. En un mismo sentido MIQUEL, Joan. Op. Cit. P. 167: “*Verdad es que en Roma se habla de uti y abuti, pero es en relación con la clasificación de las cosas. Así, las res quae in abusu consistunt son las cosas de las que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman, es decir, simplemente, las cosas consumibles*”.

<sup>47</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 262.



la cosa; el error está en vincular dicha característica con el dominio y convertirla en base para la definición de propiedad<sup>48</sup>.

Abordar la definición de un concepto de propiedad, implica estudiar las definiciones propuestas por las distintas escuelas romanistas a través del tiempo. Una primera etapa de la romanística, que podríamos encontrar en los estudios realizados durante la Edad Media, encontró en las instituciones romanas, y especialmente en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, los elementos fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico. Con los documentos que contenían la obra de Justiniano y Gayo, redescubiertos y estudiados en el siglo XI en la Universidad de Bolonia, en especial a través de los trabajos de Irnerio (1005-1135) y sus discípulos, nace la escuela de los Glosadores, que comentarían los apartes del *Corpus*; estudios posteriores, demostrarían la existencia de interpolaciones, debido a la inclusión de elementos ajenos al *Corpus*.

Expuesto lo anterior, es posible hacer un recuento de las definiciones de propiedad según las distintas escuelas, comenzando por la propuesta de los glosadores, los cuales, encargados del estudio del *Digesto* y el *Códex* a través de glosas o anotaciones interlineales, anotaciones que luego ampliarían y darían como fruto algún desarrollo teórico, definían la propiedad como “*ius utendi et abutendi re sua*” (resaltando su ilimitación con el abuso). De igual forma, en otras glosas se lee: “*Dominus dicitur qui rei vindicationem habet*”<sup>49</sup>. Sin embargo, no se dice qué es realmente la propiedad, sino una de las facultades que se derivan de la misma. La *rei vindicatio* no siempre es esencial en la propiedad<sup>50</sup>, ni agota su contenido.

De la definición *ius utendi et abutendi re sua*, se desprende una tendencia a reconocer la propiedad como derecho ilimitado, dando la facultad a su titular de usarla incluso de manera antieconómica<sup>51</sup>. Partiendo de las enseñanzas de los glosadores, y buscando una aplicación práctica de la obra de Justiniano, nace en Perugia la escuela de los comentaristas o postglosadores, con representantes como Cino da Pistoia (1270-1336), Bartolus de Saxoferrato (1314-1357), Paolo Giraldini, entre otros. Gracias a sus aportes, se da impulso a la dogmática jurídica, y a la aplicación del derecho justiniano como derecho común.

La definición de Bartolus de Saxoferrato fue “*ius de re corporali perfecte disponendi nisi si quis lege prohibeatur*”<sup>52</sup>, la cual es tomada en los Códigos modernos, haciendo referencia al Napoleónico. Baldo degli Ubaldi definió la propiedad como “*Dominium absolute dictum est plena proprietas cum alienandi potestate*”<sup>53</sup>. Andreas Alciato da la siguiente definición: “*Dominium est ius perfecte disponendi*”<sup>54</sup>, la cual es una abreviación de la definición de Bartolus. Duareno al respecto dice: “*Dominium sic definimus: ius de re aliqua corporali plene ac libere disponendi extra quam si quid lege prohibeatur...*”<sup>55</sup>. En

---

<sup>48</sup> Ver: SCIALOJA. Op. Cit. P. 263.

<sup>49</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 264.

<sup>50</sup> Ver: SCIALOJA. Op. Cit. P. 264.

<sup>51</sup> VOLTERRA, Op. Cit. P. 309.

<sup>52</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 264.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

ese orden, Cuiacio concluiría que: “*Vulgo dominium definitur hoc modo: ius re corporali perfecte disponendi aut vindicandi nisi quod lex aut conventio prohibetur*”<sup>56</sup>.

Posterior a estos primeros movimientos, las escuelas modernas darían una definición particular de la propiedad en el Derecho romano, conceptos que servirían de base a los movimientos codificadores del siglo XVIII y XIX. Así pues, con las ideas renacentistas, se busca la sistemática del derecho romano, superando la metodología fragmentaria de los comentaristas; la concepción de un derecho natural individualista, trae consigo ideas como la igualdad natural, y la separación del derecho romano en *ius publicum* y *ius privatum* (Jean Domat, 1625-1696). A partir de estos trabajos se matiza la tendencia codificadora. La aplicación de técnicas filológicas e historicistas al estudio del *Corpus Iuris Civilis*, hechas en un primer momento por el humanista Andrea Alciato (1492-1550), demostrarían la existencia de elementos ajenos al *Codex* y el *Digesto* (interpolaciones), y la necesidad de reorganizar y renovar la legislación justiniana, colocando a la persona como centro del Derecho gracias al esquema de Gayo. Los postulados de Alciato encontrarían eco especialmente en autores afines al calvinismo.

El movimiento codificador encuentra oposición en Alemania, gracias a los aportes de la escuela histórica inspirada en Fichte (1762-1814); Sus primeros trabajos son realizados por Gustav Hugo (1764-1844), pero es Savigny (1779-1861) su mayor exponente. Savigny tendría como punto central de sus investigaciones el Derecho Romano, pero “no se trataba de hacerlo renacer en la época contemporánea, sino de hacer explícito el proceso de formación del Derecho en la tradición romanística y también de realzar la exigencia para el jurista científico de enlazar teoría y práctica en el conocimiento del Derecho”<sup>57</sup>. El historicismo vendría en declive del derecho natural; a su vez, da origen a la Escuela Histórica, y la escuela histórica sirve de preparación a la escuela positivista.

Para Arndts “la propiedad, según su concepto fundamental, es un derecho de dominio que corresponde a una persona sobre una cosa, por el que puede decirse que ésta pertenece totalmente a aquélla y está sometida en todo y de forma exclusiva a su voluntad”<sup>58</sup>; Sin embargo, como bien anota Scialoja sobre el particular, la definición de Arndts no se concilia con la capacidad de un tercero de disfrutar de la cosa, de modo tal que absorba el contenido económico de la misma, como sucede en el caso del usufructo<sup>59</sup>, razón por la cual su afirmación carecería de elementos suficientes.

Por su parte, Windscheid y la Escuela Pandectista Alemana<sup>60</sup>, más que una definición, brindan algunos elementos para la aproximación a los derechos reales y el derecho de

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Tratado de la posesión según los Principios del Derecho Romano*. Edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, S.L. Granada. 2005. P. XIV.

<sup>58</sup> En nota a pie de página, VOLTERRA, op. Cit. P. 309.

<sup>59</sup> Ver: SCIALOJA. Op. Cit. P. 267.

<sup>60</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas)*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1976. P. 10: La razón por la cual el derecho justiniano es el que constituye la fuente del Derecho de Pandectas, y no el pre-justiniano o el post-justiniano, estriba en que el derecho romano fue recibido en Alemania bajo aquélla forma, que era la que enseñaba la escuela de Bolonia, la cual no conocía más que el derecho justiniano.

propiedad. Las propuestas de la escuela de los pandectistas sentaron las bases de gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales, en especial, el código civil alemán. La escuela pandectista nace como crítica a los glosadores, post-glosadores (aunque sus estudios sirvan de base), y la escuela filosófica alemana del siglo XIX. En punto a los derechos reales y la propiedad, afirmarían que los “derechos reales son aquéllos derechos en los cuales la voluntad del beneficiario es definitiva respecto de una cosa (...) Lo que se quiere expresar es que la voluntad del titular del derecho real es definitiva para la actitud relativa a la cosa, esto es, para la conducta de cualquiera y no simplemente de esta o aquella persona. El contenido del derecho real comprende un poder de voluntad, pero negativo: las demás personas, distintas del titular, deben abstenerse de toda o de determinada actuación sobre la cosa, y no deben impedir con su comportamiento relativo a ella, cualquiera acción discrecional o una determinada de dicho titular sobre la misma”<sup>61</sup>. Para autores como Lafont, la escuela pandectista, como una tendencia de la histórica, que toman las pandectas haciendo de ellas un estudio científico y sistemático, originó que cayeran en el error de los humanistas, como lo critica la escuela histórica, elaborando conceptos muy abstractos, que decayeron en importancia cuando los pandectistas pretendieron involucrarlos en la legislación positiva alemana en lo que Wolff llamaba la pugna entre la “jurisprudencia de conceptos” y la “jurisprudencia de intereses”<sup>62</sup>. En efecto, el concepto allí expuesto no resulta lo suficientemente claro para sintetizarlo en una definición de propiedad.

Ahora bien, algunos estudios modernos coinciden en definir la propiedad como “la señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa”<sup>63</sup>. Para Bonfante “la propiedad es el dominio más general sobre la cosa, ya sea en acto o al menos en potencia”<sup>64</sup>. Añade éste último que no se puede enunciar en la definición del concepto de propiedad, lo que la persona puede hacer, debido a los usos indefinidos que pueden surgir; de allí que el contenido sólo pueda derivarse de las restricciones al señorío<sup>65</sup>. El uso de la propiedad está limitado por el interés general, y en ningún caso se podrá perjudicar a otros con el ejercicio de los derechos propios: “No se podrá argumentar que en ejercicio de su derecho, un propietario quema su propia casa sin preocuparse de que las llamas se extiendan al fundo vecino”<sup>66</sup>. Para Volterra, la definición de Bonfante está vinculada al periodo preestatal (cerca a la soberanía del *paterfamilias*), más que al clásico, en donde el derecho de propiedad privada, reconocido al particular y defendido en el ordenamiento jurídico, era

---

<sup>61</sup> WINDSCHEID, Op. Cit. P. 144.

<sup>62</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro. *Conferencias de Derecho Romano I*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Síntesis de las Lecciones explicadas en Cátedra por el Profesor Dr. Pedro Lafont Pianetta, para uso de los estudiantes de la Facultad y guía para la preparación de exámenes. 1971.

<sup>63</sup> Para citar algunos: IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Editorial Ariel, S.A - 14ª edición. Barcelona, 2002. P. 155; En un sentido similar: JÓRS, Paul. *Derecho Romano Privado*. Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1937. P.176 y ss.; ORTIZ MÁRQUEZ, Julio. *Comentarios a las Instituciones de Gayo*. Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1985 (P. 205-214); MEDELLÍN FORERO, Carlos y Medellín Becerra, Carlos Eduardo. *Lecciones de Derecho Romano*. Decimoséptima Edición. Bogotá. 2013. P. 111; ARANGIO RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1952; SOHM, Rudolph. OP. Cit. P. 157, para quien la propiedad simplemente es “el señorío jurídico absoluto sobre una cosa; VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Privado romano*. Señal Editora. Medellín, 2008. P. 362 y ss.

<sup>64</sup> BONFANTE. Ins. Op. Cit. P. 248.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> BONFANTE, Pietro. *Las relaciones de vecindad*. Editorial Reus. Madrid. 1932. P. 43.

diferente de la soberanía y del dominio, que sólo podían atribuirse al magistrado investido de poderes públicos.

Según Ferrini “la propiedad es aquel derecho por el cual una cosa pertenece a una persona y está sometida a ésta de modo universal, al menos virtualmente”<sup>67</sup>; Según Scialoja “la propiedad es una relación de derecho privado por la cual una cosa, en cuanto pertenece a una persona, está completamente sometida a la voluntad de ésta, en todo lo que no está prohibido por el derecho público o por la concurrencia del derecho ajeno”<sup>68</sup>. Para Declareuil la propiedad “equivale al dominio absoluto sobre una cosa, salvo algunas limitaciones exigidas en un Estado organizado, por la coexistencia de derechos semejantes, por el interés y la seguridad pública”<sup>69</sup>. Para Schulz, la propiedad “es un derecho sobre una cosa corporal que confiere por principio a su titular, un pleno poder de la cosa, aunque este poder puede estar sujeto a variadas limitaciones”<sup>70</sup>.

Además de buscar una definición para el concepto de propiedad, la doctrina romanista ha incorporado distintas formas de propiedad. Los tratadistas de derecho romano distinguen, como formas de propiedad, el *Dominium ex iure Quiritium*, el *In bonis habere*, la *propiedad provincial* y la *propiedad peregrina*.

Son características del *Dominium ex iure Quiritium*: a) El sujeto era ciudadano romano; b) El objeto puede ser mueble o inmueble, y es idóneo si está *in solo itálico*; c) Su acción es la *rei vindicatio*; d) La adquisición puede ser por *mancipatio* (*res Mancipi*), *traditio* (*res nec Mancipi*), e *in iure cesio* (para una y otra categoría)<sup>71</sup>. En los inicios republicanos se encuentran adicionalmente la *usucapio*<sup>72</sup> y la *addiudicatio*<sup>73</sup>, en donde éste último medio de adquisición de la propiedad parece tener sus antecedentes en la *addictio* del pretor, en el proceso de la *in iure cesio*<sup>74</sup>. Para algunos autores, el *Dominium ex iure Quiritium* “venía generalmente exento de cualquier posible limitación (...) Incluso en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, en el que por razones obvias de convivencia social la existencia de límites se hace imprescindible, el fundo romano escapa a cualquier restricción en el disfrute del mismo”<sup>75</sup>. Sin embargo, sobre esta forma de propiedad, para autores como Fuenteseca la idea de que el *Dominium ex iure Quiritium* en Roma tenía un carácter individualista y absolutista extremado, no responde a la verdadera realidad histórica. Únicamente, afirma éste autor, “en materia de propiedad inmueble los *fundi in solo itálico* constituían un tipo de propiedad caracterizada por su independencia”<sup>76</sup>.

---

<sup>67</sup> En nota a pie de página, VOLTERRA, op. Cit. P. 309.

<sup>68</sup> En nota a pie de página, VOLTERRA, op. Cit. P. 309.

<sup>69</sup> DECLAREUIL. Op. Cit, P. 121.

<sup>70</sup> SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Bosch, Barcelona. 1960. P. 325.

<sup>71</sup> Ver: IGLESIAS, Op. Cit, P. 159. BETTI, Emilio. Op. Cit. P. 372.

<sup>72</sup> GAYO, Inst. 2, 42. Inst. 2, 65.

<sup>73</sup> *Tituli ex Corpore Ulpiani*, 19, 16.

<sup>74</sup> GAYO, Inst. 2, 24.

<sup>75</sup> JIMENEZ SALCEDO, M. Carmen. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*. Publicaciones de la Universidad de Córdoba y obra social y cultural Cajasur. Córdoba, 1999. P. 18.

<sup>76</sup> FUENTESECA, Pablo. *Derecho Privado Romano*. Fuenlabrada. Madrid, 1978. P. 104.

*In bonis habere*, puede traducirse como *formar parte de un patrimonio*, definición que también es usada en el *dominio bonitario* o *propiedad pretoria*<sup>77</sup>, consistente en una de las formas de proteger relaciones no contempladas por el *ius civile*. Al no realizar la transferencia por medio de *mancipatio* o *in iure cesio* de una *res Mancipi*, el *in bonis habere* funciona para proteger al titular del bien ante terceros.

En cuanto a la propiedad provincial, se dice que las tierras provinciales eran “dejadas a los particulares en simple goce, pagando un *stipendium* o *tributum* al Estado o al príncipe”<sup>78</sup>, por tanto el Estado es el propietario: el Emperador frente a las provincias imperiales o *fundi tributarii*, y el pueblo romano respecto a las provincias senatorias o *fundi stipendiarii*<sup>79</sup>, más no era considerado propietario de los fundos provinciales el *possesor*<sup>80</sup>. La propiedad provincial, como forma de propiedad sobre el suelo no itálico, y la propiedad peregrina, para peregrinos que tienen el *commercium*, la cual está fuera de la órbita de los derechos de los ciudadanos romanos, pero era relevante en la *iurisdictio* del *ius gentium* del *praetor peregrinus*<sup>81</sup>, son figuras que desaparecerán con la *Constitutio Antoniana* (212 d.C.).

### **3. El individualismo de la propiedad en el Derecho romano**

En primer lugar, no se debe confundir el término “propiedad individual” con el de “propiedad individualista”. En efecto, la propiedad individual “se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium*, *iura in re* y potestad sobre las cosas”<sup>82</sup>. Por tanto la propiedad individual es aquella que se encuentra en cabeza de una persona, esto es, del *paterfamilias* (ergo la familia), en contraposición a la propiedad colectiva. En el derecho clásico, tendremos otro tipo de propiedad individual que estará en cabeza, ya no tanto de la familia, sino de los miembros de ésta individualmente considerados. La propiedad individualista hará referencia a un concepto distinto, referido más al abuso del derecho.

Gran parte de las tesis que se inclinan por dar un carácter individualista a la propiedad en el derecho romano, comienzan por la unión de las ideas de libertad y propiedad que se encuentran en la codificación justiniana. El concepto de libertad lo encontramos a partir de la cita de Florentino (Instituciones, Libro IX) D. I. 5. 4: *Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*. De allí que algunos autores deriven: *Proprietas est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* (La propiedad es el derecho de usar y abusar de la cosa propia, hasta donde lo permite la razón del derecho). Durante la Edad Media, la jurisprudencia adopta dicha definición, y se da al dominio una concepción profundamente individualista<sup>83</sup>, pero como bien lo han decantado estudios posteriores, tales fuentes utilizadas en la Edad Media, “erano in contraste con le

---

<sup>77</sup> Ver: VOLTERRA, Op. Cit. P. 391. BETTI, Emilio. Op. Cit. P. 372.

<sup>78</sup> IGLESIAS, Op. Cit, P. 160.

<sup>79</sup> G. Inst. 2. 21.

<sup>80</sup> BONFANTE. Inst. P. 250.

<sup>81</sup> Ver: BETTI, Emilio. Op. Cit. P. 372.

<sup>82</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 157.

<sup>83</sup> Ver: NICOLINI. Op. Cit. P. 61.

molte altre che prevedevano svariate forme di intromissione della autorità sovrana nella sfera della proprietà privata”<sup>84</sup>.

De los relatos llegados a partir de las fuentes históricas, se han empleado principalmente dos ejemplos para demostrar el individualismo en el derecho de propiedad romana, y la falta de límites al mismo, los cuales se encuentran en Tito Livio (LIV. XL, 51) y Suetonio (SUET. Aug. 56.). Por un lado, relata Livio que Marco Licinio Craso no dio permiso para que un acueducto pasara por una de sus propiedades: “Tenían además los dos censores algún dinero que gastar en común, y lo emplearon en hacer construir acueductos y canales, pero M. Licinio Craso interrumpió los trabajos negándose a permitir que se abriesen los conductos subterráneos en una propiedad suya”<sup>85</sup>

En el segundo, el emperador Augusto detuvo la construcción de un foro para no demoler ciertas casas que se encontraban en el territorio de la futura obra: “Construyó (Augusto) un Foro mucho más estrecho de lo que deseaba por no obligar a los dueños de las casas inmediatas a demolerlas”<sup>86</sup>. De esta manera, opinan algunos, queda demostrada la imposibilidad de colocar límites a la propiedad de los individuos, debiendo los intereses del Estado adaptarse a las prerrogativas del particular.

Otros autores se basan en citas sueltas de ciertos apartes del *Corpus*, entre ellas, la encontrada en el Códex, IV, 35, 21: *Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit*, concluyendo por afirmar que cada uno es árbitro y moderador de sus cosas.

Pronto las ideas de abuso del derecho (*ius abutendi*) terminan por deformar el concepto de libertad inicialmente planteado, y dan paso a un auténtico individualismo. Es así como hasta nuestros días, un considerable número de autores consideran que el derecho romano es en esencia individualista; el régimen de propiedad es para ellos la representación máxima de este carácter: “La depuración iusracionalista del concepto de propiedad en el derecho romano, daría paso a los movimientos de codificación, y su carácter individualista y absoluto sería parte esencial del ideario de la Revolución Francesa”<sup>87</sup>. Explica Sohm que la escuela natural “racionalista”, fundada por el holandés Hugo Grocio con su obra “*De iure Belli ac pacis*”, en el siglo XVIII, “se impone al espíritu de los tiempos y le infunde un sentido individualista completamente moderno: recaba para las actividades del individuo un régimen de libertad –libertad de pensamiento y de religión, libertad científica- y la abolición de las trabas territoriales e industriales procedentes de la Edad Media”<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> NICOLINI. Op. Cit. P. 62.

<sup>85</sup> Por la cronología del relato y los hechos allí mencionados, podría ubicarse a comienzos del siglo II a.C.

<sup>86</sup> Probablemente a finales del siglo I a.C.

<sup>87</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo; Aldunate Lizana, Eduardo. *Evolución Histórica del Concepto de propiedad*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. 2008, P. 345-385. Consultado en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552008000100013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013)

<sup>88</sup> SOHM, Rudolph. Op. Cit. P. 84.

El derecho romano sería criticado desde posturas políticas de izquierda y derecha. Así, en el punto 19 del programa del Partido Nacional Socialista en Alemania<sup>89</sup>, se buscó sustituir su enseñanza por un Derecho común alemán. El derecho romano era presentado como individualista e insolidario<sup>90</sup>, en especial el régimen de propiedad. Pero la situación que se presentaba en Alemania durante el periodo de entreguerras no era nueva; autores como Riccobono resaltan que la discusión venía dándose desde los trabajos de Hegel y Marx, y así “la altísima valoración del derecho germano, frente al primitivo derecho romano, exaltó el espíritu nacional provocando calumnias contra el representante de la romanidad, Savigny (...) Así Hegel, por una parte, y Carlos Marx, por la otra, el cual pudo afirmar que el derecho romano en definitiva obstaculizó el camino de la civilización hacia formas más progresistas de la vida civil, por la fuerza de su despiadado individualismo”<sup>91</sup>. Como ya lo deducía De Martino, parte de las críticas actuales al Derecho romano tienen como premisa encontrar en éste el sistema jurídico liberal y del capitalismo.

Sin embargo, el mismo Riccobono parece ceder ante la clasificación de la propiedad como individualista, afirmando que, por ejemplo, la propiedad de los Quirites podría ser representante del individualismo, y que en el derecho clásico, la fórmula *bonum et aequum* es más progresista en éste sentido. Para el autor, las limitaciones fueron producto de la influencia del cristianismo, citando en tal sentido disposiciones del *Corpus iuris civilis*: J. Inst. I, 8, §2, *interest reipublicae*, que dispone no hacer mal uso de nuestro derecho; D, 39, 2, 2, 5, no ejercer con dolo el Derecho; D, VI, 1, 38, el ejercicio del derecho para hacer daño está prohibido; D, 7, 1, 30 y D, 8, 2, 10, cada cual puede hacer lo que le favorece si no perjudica a otros, como por ejemplo, no construir privando al vecino de aire y luz; D, 7, 8, 12, 1 y 2, el usuario del fundo o del ganado no tiene derecho a los frutos de la cosa, pero Justiniano corrige: si abundan los frutos del fundo y la leche del ganado, el usuario debe poder retener de ellos cuanto necesita para sí mismo y los suyos; D. 5, 3, 38, no enriquecerse a costa de otros, y de ahí la consecuencia máxima de que también el poseedor de mala fe debe tener la recompensa por los gastos realizados en el fundo de otro (D., 5, 3, 38)<sup>92</sup>. A pesar de ésta recopilación en la que se denotan los límites al derecho de propiedad en Roma, la afirmación de que dichos productos pertenecen a la influencia del cristianismo podría ser debatida si recordamos que desde las XII Tablas y las fuentes históricas del período de la República, ya se encontraban límites al referido derecho.

Para Ernst Bloch, el Derecho romano está encaminado a la protección de la propiedad, y ello se demuestra en que sólo el *dominium* es evidente, y sólo sus limitaciones requieren prueba<sup>93</sup>. Para Valencia Zea, la constitución de Weimar fue la primera en advertir que “constituye un alto postulado ético el no dejar la propiedad improductiva” e igualmente

---

<sup>89</sup> Programa del partido Nacional Socialista Alemán de los trabajadores. Consultado en: <http://www.carpetashistoria.fahce.unlp.edu.ar/carpeta-2/fuentes/fascismo-y-nazismo/el-programa-del-partido-nacional-socialista-aleman-de-los-trabajadores-nsdap>

<sup>90</sup> Ver: GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. *Propiedad Privada e interés público en la tradición romanística colombiana*. En: Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias. Vol. 3. Universidad Complutense. España, 1988. P. 1381-1396.

<sup>91</sup> RICCOBONO, Salvatore. *Roma, madre de las leyes*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1975. P. 47.

<sup>92</sup> Ver: RICCOBONO. Op. Cit. P. 86.

<sup>93</sup> BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Aguilar, Madrid, 1980. P. 20.

enfatisa en el individualismo de la propiedad para los romanos<sup>94</sup>. Es frecuente en varios autores civilistas, encontrar la referencia a la Constitución de Weimar como la primera en introducir el interés social en la institución de la propiedad, creando el concepto de función social de la propiedad. Así pues, la propiedad individual se transforma, por fuerza de la ideología, las circunstancias sociales y económicas, hasta llegar al desarrollo de la función social, y a las fórmulas del constitucionalismo social, contraponiendo el liberalismo individualista, por un lado, y las concepciones de una propiedad con función social, por otro, distadas ambas posturas por un largo periodo de desarrollo que va desde los movimientos codificadores (siglos XVIII y XIX), hasta 1919 (Constitución de Weimar).

Así pues, afirman algunos autores que la influencia de la Iglesia tuvo preponderante influencia al suavizar los elementos más crudos del individualismo decimonónico que pretendía sacralizar el derecho de propiedad<sup>95</sup>. La función social de la propiedad podría definirse como una limitación genérica sobre el derecho de propiedad, que impide que el individuo pueda usarla en forma disfuncional o contraria a los principios de la moral social media, y se traduce en limitaciones específicas al ejercicio del derecho e incluso en la imposición de cargas al propietario en función del bien común.

Adecuado dicho concepto a los estudios de derecho civil en cada país, los doctrinantes han concluido que la jurisprudencia y la doctrina dieron un viraje en la interpretación del concepto de propiedad, superando el concepto romano al reemplazarlo por uno que reconoce una función social<sup>96</sup>. Sin embargo, si bien en Derecho romano sería anacrónico hablar de función social de la propiedad, el contenido de dicha institución, habida cuenta de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad, y el interés público (a veces político) que indudablemente se imponía a los intereses individuales, es suficiente para atenuar la contraposición entre el concepto romano de propiedad y el de función social de la propiedad.

Comparten posturas similares a los autores citados, Fernandez Botero<sup>97</sup> o Toutain<sup>98</sup>, que enfatizan en el carácter individualista de la propiedad en el Derecho romano. Los hermanos Mazeaud también consideraron que al analizar el concepto de *dominio útil*, era posible observar cómo durante la revolución francesa se habían vuelto a imitar las características individualistas del derecho de propiedad romano, que según los autores, proviene desde las XII Tablas: “Toda restricción es contraria a su naturaleza; es una “servidumbre”; el fundo

---

<sup>94</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Origen, Desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Editorial TEMIS. Bogotá, 1982. P. 226.

<sup>95</sup> Ver: SCONDA, Mariana Verónica. *Principio de inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 24. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. P. 59 y ss. Se citan las encíclicas papales *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio*, etc., que señalaron la función social que tiene la propiedad. En un mismo sentido se pronunció el Concilio Vaticano II, y el documento de Puebla de 1979.

<sup>96</sup> SCONDA, Op. Cit. P. 59. Afirma la autora que las reformas al Código Civil Argentino, artículos 2513 y 2514, por la Ley 17.711, modificaron el concepto romano de propiedad reemplazándolo por uno que reconoce la función social.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. *Las constituciones colombianas comparadas*. Vol II. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1964. P. 55.

<sup>98</sup> TOUTAIN, Jules Francois. *La economía antigua*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. México, 1959.



que la soporta es semejante a un esclavo (*servus*). El derecho romano no admite, pues, sino excepcionalmente tales atentados contra el derecho del propietario. Y no enfoca que este derecho debe ser ejercido en interés distinto del de su titular (...)”<sup>99</sup>. Consideran que después de la codificación en Francia, y para superar ese carácter absoluto de la propiedad, que en su criterio, era heredado de la concepción romana, la jurisprudencia estaba encaminada a socializarlo cada día más, atenuando su falta de límites: “el ejercicio del derecho de propiedad aparece como una función social, y la jurisprudencia sanciona el abuso del derecho de propiedad; aparece un nuevo dominio útil, que limita los derechos del propietario que haya alquilado o arrendado su finca”<sup>100</sup>.

Para Santiago Carretero el Derecho romano recoge una concepción individualista “que refuerza en gran medida las atribuciones del dueño y sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado”<sup>101</sup>. Para el autor, la propiedad en Roma está entre el colectivismo (prehistoria) y el individualismo simple. En la Edad Moderna se da impulso a una concepción individual y libre, afirmando que durante el siglo XIX y los movimientos codificadores “se conserva la base individualista del Derecho Romano y de los romanistas con una concepción iusnaturalista, que considera a este derecho junto con el de libertad, el máximo desarrollo de la persona en orden a su existencia”<sup>102</sup>. Al analizar el Código Civil Francés y el Código italiano de 1865, los derechos del propietario se concretan en el ejercicio libre y arbitrario de su titular. El artículo 544 del Código Francés prevé la posibilidad de vetar ciertas formas de utilización del bien por parte del propietario, pero para el autor, dicha norma no tiene origen romano: “Se trató de establecer que en el *dominium* romano existía un nexo con las exigencias de la colectividad (...) Pero esta (...) no es más que una posición metodológica, pues cuando entró en vigencia el Codé se reunió a la tradición romanista y el historiador del Derecho se encontró con esta visión”<sup>103</sup>.

Del análisis de las fuentes jurídicas, algunos autores también han llegado a deducir que todo el régimen de propiedad romana primitiva tiene ante todo la preocupación de defender a toda costa la libertad de los fundos. Cada tierra se concibe como un territorio cerrado e independiente, que no permite la más mínima intromisión y que, como si fuera poco, hace suyo por accesión todo lo que en él penetra. Se da un mayor peso a la voluntad del dueño, conclusión que se ha derivado del hecho de que las necesidades más elementales de la coexistencia de los fundos, se abren camino no a través de un régimen de limitaciones del dominio, sino de servidumbres constituidas con carácter voluntario (servidumbres de paso, aguas, etc.)<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho civil. Parte II Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. P. 14.

<sup>100</sup> MAZEAUD. Op. Cit. P. 2.

<sup>101</sup> CARRETERO Sanchez, Santiago. *La Propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*. Universidad Complutense de Madrid. 1994. P. 9.

<sup>102</sup> Op. Cit. CARRETERO. P. 10

<sup>103</sup> Op. Cit. CARRETERO. P. 12. Cita como justificación de esta postura a RODOTA, S. *El terrible derecho*. Civitas, Madrid, 1986. P. 76; ARNAUD, A.J. *Les origines doctrinales du Code Civil francais*. París, 1969. P. 179 y ss.

<sup>104</sup> Ver dicho análisis en OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 275. Sea de paso decir que los autores hacen tales referencias en orden a debatirlas y re-evaluarlas.

Otros autores han argumentado que no es “el concepto romano de la propiedad lo que se ha construido de forma individualista, sino el régimen jurídico de la propiedad”<sup>105</sup>. Así, se ha citado como ejemplo el alcance de la tutela de la propiedad en punto a la *rei vindicatio*, debido a que la misma puede ser interpuesta aún contra el poseedor de buena fe, prueba de la capacidad de abuso en cabeza del propietario, y de un desequilibrio entre situaciones de hecho que recalcan la capacidad individualista del propietario<sup>106</sup>.

Se ha pretendido utilizar la falta de prohibiciones de enajenación como prueba del citado individualismo, haciendo la salvedad de los senadoconsultos que prohibían la demolición de edificios y la venta de sus materiales, así como frente a los inmuebles dotales, que no podían ser enajenados sin el consentimiento de la mujer.

---

<sup>105</sup> SCHULZ. *Principios*. Op. Cit. P. 174.

<sup>106</sup> Ver: SCHULZ. *Principios*. Op. Cit. P. 177.

## PARTE SEGUNDA

### *1. El poder del pater familias como fuente del concepto de propiedad*

Gran parte de las discusiones acerca del individualismo de la propiedad en el Derecho romano, nacen de la definición del poder del *paterfamilias*<sup>107</sup>; la propiedad en el derecho arcaico se remonta a la soberanía del *pater*, y por tanto, para algunos autores, es un derecho de naturaleza política<sup>108</sup>. ¿Puede el *pater*, en virtud de su soberanía sobre las cosas actuar en contra de intereses económicos e incluso abusar de su derecho como propietario?

Pero para ahondar en los orígenes de las discusiones sobre la propiedad, es necesario abordar el concepto de *paterfamilias* y sus atribuciones. Autores como Paul Jörs resaltan que el concepto o institución del *paterfamilias* es inescindible de la propiedad, definiendo a la familia como el conjunto de personas y cosas bajo el poder del padre. Hechos como el que en documentos antiguos se denomine a la propiedad por sus funciones (*uti frui habere possidere*), hacen suponer que incluso la división entre derecho real y obligaciones estaba desvanecida, “teniendo la propiedad, en cierto grado, un carácter relativo”<sup>109</sup>.

Sin embargo, a pesar de que no se pone en duda la estrecha relación entre propiedad y las atribuciones del *paterfamilias*, reducir a la familia a un simple conjunto de cosas sometidas al poder paterno, resulta una exageración, pues como veremos, el *ius civile* limitará en todo momento el poder paterno, haciendo pesar sobre éste el interés del grupo, los intereses de la familia, y por ende, los de la sociedad. Desde tal hipótesis, comenzaremos éste capítulo intentado delimitar el concepto de *paterfamilias*, advirtiendo que sería erróneo dar una definición general, pues existieron nociones distintas en el derecho arcaico y en el derecho clásico.

La expresión *paterfamilias* no debe traducirse como “padre de familia”, pues la generación no dice nada aquí; *paterfamilias* significa cabeza libre, es decir, no sometida a otra *potestas*<sup>110</sup>. Según Ulpiano (D. L. 16, 195, § 2) “*paterfamilias appellatur quin in domo dominium habet*” (se llama padre de familia al que tiene el dominio en la casa). Así pues, en un comienzo debemos entender *paterfamilias* por aquél varón libre, jefe de la organización familiar, titular de la *potestas* sobre los hijos (incluyendo el derecho de vida y muerte, a través de la *potestas* o *patria potestas*), esclavos (*dominica potestas*), cónyuge (a través de la *manus maritalis* o *potestas maritalis*, adquirida por *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*), o los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias* (*mancipium*), quienes en principio eran considerados objetos de su poder.

En torno a dichas atribuciones se encuentra un marco de situaciones (*status*) que deben ser cumplidas para adquirir la calidad de persona para el derecho romano: *status libertatis*, *status familiae* y *status civitatis*. Entiéndase *status* como “la especial posición jurídica que

---

<sup>107</sup> CAPOGROSSI. COLOGNESI, Luigi. *La Struttura della Proprietà e la formazione dei “Iura Praediorum” nell’età Repubblicana*. Tomo I. Università di Roma. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1969. P. 147 y ss.

<sup>108</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 50.

<sup>109</sup> JÖRS, Paul. Op. Cit. P. 176.

<sup>110</sup> OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 328, notas de pie de página.

una persona asume por una necesidad superior a su interés y con independencia de su querer, en relación a una determinada comunidad de personas organizadas en un ordenamiento jurídico” o también “la situación del individuo frente al ordenamiento jurídico como hombre libre, ciudadano o padre de familia”<sup>111</sup>. Dichas estas generalidades en tratándose del derecho arcaico, las mismas también se verían reflejadas en las fuentes del derecho clásico.

Como derechos derivados de la *potestas* derivan el *ius exponendi* y el *ius vendendi*, que no son otra cosa que el derecho de vender y exponer a los individuos de la familia, así como el *noxia*, derecho a liberarse de responsabilidades externas derivadas de los daños producidos por algún miembro de la casa a otra familia.

Ahora bien, en el derecho clásico, que se vería reflejado en el *Corpus Iuris Civilis*, se delimitan ciertas atribuciones del *paterfamilias*. Es así como, por ejemplo, Trajano obliga a emancipar al *filius* maltratado por el *pater* (D. 37, 12, 5). Adriano va más allá en cuanto a las limitaciones del poder del padre, castigando al que mata al hijo “*nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*” (D. 48. 9. 5). De ésta decisión de Adriano, traída por el emperador Justiniano, se denota como el *mos maiorum* referido a la piedad del *pater* es llevado a la categoría de norma.

En otros apartes, se encuentra que, por ejemplo, Constantino hace reo de la pena propia del parricidio a quien mata a su hijo (C. 9. 17. 1). Así mismo, Justiniano permite la venta del hijo en caso de extrema necesidad (C. 4, 43, 2).

De lo anterior, los romanistas han deducido que también queda abolida la *noxae deditio* y el derecho de vida y muerte ya no existe<sup>112</sup>. Incluso, para hacer valer sus poderes, el *pater* tendrá que recurrir a la autoridad pública (D. 1, 16, 9 § 3). En el derecho clásico, cuando el *paterfamilias* muere, sus hijos y cuantos estuvieron sujetos a él pasan a formar otra familia, pues cada uno adquiere el título de *paterfamilias* (D. L. 16, 195, § 2). No ocurría así en el derecho arcaico, en donde la muerte del *paterfamilias* implicaba un cambio de posición en el liderazgo del grupo familiar, pero no su disolución, quedando en un segundo plano la sucesión.

## **2. Limitaciones a los poderes del *paterfamilias* y su relación con la propiedad**

En cuanto a los derechos reales, las cosas se someten al poder soberano del *paterfamilias*: el *mancipium*<sup>113</sup>. Así pues, existen cosas con una especial importancia para la familia, como son el fundo, los esclavos, los animales de tiro y carga, constituyendo, en virtud de los *mores, res mancipi*<sup>114</sup>: “La propiedad sirve a los intereses del grupo, y si aparece individualizada en cabeza del *pater*, hay que evitar el pensamiento de que esto responde a

---

<sup>111</sup> En nota a pie de página, ESPITIA, Fabio. *Historia del Derecho romano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. Cit. P. 272. No profundizaremos aquí sobre las características de cada uno de los status, sobre los cuales el lector puede remitirse a ESPITIA. Op. Cit. P. 271 y ss, en donde se distinguen los status de acuerdo a sus características en el derecho arcaico y el derecho clásico.

<sup>112</sup> Ver: IGLESIAS. Op. Cit. P. 330.

<sup>113</sup> Ver: IGLESIAS. Op. Cit. P. 155.

<sup>114</sup> Ver: IGLESIAS. Op. Cit. P. 155.

los dictados de un fin personal”<sup>115</sup>. Con todo esto, aseguran autores como Iglesias, la *potestas* del *paterfamilias* no hace desaparecer la individualidad de los otros miembros. El *pater* actúa de manera autónoma, pero no independiente. Su autonomía no es personal sino funcional. Todas sus acciones están sometidas a deberes religiosos: a actuar con una debida diligencia.

Como lo hemos visto, no existe una definición específica del derecho de propiedad, añadiendo esta vez como razón de dicha ausencia, el hecho de que “todo lo que integra la familia romana, tanto las personas como las cosas, están sometidas al *mancipium* del *paterfamilias*”<sup>116</sup>. Es por ello que la romanística se ha inclinado en buscar entre los poderes del *paterfamilias* el contenido del concepto de propiedad: “Voigt pretende centrar la propiedad en la *manus*, en cambio Bonfante lo explica como corolario de la jefatura política de la familia, De Visscher cree encontrarlo en el *mancipium*, Coli lo cree hallar en la *potestas*, y Kaser cree que los romanos no tuvieron un concepto de propiedad en el sentido moderno, sino que operaron con la idea de que la propiedad era el derecho del que tenía mejor derecho a quedarse con una cosa frente a otro”<sup>117</sup>.

En alguna medida, Ihering introduciría la discusión sobre el abuso de los poderes en cabeza del *pater*, resaltando sus atribuciones, pero dejando elementos que podrían hacer pensar en limitaciones a dicho poder soberano:

“El poder absoluto no estaba confiado al individuo más que para que hiciera de él un uso justo y no arbitrario (...) En la época floreciente de la República, la libertad individual revistió este carácter de moderación y justicia moral (...) El antiguo derecho privado se caracteriza no por el principio de autoridad, que también es la base del derecho para la ciencia actual, sino, en suma, de su contenido de autoridad. En aquél la voluntad subjetiva, el individuo, es el fundamento y la fuente de su derecho; dentro de su esfera de acción sus actos son leyes, *leges privatae*. La idea de la autoridad suprema reina en todo el derecho antiguo. El jefe de familia goza de un poder casi ilimitado sobre los familiares, y lo mismo ocurre con el acreedor respecto al deudor y el propietario respecto a la propiedad”<sup>118</sup>

Más adelante Ihering nos muestra ejemplos de cómo las atribuciones del *paterfamilias*, en especial, aquélla en que se daba capacidad al mismo de disponer de la vida de sus hijos,

---

<sup>115</sup> IGLESIAS. Op. Cit. P. 156. Coincide con ésta postura DE MARTINO, Francesco. *Individualismo...* Op. Cit. P. 11, 17 y ss, y OURLIAC y J. MALAFFOSSE. *Derecho romano y francés histórico*. Tomo II, Barcelona, Bosch, 1961, P. 315.

<sup>116</sup> DI PRIETO, Alfredo. *Derecho privado romano*. Depalma. Buenos Aires. 1999. P. 119. En sentido similar AMBROSIONI, Op. Cit. P. 526 y ss: “La palabra dominio tiene relación con el señorío que detentaba el jefe de la familia sobre su casa o *domus*, y se lo vinculaba a los tiempos en que aquél ejercía dentro de la comunidad una potestad política”. En concordancia TORRENT, A. Op. Cit. P. 247 y ss: “Aparece el núcleo familiar y dentro de él la propiedad. La romanística está de acuerdo en que originariamente no existió el concepto y la situación jurídica que corresponden a la idea de propiedad, pero sí existió el contenido del mismo dentro de los amplios poderes familiares, de manera que su evolución se traslada a buscar en los poderes del *paterfamilias*”.

<sup>117</sup> TORRENT, Op. Cit. P. 247 y ss.

<sup>118</sup> IHERING. Op. Cit. P. 147.

serían prerrogativas de las que el *pater* no haría uso, y que en todo caso encontraban límites de interés general, frente a lo cual podría suponerse que las instituciones derivadas del poder del *pater*, en nuestro caso, la propiedad, tendrían igualmente unos límites. Al respecto Fabio Espitia señala:

“Como consecuencia de la identificación del carácter soberano y excluyente de la propiedad que creyó detectar en el derecho romano, resultó difícil entender, a manera de ejemplo, que si bien el derecho arcaico concebía la propiedad *ex iure quiritium* como un poder general y absoluto, no era aun así ilimitada ni equiparable a la noción de soberanía, ni podía afirmarse como la más frecuente forma de pertenencia que concibió la experiencia jurídica romana; más arcaica que la propiedad individual fue la gentilicia (la de los particulares se opuso tempranamente a la *possessio* del *ager publicus*), y adquirieron rápido realce las propiedades pretoria y provincial, siendo sobre éstas que se erigió el régimen inmobiliario justiniano”<sup>119</sup>

Una vez hemos concluido que existen unos límites al poder del *paterfamilias*, y que por ende, existen límites a la propiedad, debemos preguntarnos de dónde provienen dichos límites y cuáles son sus alcances jurídicos, pregunta que puede resolverse profundizando aún más en las fuentes históricas y los análisis que sobre las mismas se han hecho.

### **3. El *paterfamilias* en relación con la familia y la gens**

¿Cuál es entonces el origen del *paterfamilias*, su poder y sus límites? Ésta pregunta incluso nos transporta a los orígenes de la familia y de las atribuciones que tiene la misma en época arcaica. Al respecto, se puede decir que los grupos familiares son anteriores a la formación de la *civitas*. En los mismos se tiene la idea de soberanía de un jefe, y al interior del grupo, los poderes y derechos del mismo no son equiparados. Sin embargo, “existen sí las mores y las normas religiosas de cada grupo, que regulan el ejercicio del poder del jefe, quien es libre frente a sus subordinados, pero no lo es delante de las mores, y mucho menos delante de los dioses”<sup>120</sup>.

La libertad, como atribución del *paterfamilias*, existe frente a otros grupos, es decir, en cuanto a las relaciones externas, reflejada principalmente en la autonomía para negociar; es un poder del cual está investido en tanto *pater*. En cuanto a las relaciones internas, los miembros de la familia están sujetos a su poder, que no es absoluto, sino que está enfocado principalmente a la administración, a la defensa de la casa, y al no abuso de los poderes que se le han conferido, pues el patrimonio pertenecía en la práctica a la comunidad, y por ende, el abuso estaría castigado con penas sacrales<sup>121</sup>. Es por ello la muerte del *pater* no determina necesariamente una sucesión hereditaria, sino un cambio en la dirección del grupo.

---

<sup>119</sup> En nota a pie de página de ESPITIA, Fabio. Op. Cit. P. 701

<sup>120</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 27.

<sup>121</sup> Ver: DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 29.

¿Quiere decir esto que la propiedad sobre el territorio estaba en cabeza de la familia? La respuesta es negativa. La propiedad no estaba en cabeza de la familia, sino de la *gens*. La familia tiene reservado el derecho de uso. ¿Carece entonces el *paterfamilias* de un patrimonio individualmente considerado, dado que las cosas no pertenecen a él, o a su familia, sino a la *gens*? Tampoco. Al lado del patrimonio familiar, está la *pecunia* del jefe, aquélla respecto de la cual sí se tiene libertad plena y dispositiva mediante negocios entre vivos y *mortis causa*.

Basados en las fuentes históricas y los análisis que se han hecho sobre las mismas, se ha concluido que existe la propiedad colectiva en el seno de la familia gentilicia; las *res mancipi* en tiempos más antiguos, serían un patrimonio colectivo de la *gens*, cuya disgregación daría lugar a la propiedad individual, entendida como aquélla que pasaría a estar en cabeza del grupo familiar frente a la *gens*. El poder exclusivo del *pater* está allí: frente al consorcio gentilicio arcaico<sup>122</sup>. De esta relación *gens-pater* derivan hacia el *ius* las atribuciones, la soberanía, los poderes plenos. Frente al núcleo familiar, los límites están bastante claros, derivados de los *mores maiorum*.

De todo lo anterior se puede concluir que los conceptos de autoridad y poder, sobre los cuales pesan tantos límites y obligaciones, son la antítesis de la libertad e individualidad. El *status familiae* adquiere así un significado esencial: se tiene derechos no solamente en tanto que se es parte de la sociedad, sino en el hecho de pertenecer a una familia. La conclusión de De Martino en éste punto es concisa, y resuelve las discusiones teóricas de manera casi definitiva: “si en Roma hay un organismo en el cual impere la idea de dependencia de los particulares a un interés común, así éste vaya a parar en el poder del jefe, nítidamente puede afirmarse que ese organismo es la familia”<sup>123</sup>. La decadencia del poder del *paterfamilias*, que como vemos se presenta entrado el Imperio, con la consecuente división de fuerzas y del patrimonio familiar, la emancipación de los miembros de la familia, va en auténtico deterioro del bien común; desde el punto de vista económico, la disolución de las relaciones familiares resultan funestas para el régimen agrario<sup>124</sup>. La muerte del *pater*, que antes implicaba un cambio en la dirección del grupo más que la apertura de un proceso sucesoral, ahora tiene efectos bien distintos, pues sus hijos y cuantos estuvieron sujetos a él pasan a formar otra familia, en donde cada uno adquiere el título de *paterfamilias* (D. L. 16, 195, § 2).

Por un lado, el *ius*, entendido como derecho codificado (XII Tablas), confiere al *paterfamilias* un poder de soberanía, en el que se incluye la posibilidad de disponer de la vida de los hijos, mientras que los *mores* imponían deberes de piedad, justicia, tutela y defensa de la vida y honor de sus súbditos. ¿No es acaso esto contradictorio? ¿Acaso el *ius* no estaba modelado sobre la base de los *mores*? Al respecto podemos responder que no era necesario que lo dispuesto por los *mores* constara “por escrito”; el *officium* y la *pietas* eran límites lo suficientemente poderosos, interiorizados en la conciencia social, en las

---

<sup>122</sup> Ver: DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 36.

<sup>123</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 38.

<sup>124</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 38. Ver sobre el análisis económico del régimen agrario, la del mismo DE MARTINO, Francesco. *Historia económica de la Roma Antigua*. Akal editor. Madrid. 1985. P. 53 y ss (hasta antes de las guerras púnicas) P. 147 y ss (después de las guerras púnicas y durante los Gracos). P. 373 y ss (para época del imperio).

costumbres, en los *mores*: “el derecho privado en Roma habría sido el derecho de la libertad del *paterfamilias*, en tanto que los *mores* habrían constituido la norma de conducta más grave y austera, sancionada por la opinión pública y el censor”<sup>125</sup>. Las intuiciones de Fustel de Coulanges sobre el poder del *paterfamilias* cobran ahora un sentido nuevo, en tanto que se ve con mayor claridad cómo el derecho antecedió a la ciudad y a la codificación, y tenía un peso incluso mayor.

Ahora bien, téngase en cuenta, que el emperador Adriano establece el castigo al *paterfamilias* que mata al hijo “*nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*” (D. 48. 9. 5). De ésta decisión de Adriano, traída por el emperador Justiniano en el Digesto, se denota cómo los *mores maiorum* referidos a la piedad del *pater* son llevados a la categoría de norma, muestra de la decadencia de las costumbres y tradiciones durante época imperial, en donde el legislador se ve en la obligación de llevar preceptos éticos, que se encontraban en la conciencia del grupo, al nivel de norma.

#### **4. El poder del pater y la manifestación de voluntad individual**

Es necesario determinar en qué posición se encuentra la voluntad del *paterfamilias* en el sistema de fuentes del derecho romano. Al respecto, podemos afirmar que la voluntad particular no era considerada fuente de derecho<sup>126</sup>, por cuanto el *ius civile* (D. I. 2, 2 § 5), el cual es consuetudinario en sus orígenes, al igual que la religión, ya existía incluso previa formación de la *civitas*.

En efecto se reservó al *paterfamilias* un amplio campo de autonomía y libertad, dadas sus funciones prevalentemente políticas, pero “en las relaciones interfamiliares, ya las costumbres se superponen a la voluntad de los particulares: formas bien determinadas, inmutables como los ritos mágicos, constriñen férreamente los negocios jurídicos”<sup>127</sup>. Tal formalismo puede interpretarse como una victoria de la sociedad (al menos en época primitiva) sobre el particular.

Recuérdese en tal sentido cómo funcionaba la *mancipatio* (para las *res Mancipi*) el *nexum* y la *sponsio*. La tipicidad de los negocios jurídicos demuestra una vez más el peso del *ius civile* sobre la voluntad particular<sup>128</sup>, habida cuenta que se tenían figuras bien determinadas de los negocios, indicando sus elementos esenciales y las acciones.

La manifestación de voluntad de modo atípico sería tutelada por la jurisdicción pretoria; no obstante en la definición de *obligatio* (J. Inst. III, 13; D. XLIV, 7. 3) hay tipos específicos de contratos y delitos, pero no el contrato o delito en general; de manera similar sucede con

---

<sup>125</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 32. En un sentido similar el análisis propuesto por BARROW. R. H. *Los romanos*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 2013. P. 24: “Los derechos existen porque las relaciones son sagradas. Las exigencias de *pietas* y de *officium* (deber y servicios) constituyen por sí solas un voluminoso código, no escrito, de sentimiento y conducta que estaba más allá de la ley, y era lo bastante poderoso para modificar en la práctica las rigurosas disposiciones del derecho privado a las que se acudía sólo como un último recurso”.

<sup>126</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 17.

<sup>127</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 18.

<sup>128</sup> Ver: DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 19.



el derecho de propiedad, pues se hace referencia a sus efectos prácticos, pero no hay una definición general. Sobre ésta última teoría, De Martino ha concluido que dicha tipicidad deviene en un límite a la autonomía privada, “desconocido por las legislaciones modernas, en las cuales el dogma bizantino y oriental de la *voluntas*, poderosamente favorecido por el individualismo de los siglos intermedios, vino a convertirse, a través del Código de Napoleón, en el centro del derecho moderno”<sup>129</sup>. En el derecho clásico, la voluntad externa prevalecería sobre la voluntad interna. En lugar de exigir el *animus* en los negocios jurídicos y los derechos reales, categorías objetivas de interpretación permiten al juez alejarse de las difíciles averiguaciones espirituales de la voluntad individual.

---

<sup>129</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 19.

## PARTE TERCERA

### *1. Desarrollo histórico y conflictos sociales, políticos y agrarios*

La razón de analizar el concepto de propiedad frente a su evolución histórica, obedece al marco metodológico trazado para éste trabajo, toda vez que se ha planteado que el concepto de propiedad se encuentra en relación de dependencia con los presupuestos de derecho público y las ideas político-culturales vigentes en cada momento histórico, y por ello “la variación de esos presupuestos en la propia experiencia jurídica y política romana hace preciso un tratamiento diferenciado de la propiedad privada tal como fue configurada en el antiguo derecho civil, en el derecho pretorio y en los territorios provinciales durante el periodo republicano y en el principado”<sup>130</sup>.

Para facilitar su análisis, el estudio de la evolución histórica de los conflictos políticos sociales, políticos y agrarios en torno al concepto de propiedad, se tomará la división propuesta por Fabio Espitia<sup>131</sup>, en la que se toman parcialmente elementos de la teoría socio-económica, así: 1) Período Arcaico, desde la Fundación de Roma hasta el siglo III a.C.<sup>132</sup>; 2) Período Clásico, es decir, desde el advenimiento del Imperio-republicano (siglo III a.C.) al establecimiento del imperio monárquico absoluto con la creación del *ius gentium* para extranjeros y el derecho pretoriano o *ius honorarium* que corrigió la rigidez del *ius civile* (primera mitad del Siglo III d.C.); 3) Período Tardío o posclásico (segunda mitad del Siglo III a.C. al VI d.C.) caracterizado por la helenización y consolidación del derecho romano, el otorgamiento de ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio mediante el edicto de Caracalla y la desaparición de la separación entre *ius honorarium* y *ius civile*.

A través del recuento histórico y el análisis de las instituciones de “derecho público”, se verá cómo la voluntad particular es sometida al interés del grupo, las costumbres y la religión. Tales conclusiones serán la guía para entender el contexto en que se desarrollan las instituciones de derecho, y serán el marco a través del cual comprendemos los límites a la propiedad.

#### *1.1. Período Arcaico*

El estudio del Periodo Arcaico, que va desde la fundación de la ciudad, pasando por la sumisión de Italia y las Guerras púnicas, es para muchos autores, aquél en que se constituye la sociedad romana interior y exteriormente, y en donde se encuentran las bases del derecho

---

<sup>130</sup> A. FERNÁNDEZ BARREIRO y JAVIER PARICIO. *Fundamentos de Derecho Privado romano*. Octava edición. Marcial Pons. Madrid, 2011. P. 169.

<sup>131</sup> ESPITIA, Fabio. Op. Cit. P. 256-268. Véase su aplicación en cuanto al análisis de “Los Bienes”. P. 299 y ss. Una división con matices similares es utilizada por LAFONT PIANETTA, Pedro. *Conferencias de Derecho Romano I*. Op. Cit. P- 16-17, quien divide las épocas en: 1) Desde la fundación de Roma hasta los Gracos, *ius civile*; 2) Desde los Gracos hasta Diocleciano; 3) Desde Diocleciano hasta Justiniano; Así mismo KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho romano*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1972.

<sup>132</sup> Para el presente trabajo, éste período se ha identificado también como el *ius civile*.

civil<sup>133</sup>. Los estudios arqueológicos han evidenciado la existencia de escasos monumentos dedicados a personas individuales durante éste periodo, y sumado a los relatos de los historiadores antiguos, se ha llegado a concluir que, a diferencia de los griegos y las sociedades influenciadas por el helenismo, no existe un despliegue de individualidad; el Estado estaba por encima de los elementos particulares que lo conforman; ningún ciudadano se sobrepone a los demás, y por ende, sus derechos no pueden transgredir las fronteras del derecho de los otros. Sólo la reunión de los ciudadanos otorga legitimidad al Estado<sup>134</sup>.

En cuanto a los mecanismos de producción normativa, encontramos en primer lugar, y de manera prevalente, los *mores maiorum* (LIV. 5, 6, 17) que regían desde las relaciones cotidianas, hasta la manera de gobernar (D. I, 1, 9; D. I, 2, 2, 1). Dicha fuente, que también hemos denominado inicialmente como *ius civile*, es previa a la existencia del Estado, y como ya hemos anotado, se impone a la voluntad de los individuos, en especial, a las relaciones que establece el *paterfamilias* a través de su poder.

Existen así mismo *Leges regiae* (DION. HAL. II, 24, 1), las cuales fueron promulgadas en época de la monarquía, y según las fuentes históricas, fueron reunidas por Tarquino el Soberbio en el libro *Sexto Papirio* (D. I. 2, 2 § 2), el cual habría tenido vigencia hasta la caída de la monarquía, razón por la cual se retorna a los *mores maiorum*<sup>135</sup> (D. I. 2, 2 § 3). Al parecer regulaban aspectos referentes a la represión criminal, ciertas relaciones entre personas, como por ejemplo, la comunidad de bienes entre la mujer y el hombre unidos en sacras nupcias (DION HAL. II, 25, 2), además de algunos ritos religiosos, como la obligación de mantener un año de luto antes de contraer segundas nupcias, no enterrar a la mujer muerta sin extraer el feto, y algunos asuntos en materia de herencia (DION. HAL. II, 25, 4-5).

Las *Leges rogatae* nacen en torno a las luchas políticas entre patricios y plebeyos. Los magistrados convocaban a los comicios, presentaban una *rogatio* (propuesta), y se votaba acerca de su procedencia en cada una de las centurias, aceptándola (*uti rogas*) o rechazándola (*antiquor*). Una vez aceptada, se la nombraba con el nombre del magistrado proponente, el lugar y la hora de votación, el nombre de la primera centuria y del primer varón que votó, con la anotación de si la norma resultaba nula si estaba en contra de otras anteriores que eran inderogables (*sanctio*); la misma adquiría vigencia luego de la revisión senatorial (*auctoritas*)<sup>136</sup>. Para De Martino, en éste tipo de producción normativa aparece la manifestación de la voluntad individual (así sea en el ámbito de la voluntad popular, las tendencias políticas), a diferencia de las demás fuentes del *ius civile*, en tanto que la ley “aparece verdaderamente como un acto bilateral (...) acordado entre el magistrado y los

---

<sup>133</sup> Ver: MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 497.

<sup>134</sup> Ver: MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 498: “Ninguna necesidad hay, ni se saca provecho alguno de que un ciudadano se sobreponga a los demás, de que se distinga por su vajilla de plata, por lo esmerado de su educación a la griega, por su ciencia o por su perfección. El censor castiga tales excesos, porque son contrarios a la Constitución. La Roma de aquel tiempo no se forma por uno solo: ¿no se necesita que se reúnan todos los ciudadanos para que cada uno pueda ser “igual a un rey”?”

<sup>135</sup> Ver: ESPITIA. Op. Cit. P. 164.

<sup>136</sup> Acerca de su estructura, ver por ejemplo ESPITIA. Op. Cit. P. 165-166.

*cives* reunidos en el comicio”<sup>137</sup>; pero la ley constituye un reparo (corrección o renuncia) al *ius civile*, mas no lo crea ni lo destruye<sup>138</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, como fuente de creación del derecho, tenía como uno de sus fines principales “corregir los derechos subjetivos, cuando su ejercicio, por no estar inspirado en los ideales de su tiempo, se convertía en un abuso”<sup>139</sup>. Se servía a su vez de las leyes comiciales “cuando, habiéndose visto enredada la práctica de la jurisprudencia pretoria en la maraña rígida de las *legis actiones*, las normas refrendadas del *ius civile* sólo podían ser corregidas por el pueblo reunido en el *comicio*”<sup>140</sup>. Cabe entonces concluir que “el mecanismo de estas leyes sobre temas de derecho privado demuestra claramente que ellas servían para corregir el abuso de los derechos”<sup>141</sup>

La aprobación por medio de la *auctoritas* del Senado, también demuestra la prevalencia de las costumbres y el *ius civile* por encima de la voluntad, para lo cual es necesario aproximar una definición de *auctoritas*, tanto desde escritos contemporáneos, como de fuentes históricas. Autores como Brunkhorst, al caracterizar las magistraturas romanas, es decir, aquéllos cargos de gobierno y administración, nos ayudan a contextualizar el concepto de *auctoritas*<sup>142</sup>, como un *poder fáctico* en cabeza del Senado, que no tenía poder jurídico vinculante. En otras palabras, las decisiones del Senado romano carecían de *imperium* o *coercitio* (no se podían imponer decisiones por la fuerza), *iurisdictio* (pues carecía de la competencia para emitir sentencias), y tampoco *potestas* (que se encuentra en el *populus* romano, como soberanía de la comunidad<sup>143</sup>).

El Senado podría hacer recomendaciones, o emitía conceptos sobre determinado hecho, pero “el peso fáctico de la recomendación era tal, que ningún funcionario osaba actuar en su contra”<sup>144</sup>, y por tanto, a pesar de que las leyes fueran votadas por el pueblo, ello no le confería legitimidad: la legitimidad de la ley encuentra su base en el Senado. Sobre este punto, se debe enfatizar en que ello no quiere decir que una norma fuese inválida sin autorización del Senado (al menos en un sentido de derecho positivo), pero carecía de legitimidad, y resultaba inoperante; en palabras de Mommsen, la *auctoritas* del senado es más que un consejo, y menos que una orden, pues el pueblo se sujeta a las decisiones del Senado voluntariamente, confiando en la capacidad superior de aquél al que le está permitido hacer recomendaciones.

---

<sup>137</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 22.

<sup>138</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 25.

<sup>139</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 76.

<sup>140</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 76.

<sup>141</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 76.

<sup>142</sup> Otros autores citan la *auctoritas* dentro del poder de la tutela, como facultad de protección de una persona frente a un incapaz, pero esta particularidad no será analizada en el presente para los fines del presente trabajo.

<sup>143</sup> Sobre el particular cita a Theodor Mommsen, para concluir que la *potestas* era la soberanía ideal de la comunidad, y el *populus* una comunidad ciudadana soberana. Ver: BRUNKHORST, Hauke. *Introducción a la Historia de las Ideas Políticas*. Título original: *Einführung in die Geschichte politischer Ideen*. München: Fink, 2000. La presente edición, Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2004. P. 93.

<sup>144</sup> *Ibidem*, P. 93 y ss. Sin embargo, esta afirmación es controvertida por los relatos que aparecen en Tito Livio, y que son estudiados en este trabajo.

Para autores como Iglesias, la *auctoritas* sí está investida de un poder de validez: “Aparte de asistir y aconsejar al *rex*<sup>145</sup> en las tareas de gobierno, el *senatus* decide, con su *auctoritas*, sobre la validez de los acuerdos tomados por las asambleas populares – *comitia*.”<sup>146</sup> Sin embargo, el concepto pierde rigor y se convierte en una parte del procedimiento con carácter preventivo, a partir de la *Lex Publilia Philonis* del 339 a.C.<sup>147</sup> Se puede entonces concluir que con el voto del senado se daba perfección a la ley, y desde allí se consideraba vigente.

El concepto también es abordado por Tito Livio en algunos pasajes, como por ejemplo, cuando se refiere al relato de la dictadura<sup>148</sup> de Quinto Fulvio en el 210 a.C., y de cómo éste cita la *auctoritas* del Senado y una Resolución de la Asamblea para elegir nuevos Cónsules entre quienes ya habían ostentado el cargo, siempre y cuando hubiese guerra en Italia, pues los tribunos de la plebe querían vetar su decisión de postularse para una reelección en la magistratura. Esta discusión entre el Dictador y los tribunos se somete al dictamen del Senado. Los tribunos ceden ante el consejo del Senado, y se convocan elecciones<sup>149</sup>. De allí puede deducirse que todas las magistraturas, incluso la excepcional de la dictadura, se sometían a la *auctoritas* del Senado como un elemento legitimador de las decisiones<sup>150</sup>, pues en todos los relatos, aparece la voluntad de los destinatarios en someterse o no a las decisiones del Senado. Ejemplo de que ésta no era obligatoria, y no invalidaba una decisión, se encuentra en el relato sobre los cónsules Tito Quincio Cincinato y Cayo Julio Mento, que rechazaron la orden del Senado hacia el año 431 a.C., de nombrar un dictador en una de las guerras contra ecuos y volscos<sup>151</sup>, situación perfectamente legal y que sería dirimida por la intercesión de los tribunos, y la voluntad convertida en *imperium* de los cónsules.

Puede concluirse que la *auctoritas patrum* (como facultad del Senado) tiene distintas aplicaciones en sí misma, y no aparece aplicada de igual forma en todos los casos: a veces es prerequisite legislativo legitimador; en otras, se ejerce fácticamente para decisiones públicas (como hacer la guerra, nombrar un dictador, etc.), pero en todas su base está en los *mores maiorum* y tienen efectos en el sistema jurídico.

En el año 509 a.C. se da una revuelta popular que lleva a la designación de los dos primeros cónsules, Lucio Junio Bruto y Lucio Tarquino Colatino, reemplazado éste último por Publio Valerio Publícola (LIV. I. 60. 3). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las revoluciones no atacaron el derecho supremo del Estado, pues “no reivindicaban contra él los llamados derechos naturales del individuo, y la lucha versa sólo sobre las formas de la función representativa. Desde los Tarquinos hasta los Gracos, el motivo de los alzamientos

---

<sup>145</sup> Refiriéndose al Rey romano del periodo de la monarquía, 753 a.C. aprox – 509 a.C.

<sup>146</sup> IGLESIAS, Juan. Op. Cit. Pág. 12.

<sup>147</sup> *Ibidem*. Pág. 18.

<sup>148</sup> Es necesario aclarar que la Dictadura en el Derecho romano también debe ser leída en su contexto jurídico particular. En realidad, se trata de una magistratura legal, otorgada entre los ciudadanos, en aquéllas situaciones excepcionales que ponían en peligro la estabilidad de la civitas. En la actualidad, podría equipararse, guardando las proporciones, con un “Estado de excepción”.

<sup>149</sup> LIV. XXVII, 6.

<sup>150</sup> Véase también LIV. II, 27; LIV. III, 21; LIV. III, 52; LIV. III, 69.

<sup>151</sup> LIV. IV, 26.

de los progresistas no es tanto la limitación de los poderes del Estado como la de los del funcionario”<sup>152</sup>. Posteriormente se presentarán varios conflictos entre patricios y plebeyos, resultado de los cuáles se daría derecho de ciudadanía a quienes no lo tenían, pero los patricios se consolidaban en el poder. Los cónsules pertenecían a la nobleza. Sin embargo, gracias al sistema de centurias, el poder estaba en el pueblo, es decir, en quienes sostenían el peso del reclutamiento militar y los impuestos<sup>153</sup>.

En el año 495 a.C., debido a un conflicto entre patricios y plebeyos, éstos últimos se retiran al Monte Sacro con la intención de fundar una ciudad en la que se dice, una de las regiones más fértiles del territorio romano<sup>154</sup>. Algunos autores afirman que el dictador de la época, nombrado especialmente debido a éste conflicto, negoció la reconciliación; los ciudadanos volvieron a Roma, y sin que dicha revolución cobrara la sangre del pueblo, nace la figura del tribuno de la plebe; gracias a las atribuciones que se le dan, en el año 467 (¿) a.C. debido a la moción del tribuno Cayo Terentilio Arsa, se nombra una comisión de cinco ciudadanos (*quinque viri*) “con el encargo de reunir en un solo cuerpo de derecho civil las leyes a que los cónsules debían sujetarse en el porvenir cuando hiciesen justicia”<sup>155</sup>. Diez años transcurrieron para que la moción se ejecutara; en el 451 a.C., se nombraron diez hombres o ciudadanos (*decem viri*) para redactar las leyes romanas: “tuvieron la autoridad suprema en lugar de los cónsules (*decemviri consulari imperio legibus scribundis*); suspendióse el tribunado, así como el recurso de apelación, y los nuevos magistrados sólo se obligaron a no atentar contra las libertades juradas por el pueblo”<sup>156</sup> Limitada así la potestad consular y tribunicia en beneficio de los intereses de la República, nacen las XII Tablas (D. I. 2, 2 § 4), y del análisis de las mismas se derivan nuevos elementos para direccionar la discusión acerca de la propiedad.

La distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, se puede ubicar efectivamente desde las XII Tablas. La primera de las categorías hace parte los “bienes importantes dentro del esquema de una sociedad de agricultura intensiva”<sup>157</sup> y se mencionan como ejemplos los inmuebles, los esclavos y los animales domados por el cuello o mediante silla, que podían ser transferidos mediante la ceremonia del cobre y la balanza (*Mancipatio*). Con las *res nec Mancipi* se requería la simple entrega (*traditio*). Se menciona además, que para la época de la Ley de las XII Tablas, existió un tipo de propiedad colectiva de la gens, afirmación que tiene base en la Tabla V, que a su turno reza: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*, es decir, si el *pater familias* fallece *ab intestato*, a falta de *heredes sui* y *adgnati* próximos al difunto, la familia (es decir, el patrimonio) vuelva a la titularidad de los gentiles. Así pues, “el fin teleológico de la norma fue evitar que el patrimonio saliera de la gran familia, o

---

<sup>152</sup> MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 271

<sup>153</sup> Ver: MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 290.

<sup>154</sup> Theodor Mommsen afirma que dicho lugar se encontraba en Crustumeria, entre el Tíber y el Anio; no hay coincidencias frente a la fecha en que ocurrieron dichos eventos, pero se menciona el año 495 a.C. como un referente.

<sup>155</sup> MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 308.

<sup>156</sup> MOMMSEN. Op. Cit. P. 309.

<sup>157</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 299.

familia *communi iure* (...) se eludía así que aquel transitara a otras familias y a otros grupos gentilicios de la Ciudad estado”<sup>158</sup>.

Luego de la derrota de la monarquía, los años siguientes estarían marcados por conflictos políticos y guerras exteriores: La Guerra con los hérnicos en el 487 a.C., permitió incorporar nuevos territorios y condujo a un ley agraria, tal vez la primera (486 a.c.) (LIV. 2, 40, 14; LIV. 2, 41); hay tregua con Veyo, ciudad etrusca al norte de Roma, y nuevos conflictos internos, tanto por la tenencia de la tierra, que llevó al asesinato del tribuno Cneo Genucio (LIV. 2, 54), como por la forma de elegir los tribunos de la plebe<sup>159</sup> (473 a.C.). La primera ley agraria impulsada por Espuro Casio Vecelino, concede la mitad de la tierra obtenida de los hérnicos a los latinos y la mitad a la plebe (485 a.C.); sin embargo, Casio muere (probablemente asesinado) y con él su reforma agraria, pero daría comienzo a una serie de luchas intestinas entre los grandes terratenientes y los partidarios de las reformas; mediante *lex Icilia de Aventino Publicando* (456 a.C.) se concede a la plebe el monte Aventino.

Las leyes sempronias intentaban impedir la extensión de la gran propiedad sobre el *ager publicus*, pues, según algunos autores, “en Roma no existía ningún procedimiento para intervenir en la propiedad privada”<sup>160</sup>.

En el año 417 a.C. encuéntrase un Espurio Mecilio y un Espurio Metilio que presentan una moción para la distribución de todo el dominio público; fracasaron, y, cosa que caracteriza a la mayoría de iniciativas durante aquella época, fracasaron por la resistencia de sus propios colegas, es decir, de la aristocracia plebeya<sup>161</sup>.

Autores como Mommsen afirman que durante el periodo comprendido entre las guerras púnicas y la tercera guerra con macedonia, se lleva a cabo la consolidación del capitalismo, término anacrónico, pero que sintetiza ciertos elementos principales de la economía de la época: “Como en el fondo del sistema puramente capitalista no hay más que inmoralidad creciente, la sociedad y la comunidad romana se iban corrompiendo hasta la medula; el egoísmo más desenfadado ocupó en ellas el lugar de la humanidad y del amor a la patria”<sup>162</sup>. Opinión debatible a la luz de las nuevas conclusiones a las que llegaremos del análisis que hará De Martino, pero que permiten ver una coincidencia entre la mayoría de historiadores: la comunidad romana, en esencia, está caracterizada por enaltecer sus instituciones, sus costumbres y los sentimientos patrios (algo que se verá reflejado en el derecho) en contraposición a un pensamiento que debilita el espíritu original de la romanidad, y que le lleva por sendas individualistas.

Las revueltas populares por la posesión de la tierra pública condujeron a la creación de una colonia de 30.000 ciudadanos romanos en el antiguo territorio de los Volscos<sup>163</sup>, en el que a

---

<sup>158</sup> Op. Cit. SUÁREZ BLÁZQUEZ, P. 148.

<sup>159</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 70-71.

<sup>160</sup> CLAUDE NICOLET. *Roma y la Conquista del Mundo Mediterráneo. 264-27 a.C. Las estructuras de la Italia romana*. Editorial Labor. Barcelona. 1982. P. 32.

<sup>161</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. P. 323.

<sup>162</sup> MOMMSEN. Op. Cit. P. 973. Cita a Plaut: *Curculio*, 4, 2, 19 y ss.

<sup>163</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 395.

cada propietario se otorgaban tres yugadas y siete doceavas partes. Con el sometimiento de Veyes, se asignaron 7 yugadas de ese nuevo *ager publicus* a las familias desposeídas, conformándose el llamado *ager veintanus* (393 a.C., LIV. 5, 30, 8).

Sobre este periodo, se puede decir que el manejo de las ciudades no fue uniforme, existieron: i) Colonias romanas; ii) Municipios; iii) Ciudades aliadas (*liberae et immunes*); iv) Ciudades federadas, y v) Ciudades sometidas. La residencia en las colonias conllevaba la ciudadanía romana y como los fundos se consideraban dotados de derecho itálico (*ius Italicum*) y objeto de propiedad civil (*ex iure quiritium*), estaban eximidos de impuestos.

Dionisio de Halicarnaso (DION. HAL. 14, 12) menciona que la *Lex Licinia de modo agrorum*, buscó limitar la tierra pública (*ager publicus*) a 500 yugadas e imponiendo una pena pecuniaria a aplicar por parte de los *concilia plebis tributa*<sup>164</sup>.

La *lex Licinia de modo agrorum* (367 a.C.) limita más eficazmente la posesión de *ager publicus*. “Se desarrolló así un doble régimen inmobiliario. I) El de las tierras privadas (*agri privati*) asignadas por el senado, y ii) El de la tierra pública o del pueblo romano (*ager publicus*), otorgada para el pastoreo de animales (*ager compascuus*), o mediante asignaciones específicas (*ager occupatorius*) hechas por el senado –regularmente a quienes tenían capacidad económica para explotar y defender el bien. A la propiedad privada se llegaba también por el saqueo (LIV. 5, 20, 10), la ocupación de las cosas sin dueño (*res nullius*, regularmente animales cazados o pescados), y la *mancipatio*”<sup>165</sup>. Las servidumbres, al menos en el periodo arcaico, no se reconocían, sino que se asimilaban a una verdadera propiedad siendo protegida su situación mediante *actio legis per sacramentum in rem*. Los límites eran sacros ; se establecieron límites de uno o dos pies entre las casas<sup>166</sup> (T. 7, I), no se podían hacer ritos fúnebres a menos de 60 pies de la casa del vecino (T. 10, 9), debían tolerarse los árboles del vecino que estuviesen más arriba de 15 pies y evitar labores que alterasen el flujo natural del agua lluvia (T. 7, 8) Con la *legis damni infecti* se permitía constreñir al propietario del fundo vecino a hacer obras para evitar daños en el propio, pero nos dice Espitia, su alcance es desconocido<sup>167</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la propiedad sobre la tierra en el Período Arcaico durante la República, Tito Livio afirma que en el año 298 a.C “se decretaron sentencias condenatorias contra diversos particulares que poseían más de lo que la ley permitía”<sup>168</sup> por lo cual es posible que desde inicios del siglo III a.C. una ley regulara el derecho de *possessio* y otros asuntos referentes a la propiedad agraria.

A este respecto, autores como Mommsen coinciden en afirmar que durante la república, en el campo del derecho público y las limitaciones impuestas a la propiedad, “las atribuciones

---

<sup>164</sup> Ver: ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 82.

<sup>165</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 300.

<sup>166</sup> El hecho es también analizado por Fustel de Coulanges, quien atribuye esta distancia entre predios a las creencias religiosas relacionadas con el hogar: “Un mismo muro no puede ser común a dos casas, pues entonces habría desaparecido el recinto sagrado de los dioses domésticos”. DE COULANGES, Numa Denys Fustel. La ciudad antigua (La cité Antique). Libro II. Cap. VI. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1942. P. 74.

<sup>167</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 301.

<sup>168</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 54.



censoriales iban ya tan lejos, que un ciudadano podía ser castigado por un simple descuido en el cultivo de su campo”<sup>169</sup> afirmación que podría tener asidero histórico si consideramos la referencia que hace Aulo Gelio en el Libro IV, Capítulo XII de las Noches Áticas:

“**1.** Si alguien había permitido que su campo se llenara de maleza y lo atendía negligentemente y ni lo araba ni lo limpiaba, o si alguien había dejado en descuido su árbol o viña, eso no quedaba sin castigo, sino era tarea de los censores, y los censores lo hacían *aerarius*. **2** Igualmente, si se veía que algún romano tenía el caballo macilento o poco luciente, se le ponía una nota de *impolitia*: esta palabra significa como si dijeras incuria. **3** De estas dos cosas existen testimonios, y Marco Catón las ha atestiguado muy a menudo”<sup>170</sup>.

Al ser esta una referencia casi directa a la Ley romana, y estar más cerca de los acontecimientos históricos, constituye una demostración de que a pesar de las diferencias sociales y los conflictos políticos permanentes en torno a la propiedad de la tierra, el derecho sigue teniendo límites, y no se permite el abuso del mismo. Por tanto no es posible hablar de una propiedad con características individualistas.

Sumado a lo anterior, podemos dar cuenta de la importancia de los trabajos agrícolas, además de la especial atención que los romanos dedican a los mismos, pudiéndose citar entre los principales a Catón<sup>171</sup>, Varrón<sup>172</sup>, Columela<sup>173</sup>, e incluso Virgilio<sup>174</sup>. Varrón en el Libro I. II. 9., constituye una de las fuentes históricas en las que se pueden hallar referencias a las reformas agrarias limitativas de la propiedad:

“Pero he aquí que veo venir a C. Licinio Estolón y Cn. Tremelio Escofra, quienes, según mi opinión, pueden hablar de estas cosas mejor que yo. El primero cuenta entre sus antepasados a los que trajeron las leyes sobre el modo de medir los campos. **Aquella ley que prohíbe a todo ciudadano romano**

---

<sup>169</sup> MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. P. 473.

<sup>170</sup> GEL. IV. 12.

<sup>171</sup> Edición consultada: CATÓN, Marco Porcio. *De agri cultura*. Editorial Tecnos. Madrid, 2009. En especial, las referencias del capítulo II, sobre los deberes del Jefe de Familia, entre los que se encuentra el debido cuidado de las cosechas, lo cual puede enlazarse con las afirmaciones de Aulo Gelio. En general, el conjunto de la obra da cuenta de la importancia del cultivo del campo y su relevancia frente a la sociedad romana.

<sup>172</sup> Edición consultada: VARRÓN, Marco Terencio. *De las cosas del Campo*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1945.

<sup>173</sup> Edición consultada: COLUMELA, L. J. Moderato. *Los Doce libros de agricultura*. Editorial Iberia S.A. Barcelona. 1959. Véase por ejemplo, lo que dice en el Libro I, Capítulo III: “(...) en la adquisición de las tierras se guardará la misma justa medida que en las demás cosas; pues sólo se ha de adquirir lo necesario para que parezca que hemos comprado fincas de las cuales poder disfrutar, y no que nos sirvan de carga privando a otros de su goce (...) La medida, pues, para cada cual será su voluntad moderada y sus facultades, pues no basta, como ya he dicho antes, que quieras poseer si no puedes cultivar”.

<sup>174</sup> Ediciones consultadas: VIRGILII, Maronis. *Todas las Obras* (Geórgicas). Tomos I y II. Oficina de Josef Thomas de Orga. Valencia, España. 1778. Edición de Porrúa S.A. (Geórgicas), México. 1985. Virgilio, a través de todo su canto, resalta las labores del campo sobre otras actividades. Véase cómo exhorta a Augusto en los siguientes términos, acerca de las vicisitudes de aquellos días, y de la necesidad de retomar las labores del campo: “Por doquiera andan confundidos lo justo y lo injusto; por todas partes existen las guerras y los crímenes bajo mil formas distintas: deshonra parece manejar el arado: privados de brazos, los campos están yermos y las corvas hoces se convierten en homicidas armas” (Libro I. 505-510).

**poseer más de quinientas yugadas de tierra es debida a un tal Licinio, al que se dio el nombre de Estolón por la diligencia y atención puestas en los cultivos, a tal grado que, en su hacienda, nadie podía encontrar ninguna planta parásita sobre los árboles, ni echaba allí raíces ningún retoño inútil, de los que llaman *stolones*. De la misma familia es otro C. Licinio, tribuno del pueblo, quien, trescientos sesenta y cinco años después de la expulsión de los reyes, fue el primero que llevó al pueblo de los comicios al Foro e hizo aprobar la ley que asignaba a cada ciudadano siete yugadas de tierra.”** (Resaltado nuestro)

La historia de la propiedad agraria en Roma tiene quizá el mayor número de ejemplos sobre distintos regímenes agrarios, pues siempre fue el motivo de discordia entre partidos políticos, y su regulación era particularmente distinta dado el elemento religioso que la fundamentaba, a diferencia de la propiedad en territorios urbanos o municipales. Es por ello, que resulta de vital importancia examinar el significado jurídico administrativo y privado de la propiedad agraria en Roma. En ese sentido, puede citarse el trabajo de Max Weber, que a pesar de no hacer una explicación minuciosa de cada uno de los periodos históricos de la propiedad agraria en Roma, presenta una excelente investigación centrada en distintos fenómenos del derecho romano, público y privado, con el fin de descubrir la importancia práctica del desarrollo de las relaciones agrarias.

Se parte entonces de las primeras formas de dominio sobre el territorio, caracterizando técnicas de medición del *territorium*, el *ager scamnatus* (cuyo resultado consistía en la división del territorio en rectángulos) y *centuriatus* (mediante cuadros, y con la perfección del negocio haciendo la inscripción en el plano catastral), los tipos de asignaciones y su funcionamiento, al mismo tiempo que las consecuencias históricas y administrativas de dichas asignaciones.

Es una de las principales características del *ager publicus*, la “carencia de la facultad de inscripción en el censo, protección jurídica solo en los procedimientos de interdicto y sólo contra acciones de índole criminal o cuasi, ausencia de toda forma de transferencia, simplemente porque no existía ningún traspaso de propiedad a no ser la sucesión con una ocupación tutelada por la ley, extinción de cualquier relación jurídica referente al área ocupada con supresión de la posesión de hecho”<sup>175</sup>

A las tierras incultas que nunca habían sido incluidas en el catastro se las denominaba *ager arcifinalis*. Desde un cierto momento que no podemos determinar con certeza, el Estado romano permitía que se instalaran en estas tierras –a imitación, sin duda, de las concesiones enfiteúticas practicadas en tierras de los griegos-, aunque sin un auténtico derecho de propiedad, quienes quisieran o pudieran hacerlo. Esta es la práctica que se conoce como *occupatio*, término que habría que traducir como concesión. “Una de las características era que no se hallaban registradas en el catastro y no existía, por tanto, ningún documento (aes, forma) que sirviera de testimonio a favor de sus ocupantes. De ello deriva una primera causa de usurpaciones y conflictos”<sup>176</sup>. A los ocupantes de estas tierras públicas se les denominaba *possessores*. “El término, que se opone al de *dominus* (propietario en virtud

---

<sup>175</sup> WEBER, Max. *Historia agraria romana*. Akal Editor. España, 1982.

<sup>176</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 46.

del derecho quiritario), designa una forma de propiedad en precario, un usufructo revocable”<sup>177</sup>.

Así pues, el derecho de propiedad en el derecho romano contiene varias limitaciones. “se il diritto non ponesse dei limiti alla libertà di ciascuno, questa diverrebbe impossibile”<sup>178</sup>. Existen para la época, formalidades que limitan la voluntad de los individuos, herencia de las costumbres y el *ius civile*. Esto nos conduce a encontrar en la *mancipatio*, la *sponsio* y el *nexum* formalidades que deben cumplirse en la celebración de ciertos negocios jurídicos.

### 1.2. Período Clásico

Pasamos de una época en donde se remueven las mismas bases de la república; bastaría las subsiguientes guerras civiles y la llegada de Augusto, para consolidar en una sola persona los poderes que otrora se dividieron en cuerpos colegiados. Augusto intentaría restablecer la moral, y alcanzar un mejor reparto de las tierras, dando gran parte de ellas a los veteranos de las guerras civiles de fines de la república, lo que significó la multiplicación de la pequeña propiedad agrícola, que debido a las dificultades económicas, rápidamente se harían insostenibles para sus propietarios, dando paso al latifundio. Este periodo también es llamado clásico, “toda vez que hasta este momento persistieron las huellas creativas que lo habían marcado, y no existió alteración, al menos formal, de las plurales formas de producción del derecho”<sup>179</sup>.

La Ley Boebia agraria (F.E.) (111 a.C.)<sup>180</sup> abolió el *vectigal* sobre las tierras adjudicadas, “estableciendo en relación con ellas un régimen de absoluta propiedad privada”<sup>181</sup>. Durante el siglo III a.C hay un aumento de la mano de obra esclava en los campos. En el siglo I se generalizó<sup>182</sup>. Esta situación ha llevado a afirmar a algunos autores que “el derecho de propiedad no conocía límite alguno y sólo sería cuestionado con ocasión de las guerras civiles y por razones económicas y financieras, que no sociales, cuando una facción victoriosa decretaría proscripciones y vendería o distribuiría las tierras de los vencidos”<sup>183</sup>. Podría afirmarse que “la confiscación en beneficio del Estado no siempre iba acompañada de la expropiación de los antiguos cultivadores. Simplemente, a estos se les obligaba a pagar un impuesto al Estado considerado como un auténtico arriendo (*vectigal*)”<sup>184</sup>

La crisis agraria sólo afectó al *ager publicus*. “Encontramos, por tanto, en el origen de la crisis agraria, una ambigüedad o un conflicto de carácter jurídico referente al uso y propiedad del *ager publicus*”<sup>185</sup>. ¿Cómo se presentan conflictos agrarios en una época plena de conquistas y colonización? La época que vamos historiando, (principio del siglo II a.C.

---

<sup>177</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 47.

<sup>178</sup> SCIALOJA. Op. Cit. P. 261.

<sup>179</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 265.

<sup>180</sup> Lex Boebia (Baebia?) agraria (F.E.) 111 a.C. Consultada en:

<http://www.ancientrome.ru/ius/library/leges/agraria.html>

<sup>181</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 302.

<sup>182</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 36.

<sup>183</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 43.

<sup>184</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 45.

<sup>185</sup> CLAUDE NICOLET. Op. Cit. P. 43.

hasta el año 27 a.C.) está marcada por la existencia de serios trastornos cuya causa principal es la cuestión agraria. “De ahí deriva que la cuestión tenga durante este periodo un carácter político y social más que económico”<sup>186</sup>. Algo en las instituciones parece estar removiéndose, y sería arbitrario de nuestra parte limitar la discusión únicamente a términos económicos. Los límites a la propiedad devenían de conflictos sociales, y tal vez de cierta herencia en los *mores maiorum*, que obligaba al espíritu romano a debatirse en procura de instituciones más equitativas, en búsqueda de la prevalencia del interés común sobre el interés particular. “El reparto de tierras es uno de los aspectos del conflicto, que como a las distintas facciones políticas y entre ellas los aristócratas, poseedores del *ager publicus*, que tratan de conservar las tierras más ricas en las proximidades de Roma: estas tierras son precisamente lo que se discute en esta lucha”<sup>187</sup>

En el relato histórico que va del 133 – 27 a.C., se destacan los ensayos de Tiberio Graco por limitar la posesión del *ager publicus* a 135 hectáreas (133 a.C.), “en la que, a diferencia de lo que contemplaba la *lex Licinia Sextiae de modo agrorum*, se establecía además la expropiación por encima de tal límite”<sup>188</sup>. Se contempló además la existencia de un cuerpo de magistrados encargados de la asignación de tierras expropiadas (*triumviri agris dandis, assignandis, iudicandis*), troncada cuando a instancia senatorial sus funciones judiciales retornaron a los cónsules (129 a.C.).

La propiedad de los predios pertenecía al Estado. La distribución era un modo de usar la propiedad<sup>189</sup>. Sin embargo debe recordarse que se trataba de quitar tierras a poseedores de terrenos propiedad del Estado, para distribuirlo entre la clase agrícola. Frente a los poseedores Latinos es necesario tener más cautela, dado que por intereses políticos, tendientes a la consecución de alianzas entre romanos y latinos, aquéllos poseedores no podrían ser despojados con facilidad.

Las reformas de Espurio Casio y Tiberio persiguen un fin similar, pero la primera se da en una ciudad; la segunda en un gran Estado. Es por ello que las reformas de los Gracos sacuden las bases de la República. En el 123 a.C. Cayo Sempronio Graco logra revitalizar la reforma agraria, estableciendo la inalienabilidad de las tierras asignadas en propiedad, y restituyendo el poder judicial al cuerpo de los *triumviri agri dandis*<sup>190</sup>.

Marco Druso ha abolido las cargas que sobre el producto de los terrenos habían establecido los Gracos a favor del Estado, las rentas enfiteúticas y la cláusula de inalienabilidad<sup>191</sup>. Sila ponía a su disposición todas las tierras del dominio público romano; los nuevos concesionarios, soldados del ejército, se diseminaron por Etruria, Lacio y Campania.

Después de las reformas políticas y sociales propuestas por los Gracos, se suceden conflictos sociales que terminarían en la concentración de poderes en la figura del emperador (*princeps*). La larga lista de eventos y personajes durante ésta época de la

---

<sup>186</sup> OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 255.

<sup>187</sup> OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 255.

<sup>188</sup> Ver: ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 97

<sup>189</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. Tomo II. P. 135

<sup>190</sup> Ver: ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 98.

<sup>191</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. Tomo II. P. 174

historia romana, excederían el espacio y el propósito de éste trabajo, razón por la cual, únicamente haré referencia a los eventos más importantes que se presentaron, y que de alguna manera influyen en la concepción de la propiedad. Basta con decir que constantemente habría un interés sobre las cosas del campo, y en especial sobre la propiedad de la tierra. Numerosos son los intentos, desde los Gracos, César, Augusto, e incluso Nerva y Trajano por fortalecer la economía rural, pero pese a ello “progresaba cada vez más el latifundio y, con él, la despoblación de Italia”<sup>192</sup>, perdiendo cada vez más importancia en el plano político, decadencia que pasados muchos años, llevaría al traslado de poder a otros centros políticos, y finalmente a Constantinopla.

Antes de Augusto, César también propondría leyes agrarias durante su consulado (año 695 a.u.c.) sin atacar ningún derecho de propiedad o posesión; los beneficiarios debían ser ciudadanos pobres<sup>193</sup>. Durante su dictadura se mencionan algunas leyes suntuarias destinadas a reducir el lujo en las construcciones y en la mesa<sup>194</sup>. Así mismo, durante esta nueva etapa desarrolla otras reformas de distribución de la tierra, respetando la propiedad y la posesión, fuese ésta a título hereditario o bien se remontara a los tiempos de Cayo Graco y Sila; “pero no hizo lo mismo con los dominios itálicos de la República y con los numerosos inmuebles que pertenecía de derecho al Estado y eran poseídos por las corporaciones sagradas (...) mandó hacer la revisión general de todos los títulos de poseedores ante la comisión de los Veinte, expresamente organizada al efecto, y dispuso después las asignaciones parcelarias de tierra, según el método de los Gracos, en lo que era aplicable a la agricultura”<sup>195</sup>. Al enviar colonos, disponía que éstos pudiesen deshacerse de sus tierras sino veinte años después de tomar posesión de ellas.

Los primeros años del principado se suceden entre las convulsiones civiles del paso de la República a la nueva Monarquía, y el sometimiento de la Galia y Germania por parte de los romanos, así como los conflictos internos en la península Ibérica, y los nuevos avances en oriente próximo, en especial, los choques con los Partos.

Durante ésta época estaría en auge el latifundio; y como señala Espitia, los lazos entre el emperador y la antigua capital desaparecen, haciendo que la Italia pierda su status “a tal punto que se terminó por someter a impuestos los fundos itálicos”<sup>196</sup>. Planteada así la cuestión, diremos entonces que “las conquistas de ultramar dan lugar a un nuevo tipo de propiedad que es derivada de la concesión del Estado, en tanto que la propiedad arcaica, el *dominium* originario, era expresión del poder soberano del *pater*”<sup>197</sup>. En el periodo Julio Claudio aumenta el latifundio, con el consiguiente abandono de la agricultura en Italia. Así mismo, con la enfiteusis (municipio) se reduce el derecho real del propietario a favor del cultivador<sup>198</sup>, pues el locatario tiene un derecho transmisible a herederos. Hasta época de la dinastía de los Severos, sobreviven formalidades para la celebración de ciertos negocios

---

<sup>192</sup> KUNKEL. Op. Cit. P. 68.

<sup>193</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. Tomo II. P. 731

<sup>194</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. Tomo II. P. 1072

<sup>195</sup> Ver: MOMMSEN. Op. Cit. Tomo II. P. 1077

<sup>196</sup> ESPITIA GARZÓN. Op. Cit. P. 265.

<sup>197</sup> Ver: DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 51.

<sup>198</sup> OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 258.

jurídicos. Así sucede con la *mancipatio* y la *stipulatio*<sup>199</sup>, lo cual da cuenta de que fueron instituciones que sobrevivieron a la época clásica del derecho romano, y denotan su importancia en la vida jurídica romana.

Tras numerosas crisis políticas y continuos asesinatos de emperadores, en el año 285 d.C., el emperador Diocleciano intenta establecer un gobierno estable y consolidar el poder, estableciendo una Tetrarquía, compuesta por una diarquía en la cual cada emperador sería asistido por un prefecto del pretorio<sup>200</sup>.

Durante la misma el fundo itálico es sometido, equiparándose así al fundo situado *in provinciali solo*. El impuesto pasa de ser una prestación fundada en una propiedad eminente del Estado, a una contribución a las cargas públicas; jurídicamente, “desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, pierde su razón de ser la distinción entre *dominium ex iure Quiritium* y posesión provincial<sup>201</sup>. Desaparece así un tipo de propiedad y la distinción de Gayo entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, por lo cual la *summa divisio rerum* se hace entre *res mobiles* y *res immobiles*; “para las últimas se establecen formas públicas y solemnes de enajenación, con el oportuno registro de los actos –*gesta municipalia*”<sup>202</sup>.

### 1.3. Período Tardío

El comercio, la producción y la concentración de la riqueza se trasladan al Oriente. Occidente se encuentra asediado y en precarias condiciones económicas. El atrincheramiento en la ciudad con ocasión a las invasiones de los bárbaros, incrementa el latifundio improductivo, el abandono de los campos, y la concentración de la población en centros urbanos. En el plano político, se da paso a una auténtica monarquía absoluta, “y una limitación sin miramientos de la libertad personal a favor de los intereses del estado”<sup>203</sup>. Pero ya no son los mismos límites impuestos por el *ius civile* y los *mores maiorum*. Son limitaciones mucho más crudas, llevadas a la codificación: ante el debilitamiento de los valores antiguos, es necesario hacer evidentes y dar forma *positiva* a los límites que antes se encontraban inmersos en el espíritu romano; ventaja para los modernos, pues allí podemos ver los cambios a través de un mayor número de fuentes de derecho, pero que no deja ser el signo de una sociedad en decadencia. Para De Martino, el derecho posclásico favoreció el aumento de limitaciones a la propiedad pues, dice, “bastaría pensar en la evolución hacia formas socialistas controladas, que es un fenómeno bien conocido por los estudiosos del mundo posclásico”<sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 18.

<sup>200</sup> Diocleciano tendría como co-emperador a Maximiano. Galerio sería el prefecto del pretorio de Diocleciano, y Cayo Flavio Valerio Constancio Cloro lo sería de Maximiano. En los años posteriores, serían Constancio I (305 d.C. – 306 d.C.) co-emperador con Galerio (305 - 311 d.C.); Galerio y Severo II (306-307); Constantino I el Grande (306-307) teniendo como co-emperadores a Galerio, Licinio (311-324), Maximino Daya (308–313), trono reclamado por Majencio (306-312)

<sup>201</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 158.

<sup>202</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 158.

<sup>203</sup> KUNKEL. Op. Cit. P. 145.

<sup>204</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 57.

A éste periodo se le ha llamado tardío o posclásico. Existe una necesidad de conservación de las instituciones del derecho clásico, al cual se va agregando la influencia del cristianismo.

Las divisiones administrativas (diócesis y provincias), llevarían a la división del Imperio en Oriente y Occidente; a la muerte del emperador Teodosio I, el Imperio quedaría definitivamente dividido entre Honorio (Occidente) y Arcadio (Oriente). El empuje de los bárbaros y la decadencia de las instituciones, llevarían a la rápida caída del Imperio Romano de Occidente en el 476 d.C., año en el que Odoacro, líder de los Hérulos, depuso a Rómulo Augústulo, último de los emperadores romanos de Occidente. El Imperio romano de Oriente viviría mucho más, pero nuestro marco histórico irá hasta Justiniano, emperador que unificaría las fuentes jurídicas romanas a través del *Corpus Iuris Civilis*.

Tras la división del Imperio romano en Oriente y Occidente, y una vez se diluyen los conceptos de propiedad *ex iure quiritium*, se produce un acercamiento entre las situaciones posesorias protegidas por el pretor, que daban lugar a la propiedad pretoria, y la civil propiamente. La codificación justiniana tomaría la clasificación gayana de las cosas (D. 1. 8. 1) la de Marciano (D.1.8.2) la equiparación de los bienes públicos a los bienes del emperador (D. 18.1.72.1) la división entre cosas sacras, santas y religiosas (D.1.8.6) las universalidades (D.41.3.23; D.41.1.7.11) o de activos y pasivos (D.43.2.1.1; D. 48.20.7).

En cuanto a la situación en las ciudades, quienes habitan una propiedad particular constituyen la excepción: la mayoría de habitantes son inquilinos. Los espacios entre las casas tienden a disminuir casi por completo. En el campo se lleva una vida harto precaria, con un régimen de fiscalización excesiva, lo que lleva al *possesor* a abandonar su propiedad, en algunos casos, para engrosar las filas de los bárbaros y las bandas de Bagaudos que asolan las provincias<sup>205</sup>.

Los historiadores destacan además una diferencia social entre las dos partes del Imperio. Existe la hipótesis de que había más propietarios campesinos en Oriente que en Occidente, “lo cual encaja con el hecho de que se conozcan menos terratenientes extrarriscos en Oriente”<sup>206</sup>. A pesar de la existencia de grandes concentraciones de tierra, en especial en Occidente (Italia, África y algunas partes de la Galia), en ambas partes del Imperio las grandes fincas estaban, por lo general, muy fragmentadas, dando lugar a que entre ellas vivieran campesinos propietarios y élites rurales. Se puede evidenciar así mismo, que durante el siglo IV se dictaron leyes para atar al campesinado a su lugar de origen, de modo que no pudieran abandonar la tierra, facilitando así la recaudación de impuestos<sup>207</sup>.

Con la codificación justiniana se suprime formalmente la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales (C. VII. 31, 1; J. Inst. II. 1, 40), “elevando al rango de propiedad civil o *dominium*, las situaciones clásicas del *in bonis habere = possessio vel ususfructus*”<sup>208</sup>. Las

---

<sup>205</sup> HOMO, León. *Nueva Historia de Roma*. Editorial Iberia S.A. Barcelona, 1981. p. 393.

<sup>206</sup> WICKHAM, Chris. *El Legado de Roma. Una Historia de Europa de 400 a 1000 (Título original: The Inheritance of Rome. A History of Europe from 400 to 1000. Penguin Books Ltd. 2009)*. Editorial Pasado y Presente. Barcelona, 2013. P. 75.

<sup>207</sup> Ver: WICKHAM, Chris. Op. Cit. P. 72.

<sup>208</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 158.

limitaciones de la propiedad, se acentúan aún más en la legislación justiniana (D. XXXIX, 3, 1, 22-23): “el concepto de servidumbre comienza a ser extendido por los bizantinos a las limitaciones legales de la propiedad –servidumbre legal”<sup>209</sup>.

## 2. Teorías alternativas al individualismo en el Derecho romano

Hecho el anterior recuento histórico, y demostrada la existencia de límites a la voluntad particular en la sociedad romana, pasaremos a abordar las tesis que a partir de un análisis similar a las fuentes antes descritas, propusieron teorías en las que se pone en tela de juicio el individualismo de la propiedad en el derecho romano.

Después de los movimientos codificadores, los *iusromanistas* se dedicaron casi en su totalidad al estudio del “derecho privado”<sup>210</sup>. Una nueva revisión por parte de los estudios romanistas opuso a las teorías individualistas tesis de mayor rigurosidad, echando mano de herramientas filológicas y lingüísticas, así como una revisión de las fuentes históricas y los aspectos sociales, políticos y económicos que dieron forma a las instituciones romanas.

Así pues, a través de distintos caminos se ha llegado a conclusiones similares, cada una de las cuales merece un nuevo análisis. Hemos decidido dividir en dos categorías los análisis a las limitaciones del derecho de propiedad: por un lado, están las teorías que resaltan las limitaciones de derecho público y privado sobre el derecho de propiedad, en especial, la inmueble; por otro, encontramos aquéllas que refutan el abuso del derecho de propiedad sin restringirse a la propiedad inmueble, sino a todo tipo de propiedad, bien sea porque se prohíba el abuso, o porque sin necesidad de una prohibición expresa, se encuentren indicios de la inexistencia de un abuso individualista del derecho. Ambos análisis, tanto de las limitaciones al derecho de propiedad por derecho público y privado, como al abuso del mismo, están interrelacionadas; los efectos de las limitaciones de derecho público y privado derivan en limitaciones al abuso; a su vez, las limitaciones al abuso del derecho producirán nuevas limitaciones visibles en las fuentes.

Antes de comenzar, es necesario resaltar que en cuanto a la función política del fundo, y las características del derecho de propiedad, tradicionalmente se ha concluido lo siguiente: 1) Los confines son santos, señalados mediante *limitatio*, en cuyo alrededor existe un espacio libre de cinco pies, *iter limitare* si es en el campo, *ambitus* en la ciudad, limitación que tiene el carácter de *res sancta*, y por tanto, fuera del comercio; 2) La propiedad es ilimitada, es decir, absoluta y exclusiva, por tanto en el derecho romano antiguo no existían servidumbres legales (de paso y acueducto), a menos que medie la voluntad del propietario gravado. Una de las razones radica en que el *iter limitare* facilita el acceso a los campos; 3) La propiedad tiene virtud absorbente, es decir, todo lo que se encuentra en el fundo (tesoros, plantas, semillas, aluviones, etc.) pertenece a éste; 4) El fundo está libre de cargas fiscales; 5) La propiedad romana es perpetua, en el derecho romano clásico, característica que es abolida por Justiniano<sup>211</sup> al introducir la posibilidad de que la propiedad cese por vencimiento del plazo estipulado o por verificarse la condición resolutoria, que puede ser

---

<sup>209</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 158.

<sup>210</sup> Ver: ESPITIA GARZÓN, Fabio. Op. Cit. P. 691.

<sup>211</sup> BONFANTE. Inst. P. 293.



expresa (*lex commissoria, in diem addictio*, en la donación por causa de muerte o donación modal) o tácita (dote, donación nupcial), concediendo al anterior propietario una *actio in rem* o una *rei vindicatio utilis*<sup>212</sup>.

Así pues, se advierte que los límites a la propiedad, nacen de acuerdo a las exigencias y condiciones sociales, económicas y técnicas vigentes. “Se trata pues de problemas no sólo jurídicos, sino también de carácter económico, social y a veces técnico, que han encontrado y encuentran soluciones distintas tanto en el mundo romano como en el moderno”<sup>213</sup>

### 2.1. Limitaciones de Derecho público y privado

La mayoría de autores iusromanistas conviene en afirmar que la propiedad, en esencia, tiende a ser ilimitada. Sin embargo, es susceptible de un gran número de limitaciones, “perchè il diritto considera il proprietario come imperante in una sfera che esso diritto circoscrive soltanto esteriormente non determinandone mai il contenuto in modo positivo: per tal modo tutte le norme giuridiche relative alla proprietà limitano l’azione del proprietario, accontentandosi di determinare ciò che egli non può fare, e non indicando il contenuto effettivo del suo diritto, il che d’altra parte sarebbe impossibile, come dimostrano gli sforzi inutilmente fatti da coloro che cercarono di definire la proprietà dichiarandone il contenuto”<sup>214</sup>. Hay pues, limitaciones de derecho objetivo y subjetivo, que se han traducido en limitaciones de derecho público y de derecho privado.

Referimos las limitaciones de derecho público y privado, por aquéllas que se encuentran en las fuentes legales, es decir, en las codificadas, y en especial las de derecho clásico y justiniano. Para la mayoría de autores, efectivamente la propiedad tiene limitaciones de distinta índole, bien sea por interés público o por la existencia de vínculos o derechos concurrentes, que una vez desaparecen, dejan a la propiedad en un estado de plenitud<sup>215</sup>.

Para algunos autores, las primeras en existir fueron las limitaciones procedentes del poder público, “poniendo en primer plano los intereses sociales de toda la comunidad frente a los individuales del propietario”<sup>216</sup>; posteriormente nacerían las limitaciones procedentes de las relaciones de vecindad. Para otros, los límites más antiguos que se conocen “tienen como principal objetivo proteger las relaciones entre propietarios vecinos a fin de que, del ejercicio ilimitado del derecho de propiedad de cada *dominus* en su propio fundo, no se deriven consecuencias perjudiciales para los propietarios de fundos cercanos”<sup>217</sup>. Sea cualquiera su origen, habida cuenta que en el derecho arcaico no hay una distinción clara entre el derecho público y privado, la coexistencia social hace exigible la existencia de limitaciones al derecho de los particulares frente a la comunidad. La solidaridad entre los individuos está antes que la independencia.

---

<sup>212</sup> BONFANTE. Inst. P. 293.

<sup>213</sup> VOLTERRA, Op. Cit. P. 316.

<sup>214</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 303.

<sup>215</sup> IGLESIAS. Op. Cit., P. 155.

<sup>216</sup> SCONDA. Op. Cit. P. 52.

<sup>217</sup> JIMENEZ SALCEDO. Op. Cit. P. 18, citando a RODGER, A. “Owners and neighbours in Roman Law”, Oxford 1972, P. 3-6.

Desde las XII Tablas, seguidas por los edictos del pretor y las decisiones de los jurisconsultos a finales de la época republicana, a medida que la convivencia social se hace más compleja, aumenta el número de limitaciones al derecho de propiedad<sup>218</sup>:

“El derecho público del periodo republicano, en el que se configura el concepto de *dominium* del *ius civile*, muestra un marco reducido de interferencias limitativas en las facultades del propietario (...) Sin embargo, se encuentran presentes manifestaciones de la consideración del superior interés comunitario al que está subordinada la propiedad privada (...) La ordenación urbanística constituye el fundamento de diversas disposiciones que establecen una distancia mínima entre las edificaciones urbanas y la altura de las mismas; diversas leyes comiciales y senado-consultos impusieron prohibiciones contra la demolición incontrolada de edificaciones urbanas y la especulación con sus elementos ornamentales (...) En el ámbito de las relaciones de vecindad, el derecho pretorio garantiza tutela interdictal para imponer, con carácter temporal, el paso obligatorio a través de fincas colindantes con un camino público, y el acceso para la reparación de acueductos”<sup>219</sup>

La doctrina ha sintetizado así las limitaciones de derecho Público, basadas en el interés público<sup>220</sup>, en: a) La expropiación o causa de utilidad pública, sobre la cual se dice no encontrar fuentes en la antigüedad, pero sí en el Bajo Imperio (disposiciones de Teodosio); b) Las limitaciones por motivos religiosos, como la mencionada en las XII Tablas, referidas a la prohibición de dar sepultura o quemar cadáveres dentro de la ciudad (prohibición que aparece en algunos estatutos municipales), impidiendo también, en el caso de las relaciones de vecindad, quemar un cadáver a menos de una distancia de 60 pies del fundo vecino (CIC. De Leg. II, 23, 58.), así como permitir el derecho de *iter ad spulchrum* cuando la tumba está en fundo de otra propiedad. La religión parece rodear la esfera de la propiedad, hecho que Fustel denotaba en tanto que “no es el individuo viviente en la actualidad quien ha establecido su derecho sobre la tierra, sino el dios doméstico. El individuo sólo la tiene en depósito; pertenece a los que han muerto y a los que han de nacer”<sup>221</sup>. En época de las XII Tablas se permite la venta de la propiedad, pero en virtud de la religión, es posible que en tiempos anteriores la propiedad fuese inalienable; c) Limitaciones a los propietarios de fundos ribereños, los cuales están obligados a permitir el paso con fines de navegación (D. I. 8. 5; D. XLI. 1. 30. 1); d) Limitaciones al tránsito público cuando el camino público está deteriorado (CIC. Pro Cae. 19, 54; D. VIII, 6. 14. 1) imponiendo la obligación al

---

<sup>218</sup> Ver: JIMENEZ SALCEDO. Op. Cit. P. 19, citando a Gómez Royo, E. “El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma”, Valencia 1997, P. 192; CIMBALI, “La proprietà e suoi limiti nella legislazione italiana”, AG. Vol XXIV (1880), P. 145; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. “La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho romano y en el Código Civil”, Granada 1991, P. 69 y “Derecho Romano” Málaga, 1998, P. 125. BIONDI, B. “Instituzioni di Diritto Romano”. Milán, 1972, P. 269. SEGRE, G. “Corso di Diritto Romano, le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso”, II parte, Torino 1929. P. 163. CARAVELLA. “Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano”, Roma 1971, P. 10.

<sup>219</sup> FERNANDEZ BARREIRO y JAVIER PARICIO. Op. Cit. P. 175.

<sup>220</sup> Ver: JÖRS, Paul. Op. Cit. P. 176 y ss., para quien dichas limitaciones son de carácter legal y se basan en el interés público. Más adelante, de la recopilación de expropiaciones por pública utilidad, se desglosarán las limitaciones por interés privado.

<sup>221</sup> DE COULANGES. Op. Cit. P. 82. Así lo ratifica GREINER, Albert. Op. Cit. 78 y ss.

propietario de permitir el paso por su fundo en caso de que la vía adyacente fuera impracticable; e) Limitaciones por motivos urbanísticos, más comunes en el Bajo Imperio, dirigidas principalmente a impedir que el propietario especule con los materiales de una edificación derribada, así como disponer por legado de los materiales incorporados a un edificio; f) Por explotación de minas (382 d.C.), que en un comienzo pertenecen al propietario<sup>222</sup>, pero que según las fuentes del derecho clásico, el propietario está obligado a consentir las excavaciones de extraños, dando a éste una décima parte del producto, y otra igual al Estado (D. VIII. 4. 13. 1; C. XI, 7. 3); g) Los impuestos territoriales (262 d.C.)<sup>223</sup>.

Las expropiaciones por pública utilidad son quizá las más discutidas por la doctrina. Para negar la existencia de la expropiación por pública utilidad se han citado ejemplos de las fuentes históricas (referidos ya en la primera parte de éste trabajo), entre los cuales se encuentra Livio (LIV. XL, 51) el cual relata que Marco Licinio Craso no dio permiso para que un acueducto pasara por una de sus propiedades, y Suetonio (SUET. Aug. 56) que refiere como el emperador Augusto detuvo la obra de un foro para no demoler ciertas casas que se encontraban en el territorio de la futura obra. La opinión actual concluye que los casos referidos tienen origen no en una imposibilidad jurídica, sino en un “riguardo amministrativo o meglio político, come appare da un esame non superficiale dei testi medesimi”<sup>224</sup>. Por un lado Augusto quiere mostrarse respetuoso de la propiedad y de los derechos del pueblo romano, ganando así su favor de cara a las recientes turbulencias políticas originadas por su ascenso al trono como primer emperador; por el otro, debe tenerse en cuenta que Craso era un político prominente para la época (Comienzos del siglo II a.C.). Por tanto no son pruebas suficientes de la inexistencia de la expropiación, sino del juego de intereses políticos, lo cual es deducible a partir de su lectura.

Estudios previos a la obra de Piccinelli<sup>225</sup> opinaban que en el Derecho romano no existía la expropiación<sup>226</sup>. Nosotros por el contrario, consideramos que además de su indudable existencia, la idea de expropiación en el derecho romano debe ser analizada por épocas, pues:

“se un diritto ammette la proprietà privata in uno scarso numero di casi e solo su piccola parte del territorio, sottoponendo la massima parte di questo alla proprietà pubblica, è certo che l’interesse pubblico di limitare l’azione del proprietario rispetto alla cosa sua, è infinitamente minore di quando si ammetta invece la proprietà privata con larghezza maggiore: quando infatti tutto il territorio dello Stato sia oggetto di proprietà privata, l’interesse di limitare l’azione di ciascun proprietario relativamente al proprio fondo è assai maggiore (...) É certo che nei primi tempi del diritto romano, in cui scarso era il numero delle proprietà fondiarie, e piccola

---

<sup>222</sup> IGLESIAS. Op. Cit. P. 164.

<sup>223</sup> Ver: VOLTERRA, Op. Cit. P. 319-320.

<sup>224</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 319.

<sup>225</sup> PICCINELLI. *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto romano*. Firenze, 1882.

<sup>226</sup> Véase por ejemplo, DE COULANGES, Op. Cit. P. 82.

l'estensione dei fondi, lo Stato poteva fare qualunque opera pubblica, senza bisogno di togliere al privato che esso stesso gli aveva attribuito”<sup>227</sup>

Cuando la propiedad aumenta, y el Estado necesita realizar alguna obra pública, una calle, un acueducto o similar, “egli dovrà necessariamente servirsi dei fondi privati”<sup>228</sup>. Valga aclarar desde ya que el criterio para la indemnización falta completamente. En época clásica correspondía a dinero; durante el imperio, podía darse una permuta, cambiando la casa expropiada por otro tipo de bien<sup>229</sup>.

En cuanto a las pruebas encontradas en las fuentes que permiten hablar de la expropiación por pública utilidad, encontramos las siguientes:

1) Livio, XL, 29, en la cual el senado ordena quemar unos libros de Numa<sup>230</sup>, pagándole el precio al propietario que los había desenterrado:

“(…) Siete volúmenes estaban en latín y trataban del derecho de los pontífices; los otros siete, escritos en griego, tenían por objeto la filosofía, tal como podía encontrarse entonces (...) Q. Petilio, pretor urbano (...) cuando hubo examinado el conjunto de las materias, observó que la mayor parte de las prescripciones eran contrarias al culto establecido, y dijo a L. Petilio (quien los había encontrado) que quemaría sus libros (...) El escriba se dirigió a los tribunos del pueblo, y éstos enviaron el asunto al Senado. El pretor declaró que estaba dispuesto a jurar que no debían leerse ni conservarse aquéllos libros, y el Senado declaró que bastaba lo ofrecido por el tribuno y que se quemarían cuanto antes aquéllos libros en la plaza de los comicios, y que a título de indemnización se pagaría al propietario la cantidad que señalase el pretor Q. Petilio y la mayoría del colegio de los tribunos”

Sin embargo, para autores como Scialoja, dicho caso está entre la confiscación y la expropiación, y por tanto no constituye un ejemplo pleno de la expropiación por pública utilidad. El hecho, más que ostentar una naturaleza estrictamente jurídica, da cuenta de intereses políticos o sociales de la época: proteger las costumbres y la religión.

2) Podría citarse como casos en donde se evidencian plenamente la existencia de la expropiación por pública utilidad, aquéllos en los que se ordena la disminución de la altura

---

<sup>227</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 317-318.

<sup>228</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 318.

<sup>229</sup> Ver: Op. Cit. SCIALOJA. P. 319.

<sup>230</sup> También en Valerio Maximo. *Factorum et dictorum memorabilium*: 1.1.12 Magna conseruandae religionis etiam P. Cornelio Baebio Tamphilo consulibus apud maiores nostros acta cura est. si quidem in agro L. Petili scribae sub Ianiculo cultoribus terram altius uersantibus, duabus arcis lapideis repertis, quarum in altera scriptura indicabat corpus Numae Pompili fuisse, in altera libri reconditi erant Latini septem de iure pontificum totidemque Graeci de disciplina sapientiae, Latinos magna diligentia adseruandos curauerunt, Graecos, quia aliqua ex parte ad soluendam religionem pertinere existimabantur, Q. Petilius praetor urbanus ex auctoritate senatus per uictimarios facto igni in conspectu populi cremauit: noluerunt enim prisci uiri quidquam in hac adseruari ciuitate, quo animi hominum a deorum cultu auocarentur. Así mismo en Plinio, Historia natural, XIII, 14, 84.

de ciertas casas, compensando a los propietarios, como por ejemplo, aquél encontrado en las fuentes históricas referidos a la disminución de la altura de algunas casas privadas en beneficio de la construcción de ciertos templos en el monte Capitolino, hecho que es narrado por Publio Valerio Máximo (VAL. MAX. Fact. ac dict. memor.<sup>231</sup> VIII, 2, 1), y también por Cicerón, (CIC. De off. III, 16<sup>232</sup>.)

3) Un escrito de Frontino, da cuenta de la capacidad del Senado para ordenar la compra de una propiedad sobre la cual iba a pasar un acueducto (*De aquis urbis Romae libri II*, refiriéndose a un senadoconsulto del 743 a.u.c.). En un mismo sentido se encuentra la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*.

4) En el Código Teodosiano también se encuentran constituciones imperiales que contemplan la expropiación por pública utilidad (C. Th. De operibus publicis, XV, 1, l. 30, 50, 51, 53) En especial la 50, que contiene el texto de una ley del emperador Honorio o Teodosio, sobre unas casas que debían ser demolidas para la construcción de obras públicas.

5) Además de las ya citadas de la obra justiniana, encontramos que en la Novela VII, Cap. 2, § 1., se permite al emperador adquirir un bien de la iglesia permutándolo por otro cuando la utilidad pública lo exige, demostrando que el interés del Estado no sólo prevalece ante los privados, sino ante entes tan fuertes como la Iglesia en aquél tiempo.

Las limitaciones a la propiedad son mayores en la ciudad que en el campo, en las que encontramos las limitaciones edilicias, de altura, de distancia entre casas, de columnas, etc. y la mayoría servidumbres según otros autores<sup>233</sup>. De aquéllas derivan la mayoría de limitaciones *por interés privado*, sin olvidar el hecho de que en ocasiones la distinción entre derecho público y derecho privado en el Derecho romano es casi inocua: a) Las XII Tablas permiten la entrada en el fundo del vecino en días alternos para recoger las bellotas propias que hayan caído en aquél (*interdictum de glande legenda*). b) Las XII Tablas permiten también que se corten las ramas del árbol del fundo vecino que se proyecten sobre el propio hasta una altura de quince pies (*interdictum de arboribus coercendis*). c) Así mismo en las XII Tablas rige el principio según el cual los predios inferiores deben recibir

---

<sup>231</sup> Factorum et dictorum memorabilium: Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, uenditit eam Calpurnio Lanario nec indicauit quod imperatum a collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inelyti Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnauit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei uenditorem nec conmodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.

<sup>232</sup> III, 16: Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [venditit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.

<sup>233</sup> Ver: Op. Cit. SCIALOJA. P. 337.

las aguas que afluyan de manera natural provenientes de los predios superiores. Para destruir las obras hechas con el fin de impedir o cambiar el curso natural de las aguas se concede la *actio aquae pluviae arcendae*. d) En época posterior se amplía el número de limitaciones de la propiedad urbana, estableciendo limitaciones relativas a la distancia, altura, luces y vistas, las cuales siempre resultarán rigurosamente típicas, y por tanto, en su alcance no interferiría mucho la libertad individual<sup>234</sup> e) Un célebre texto de Ulpiano (D. VIII, 5, 8, 5) plantea el problema de si se puede introducir el humo procedente de una taberna *casiaria* (fábrica de quesos) en el fundo superior. La respuesta es clara: No, a menos que exista una servidumbre *In suo enim alii hactenus facere licet – quatenus nihil in alienum inmitat*, es decir, en su propio fundo le es lícito al propietario ejercer cualquier actividad, en tanto ello no suponga una inmisión en fundo ajeno<sup>235</sup>.

Sobre la prohibición de demoler la casa para vender los materiales encontramos varios precedentes: Las XII Tablas<sup>236</sup>, el senadoconsulto Hosidianum de *aedificiis non diruendis* (de época del emperador Claudio, probablemente entre el 44 y 46 d.C.)<sup>237</sup>, y Volusianum de *aedificiis non diruendis* (año 56 d.C., durante el principado de Nerón) de los cuales se tiene una disposición similar en el Digesto de Justiniano (D. XVIII, 1. 52). Al respecto, podríamos afirmar que tales prohibiciones redundan en interés público con ocasión a las políticas urbanísticas<sup>238</sup>, en donde el interés afectado puede ser el del *populus o municipes*. A partir de la época de los Severos, se encuentran disposiciones que prohíben el despojo de edificios privados (C.VIII, 10,2; C.VIII, 10, 3; C.VIII, 10, 6; C.VIII, 10, 7). En la Constitución de Zenón (C.VIII, 10, 12), se encuentran disposiciones sobre la construcción de edificaciones, encaminadas a fines urbanísticos específicos: tipos de materiales usados, servidumbres de vista, solanas, alturas máximas permitidas, etc., con el objetivo de prevenir incendios, procurar el no angostamiento de vías públicas, además de conservar el ornato público.

Podemos entonces concluir que la “prima limitazione all’arbitrio illimitato del proprietario si è l’obbligo di non usare la proprietà contro il diritto degli altri”<sup>239</sup> Así mismo, “per il diritto romano la proprietà che è oggetto di maggiori limitazioni secondo il diritto positivo è la proprietà fondiaria e quella degli schiavi”<sup>240</sup>. No hemos hecho mención de las limitaciones de los bienes muebles, en tanto que hay una mayor regulación del derecho a propósito de la propiedad fondiaria “sta nel fatto che dalla terra si traggono tutte le cose di maggior necessità, onde, direttamente o indirettamente, la proprietà fondiaria si può considerare come elemento fondamentale dell’economia di una nazione”<sup>241</sup> además de los múltiples tipos de propiedad mueble, y la imposibilidad física de imponer limitaciones

---

<sup>234</sup> Conclusión a la que llega DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 52.

<sup>235</sup> Ver. MIQUEL, Joan. Op. Cit. P. 170 y ss. En sentido similar: VOLTERRA, Op. Cit. P. 321.

<sup>236</sup> Ver: SCIALOJA. Op. Cit. P. 343.

<sup>237</sup> MOLLÁ. M.A. Sonia y LLANOS, José María. *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesales*. Universidad de Valencia. 1992. El artículo es objeto de una comunicación presentada en el 46 congreso de SIHDA (Société Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité), celebrado en Amsterdam – Utrecht, del 20 al 26 de septiembre de 1992.

<sup>238</sup> MOLLÁ. Op. Cit. P. 243.

<sup>239</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 305.

<sup>240</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 305.

<sup>241</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 306.

sobre los mismos: “La proprietà fondiaria per la sua somiglianza colla sovranità territoriale, ha, indipendentemente da quella sociale, una grandissima importanza politica”<sup>242</sup>.

## 2.2. Limitaciones al abuso del derecho de propiedad

Hecha la síntesis sobre las limitaciones de interés público y privado, abordamos ahora las limitaciones al abuso del derecho de propiedad. Hemos dicho que una de las definiciones más comunes, nacida en época de los glosadores y comentaristas, indicó que el derecho de propiedad consistía en un *ius utendi et abutendi re sua*. De la misma derivó el carácter más auténticamente individualista del derecho, pues partiendo de la anterior definición, se pretendió deducir que se podía ejercer el derecho de propiedad aun de modo dañino para la sociedad, tratando de señalar al derecho romano como el causante y artífice de tales atribuciones que encontrarían eco principalmente en los movimientos codificadores del siglo XVIII y XIX, pretendiendo ver en la historia romana ejemplos de cómo los romanos abusaban de sus derechos sin límites aparentes (por ejemplo, en el trato a los esclavos), y buscando en las codificaciones clásicas, o más bien, en el silencio que éstas guardaron frente al abuso del derecho, los indicios para culpar al sistema jurídico romano de tales excesos.

Sin embargo, nuestra intención es probar que tales conclusiones carecen de una rigurosidad suficiente; quizá la solución que con mayor claridad denotó tales defectos, se encuentra en Ourliac y Malaffosse, quienes con magnífica elocuencia concluyeron:

“El derecho de gozar y disfrutar de las cosas «de la manera más absoluta», como dice el Código francés, puede ser un error, pero lo que no es admisible es que hagamos responsable al derecho romano de todos los errores en que han incurrido las posteriores regulaciones del derecho civil. Los autores del Código francés servían a una ideología política concreta y a unas convicciones filosóficas y económicas que se han estudiado muy a fondo; en tales ideologías y no en los pretendidos precedentes romanos se han de encontrar las razones de esa propiedad ilimitada, falsamente encadenada al derecho romano”<sup>243</sup>

Sea lo primero señalar que la mayor parte de las limitaciones al abuso del derecho de propiedad, las encontramos en el *ius civile*, esto es, en las costumbres y los *mores maiorum*, y algunas serán codificadas con posterioridad, sobretudo en época posclásica, negando así la inexistencia de limitaciones al derecho de propiedad en las fuentes clásicas y justinianeas, lo cual, en concordancia con la tesis propuesta por De Martino, también será un indicio del aumento de abusos del derecho en algún momento de la historia romana, la cual, según nuestra teoría, podría estar hacia finales de la república, época en la cual las costumbres ceden terreno ante la decadencia de los últimos tiempos, obligando a los juristas a codificar principios que antes estaban interiorizados y suficientemente conocidos por la sociedad.

---

<sup>242</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 306.

<sup>243</sup> OURLIAC y J. MALAFFOSSE. Op. Cit. P. 315.

Parte de los primeros debates acerca del individualismo en el derecho romano podrían rastrearse en algunas de las afirmaciones que hiciera Ihering en su “*Espíritu del Derecho romano*”, en donde el autor parece debatirse entre el reconocimiento de una propiedad absoluta e ilimitada a favor de la libertad, y los posibles límites que existen alrededor de la misma, que si bien no tendrían un origen legal, encontrarían asidero en estructuras que para los hombres antiguos resultaban más importantes: las costumbres. Así pues, afirma Ihering que:

“La idea infiltrada por todo el derecho privado es la autonomía del individuo y del derecho individual que no deben su existencia al Estado y hasta parecen enfrentarse con él y llegar al desencadenamiento de lo arbitrario. Pero para conciliar esta licencia con el interés de la comunidad y del Estado y con la moralidad estaban las costumbres, el carácter del pueblo y las condiciones reales de la vida romana. Jamás en ningún derecho la fórmula abstracta se ha separado tanto de la realidad, pero es porque está basado en el supuesto cierto de que cualquiera que logre un poder público o privado usará dignamente de él. Cuando el carácter de los individuos y la **fuerza de las costumbres** y de la opinión refrenan los abusos de la libertad, **no es preciso limitar esta última**”<sup>244</sup>(Subrayas nuestras)

La Censura, magistratura que ejercieron con mayor fama Apio Claudio (LIV. IX, 46, 11-12) y Marco Porcio Catón<sup>245</sup> (LIV. XXXIV. 43 y descrito ampliamente en el relato de Mommsen<sup>246</sup>), tenía como una de sus obligaciones la *recognitio equitum*, efectuada al realizar el censo: los équites, llevando de la mano el caballo que les proporcionaba el estado (*eques publicus*) desfilaban ante ellos, quienes los juzgaban de acuerdo con su estatus económico, conducta, estado del caballo, valor mostrado al combatir, etcétera; a quienes a su parecer así lo ameritaban, los censores los inscribían en una lista (*Caeritum tabulae*) diferente de las tablas del censo, catalogándolos como *aerarii*: debían entonces pagar una cantidad diferente a la especificada en el censo anterior, a veces mucho más elevada: así, a Mamercio Emilio, por haber reducido durante su dictadura la duración de la censura a dieciocho meses, le impusieron un impuesto ocho veces mayor: LIV., IV, 24. 6-7 y 24, 18 y 43<sup>247</sup>. A su vez, la nota censoria consistía en un tipo de reprensión pública que el censor romano imponía contra el ciudadano que hubiere realizado algún acto contrario a las buenas costumbres. Se realizaba a través de la inscripción en las listas o registros del censo y sus consecuencias eran importantes para la ciudadanía, tanto en materia de impuestos y del servicio militar (por privar del honor de pertenecer a las centurias) como en los derechos políticos, ya que los censurados podían ser excluidos del Senado y privados del derecho de sufragio. De la nota censoria proviene uno de los ejemplos más antiguos de la existencia de límites al derecho de propiedad en los *mores maiorum*, el cual nos llegó a través de Aulo Gelio (GEL. IV, XII), quien muestra cómo se imponía una nota censoria a quienes permitían que su campo se llenara de maleza, tenían un caballo macilento o poco luciente, o actuaban de manera negligente frente al uso de sus bienes.

---

<sup>244</sup> IHERING, R von. *El Espíritu del Derecho romano*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2005. P. 51.

<sup>245</sup> A quien ya hemos citado por su obra *De agri cultura*, en la versión editada por Tecnos, Madrid, 2009.

<sup>246</sup> MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Tomo I. Op. Cit. 930-932.

<sup>247</sup> En las notas a pie de página de la edición de Noches Áticas Tomo I. Libros I-IV. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000. P. 204.



La nota encontrada en las Noches Áticas de Aulo Gelio (L. 4, capo 12) constituye una limitación al derecho de propiedad, pero para Scialoja dicha limitación a la propiedad es indirecta. “(...) quando vi fosse qualche cittadino che transcurasse la coltivazione dei propri fondi, i censori, per punirlo di ciò, lo iscrivevano nell’infima classe dei cittadini detta degli aerarii, e per tal modo in sostanza lo privavano quasi dei diritti politici”<sup>248</sup>.

En cuanto a la esclavitud, como forma de propiedad, es la que presenta un mayor número de limitaciones<sup>249</sup>. Podríamos citar así la *Lex Petronia*, probablemente de época de Augusto, que prohibía echar a los esclavos a las fieras del circo. Se sabe pues que los esclavos hacían parte del patrimonio del *paterfamilias*, es decir, no tenían ninguna condición jurídico-patrimonial por lo cual se consideraban *alieni iuris*, es por esto que se consideraban también cosas y se tiene derecho de vida y muerte sobre ellos. Aun así el derecho de vida y muerte sobre el esclavo, siempre ha carecido de suficientes fuentes históricas que prueben su existencia<sup>250</sup>, y en todo caso, de llegar a existir, pierde fuerza a medida que nos aproximamos a los finales de la República llegando, entrado el Imperio, a que los esclavos pierdan la condición de cosa y adquieran la categoría de personas<sup>251</sup>. En las Institutas del emperador Justiniano se recoge que “Bella etenim orta sunt, et captivitates secutae, et servitutes, quae sunt naturali omnes homines ab initio liberu nascabantur” (Se han suscitado guerras, y por consecuencia de ellas la esclavitud y la servidumbre, contrarias al derecho natural, pues que naturalmente en el principio todos los hombres nacen libres) (J. Inst. I, 2, 2). Se pueden citar así mismo las limitaciones a la manumisión contenidas en la *Lex Fufia Caninia* y la *Lex Aelia Sentia*<sup>252</sup>. Así pues, el trato a los esclavos era bueno, de lo cual basta leer alguna comedia antigua. La punición estaba reservada para ciertos casos graves, como el robo, pero por lo demás, hacía parte de la familia<sup>253</sup>.

En relación con la teoría del abuso del derecho y el trato a los esclavos, se suelen citar los comentarios de Gayo (G. I. 53) complementados por el de Justiniano (J. Inst. I. 8. 2) en donde ambos refieren una constitución de Antonino Pio respecto a la represión del maltrato de los esclavos, y que si el trato de los señores hacia los esclavos resultaba insoportable para éstos últimos, el señor estaría obligado a venderlos. Justiniano se diferencia en que agrega el concepto del *interés público* al buen uso de la propiedad. Sin embargo, para De

---

<sup>248</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 315.

<sup>249</sup> Ver: Op. Cit. SCIALOJA. P. 307 y ss.

<sup>250</sup> GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual...* Op. Cit. P. 230: Así como sobre los esclavos, también sobre los hijos se tiene dicha prerrogativa, la cual es debatida en tanto que “(...) *el ius vitae et necis, no pasó, sin embargo, de ser una posibilidad teórica que se hacía realidad en muy pocos casos, porque el consejo familiar y los censores impedían que la tarea disciplinaria del jefe familiar llegara al extremo de quitar la vida a uno de sus hijos*”. Algunos podrían citar a DION. HAL. II, 26, 6, en donde el hijo de Manlio Torcuato en batalla contra los latinos a las orillas del Vesubio, desobedece la orden de entablar combate singular con los latinos, y a pesar de volver triunfante con los despojos del enemigo, su padre ordena matarle por desobedecer la orden de los cónsules. Sin embargo, nótese que en éste ejemplo no intervienen las atribuciones de la patria potestad, sino que representa una decisión ceñida a órdenes militares.

<sup>251</sup> Nótese cómo la importancia de la anotación resaltada al comienzo de éste trabajo, referida a las cosas y los frutos, en la cual destacamos cómo los hijos de las esclavas no eran considerados frutos, habida cuenta de la constante tendencia a reconocer la personalidad humana de los esclavos.

<sup>252</sup> Op. Cit. SCIALOJA. P. 311.

<sup>253</sup> Ver: Op. Cit. SCIALOJA. P. 312.

Martino, la teoría de no abusar del derecho propio que deriva de la lectura de Justiniano, no debe entenderse como una máxima general, sino únicamente dirigida al ejercicio de la *potestas* sobre los esclavos: “Bajo la influencia de las doctrinas estoicas, desde antes de la difusión de la ética cristiana, el mundo romano más iluminado se orientaba por un humanitarismo más amplio en las relaciones con los esclavos”<sup>254</sup> Y añade que “la necesidad de intervención imperial demuestra cómo no existía en Roma la prohibición del abuso del derecho”<sup>255</sup>. ¿Por qué rechazar la construcción de un principio general a partir de las referencias al derecho clásico y justiniano anteriormente señaladas, esto es, no abusar del derecho, y limitar dicha disposición al concepto de *potestas*? La respuesta se deriva de la sencillez de la tesis de De Martino: no hay una teoría del abuso del derecho en el Derecho romano porque no era necesaria.

Frente a la facultad de interponer la *rei vindicatio* aún contra poseedores de buena fe, y tratar de encontrar allí una demostración del individualismo en la propiedad romana, bastará con decir que “el hecho de que la *rei vindicatio* quepa aún contra el poseedor de buena fe, deriva de la preeminencia innegable del dominio sobre la posesión, lo cual muestra un equilibrio realista entre los intereses contrapuestos y no una exageración individualista”<sup>256</sup>. Así pues es inexacta la conclusión de Schulz, para quien la tutela jurídica de la propiedad está organizada de manera individualista<sup>257</sup>. Que un derecho haya tenido preeminencia sobre otro, como en efecto la propiedad lo tiene sobre la posesión, tampoco quiere decir que se reste importancia a los elementos fácticos; véase por el contrario, cómo en punto a la *Especificación*, los Proculeyanos exaltaban la fuerza del trabajo frente a la materia objeto del *dominium*<sup>258</sup>, o cómo el régimen de descubrimiento de tesoros reconoce una participación apreciable para el descubridor.

Ahora bien, analizaremos la teoría de los actos *ad aemulationem*. La ley más conocida sobre los actos *ad aemulationem* está en el Digesto (D. VI. 1. 38), la cual explica cómo un poseedor de buena fe edifica o siembra en un fundo por él poseído, y después sufre evicción sin que tenga derecho a las expensas, dándole al *iudex* la posibilidad de resolver en equidad: si el propietario hubiese adelantado esas mismas obras, restituye las expensas dentro del límite del aumento del valor; si el propietario era reducido a la miseria al restituir al tercero, se le permitía retirar las cosas sin causar daño al fundo.

Por largo tiempo la romanística atacó la existencia de los actos *ad aemulationem*, “sosteniendo que había sido fruto de una confusión medieval (...) entre moral y derecho”<sup>259</sup>. Se planteó como teoría para desvirtuar la existencia de los actos *ad aemulationem* en el derecho romano, la del uso normal de la cosa, es decir, el abuso sería permitido siempre que estuviese enmarcado dentro del uso normal que se le daba al objeto sobre el cual recae. Otros afirmaron que “el derecho romano no conoció límite alguno al ejercicio del derecho de propiedad, salvo el derivado de la necesidad absoluta e imprescindible de la vida económica de la nación, sentida como tal por la conciencia

---

<sup>254</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 73.

<sup>255</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 74.

<sup>256</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 54.

<sup>257</sup> SCHULZ. *Principios*. Op. Cit. P. 177.

<sup>258</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 55.

<sup>259</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 58.

popular”<sup>260</sup> Por ambos caminos, casi se eliminó la teoría de los actos *ad aemulationem*, y sin embargo sobrevivirían argumentos que pugnaban por su existencia declarando que el abuso del derecho sería una institución romana, y además clásica.

Para resolver la discusión será necesario decir que en el derecho clásico se proyecta al máximo la moral en el derecho, “al punto que la *bona fides* aparece elevada a criterio de responsabilidad contractual y, por ende, a norma de conducta”<sup>261</sup>. Así mismo, muy pocas veces se dan actos de goce o de disposición material de un bien, realizados con intención cierta de perjudicar al vecino, en tanto que “no siempre el ejercicio de un derecho de manera objetivamente asocial o antisocial se realiza con intención malévola (...) En Roma, los límites al ejercicio del derecho estaban en la conciencia social, en los mores, hasta cuando la costumbre se convirtió en derecho, mediante las reformas de la jurisdicción pretoriana. (...) La falta de una doctrina de los actos de emulación constituye otro título de honor para el derecho romano: es ella una doctrina que aparece en un mundo erizado de malignidad, en el cual el fenómeno del menosprecio por el vecino adquiere proporciones inquietantes. Mundo de egoísmos ásperos, que encarece a los juristas principios que pongan diques a las costumbres. En la Roma clásica no se sintió ese problema”<sup>262</sup> (Subrayas nuestras). La averiguación por la voluntad del sujeto no era del interés de los juristas romanos, remitiéndose más bien a categorías objetivas. Por tanto la averiguación por la voluntad no es romana (al menos en el mundo clásico). Tampoco se prescinde, por parte de los clásicos, de la voluntad, sino que la misma es llevada a categorías objetivas, huyendo a la voluntad individual.

Veremos a través de algunos ejemplos adicionales cómo el interés público está por encima de los intereses particulares. Partimos de la premisa de que “la tradición romanística está, pues, en su tendencia general por la ilicitud de toda intromisión notoria y no tolerable: en esto es innegable la huella de la propiedad romana, como señorío absoluto, como poder independiente y como soberanía del *paterfamilias*”<sup>263</sup>. Sin embargo, también ha quedado demostrado que “esta huella no es en exceso individualista, como muchos gustan de andar repitiendo; es, por el contrario, afirmación de la autoridad del *pater*, esto es, de un grupo étnico autónomo (...) las exigencias de la vida estatal atemperan la rigidez del principio del realismo evidente, e imponen al *dominus* tolerar algunas invasiones producidas por necesidades elementales”<sup>264</sup>

La *actio aquae pluviae arcendae* (D. XXXIX. 3) tuvo por finalidad impedir alteraciones al curso normal de las aguas excepto cuando el *opus agri colendi causa factum* (D. XXXIX. 3. 1. § 3 - § 8). Bonfante generalizó tal premisa diciendo que cuando las necesidades absolutas de la coexistencia social lo imponían, la propiedad particular toleraba límites. Sin embargo, De Martino acota para dirigir esta hipótesis únicamente a los casos en que la necesidad del buen cultivo de los fundos lo exigía<sup>265</sup>. Por tanto debemos examinar con cautela la generalización de la existencia de límites al derecho, y dirigir nuestro análisis,

---

<sup>260</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 58, citando a BONFANTE.

<sup>261</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 59.

<sup>262</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 68.

<sup>263</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 81.

<sup>264</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 81.

<sup>265</sup> DE MARTINO. Individualismo... Op. Cit. P. 83.

cuando sea pertinente, a casos específicos. Véase cómo esta afirmación es concordante con el breve relato histórico hecho en el capítulo anterior, pues no deja de aparecer en distintos estados de la cultura romana la importancia del campo, y de las particulares limitaciones al derecho de propiedad que subyacen al mismo.

Nos servimos de otro ejemplo para ejemplificar la existencia de límites al abuso del derecho de propiedad. Lo dispuesto en el Digesto VIII. 5. 8. 5., y el D. VIII. 2. 19., son para De Martino principios generales y no específicos del condominio, contrario a lo que pensaba Bonfante. Bonfante pretende ver en el régimen de condominio un auténtico individualismo<sup>266</sup> pues permitía el *ius prohibendi*, que sería reemplazado por uno más equitativo y social “de la mayoría”, siendo éste último una expresión genuina de la organización colectiva. Sin embargo, De Martino combate dicha postura al afirmar que el “de la mayoría”, es un principio más francamente individualista, “porque da a los más fuertes un poder cuasi tiránico contra los más débiles, esto es, contra los intereses menores y más modestos”<sup>267</sup>. Históricamente, el principio de la mayoría pertenece a sistemas basados en la libertad individual como base del sistema político. “El *ius prohibendi* (...) surge como un freno poderoso al arbitrio de los condueños en singular”<sup>268</sup>. Había en él una necesidad de consenso, “y es por este aspecto, y no por el negativo del obstruccionismo de uno a la voluntad de los demás condueños, por el que debe ser considerada la institución”<sup>269</sup>. Es la demostración de la victoria del *imperium* colegial sobre el *imperium* del rey.

Todas las definiciones que utilizan la expresión “dominio absoluto” o “ilimitado”, carecen de la misma rigurosidad conceptual de la definición que pretendió usar el concepto de libertad (D. V. 1, 4) para dar contenido al de propiedad: “Anche le defnizioni moderne, ispirate, consapevolmente o meno, a certo assurdo individualismo delle vedute liberali, perdono di vista la socialità nella funzione normativa del diritto, e traggono illazioni ingiustificate da taluni caratteri che erano peculiari della sola proprietà fondiaria romana nell' epoca più antica”<sup>270</sup>. Para Talamanca, hay incluso una función social en la propiedad al decir que “solo la limitazioni legali mostrano in quale misura l'ordinamento assuma la tutela dei "doveri di solidarietà" o della "funzione sociale" della proprietà come valori prevalenti sull' "egoismo" del singolo proprietario”<sup>271</sup>. Sin atrevernos a hacer equivalentes los conceptos, podemos decir que en el derecho romano hay un germen de lo que luego se denominaría “función social de la propiedad”.

Otros autores denotan cierta falta de coherencia en las afirmaciones dirigidas a encontrar rasgos de individualismo en la propiedad, como la mencionada en el capítulo III de la Primera Parte de ésta obra, que se basa en el Códex, IV, 35, 21: *nam suae quidem quisque rei arbiter atque moderator*, pues cada uno es árbitro y moderador de sus cosas<sup>272</sup>. Sin embargo, la frase ha sido sacada de contexto, no tratándose de la propiedad sino del

---

<sup>266</sup> Se cita a Bonfante, *Instituzioni*, 295, n. 3.

<sup>267</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 91.

<sup>268</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 93.

<sup>269</sup> DE MARTINO. *Individualismo...* Op. Cit. P. 94.

<sup>270</sup> BETTI. Emilio. Op. Cit. P. 371.

<sup>271</sup> TALAMANCA. Op. Cit. P. 200.

<sup>272</sup> MIQUEL, Joan. Op. cit. P. 166.

mandato. *Res* aquí no se traduce como cosa, sino como asunto: “Cada uno es árbitro y moderador de sus asuntos, en cambio, en lo que atañe a los ajenos hay que llevarlos exactamente”<sup>273</sup>.

El autor Carlos Medellín ha sintetizado nuestras conclusiones a través de una afirmación bastante sencilla:

“Es preciso no incurrir en el error de entender literalmente por *ius abutendi* o *abusus* el derecho de abuso, que sería un contrasentido jurídico. No puede haber derecho de abuso. La facultad de disponer envolvía el respeto al derecho ajeno, y aun se citan casos de limitación en interés público y social. El concepto de que entre los romanos la propiedad era un derecho individual absoluto no puede entenderse en el sentido de que carecía de toda limitación.”<sup>274</sup>

Así pues la definición de la propiedad como “*ius utendi et abutendi re sua*” no es romana, pues no recoge la esencia de las características del derecho romano, ya que la palabra “*abutendi*” en las fuentes, está más relacionado con el hecho de “consumir”.

---

<sup>273</sup> *Ibidem*. P. 166.

<sup>274</sup> MEDELLÍN, Carlos. Op. Cit. P. 111-112.

## CONCLUSIÓN

Del análisis hecho a las fuentes y la historia romana, hemos concluido que no es posible negar una cierta facultad de abusar de la cosa; ya en las definiciones de los glosadores la propiedad aparecía como “*ius utendi et abutendi re sua*”, entendiendo por abuso la capacidad de disponer del derecho propio aún de manera antieconómica, mezclando el concepto de libertad personal con el de propiedad. Es allí donde más se resalta el individualismo que pretendieron ver los estudios posteriores, en especial, aquéllos que estuvieron tras el movimiento codificador del siglo XIX. La libertad de pensamiento, religión y ciencia se unió al impulso por la abolición de trabas territoriales e industriales que permitirían al individuo desarrollar ilimitadamente sus poderes individuales. En éste trabajo no se ha profundizado en los fines perseguidos con una interpretación tal de las fuentes, sino que se denotaron los errores conceptuales de dicha distorsión.

Así pues, ¿qué se entiende realmente por abuso en el derecho romano? Joan Miquel nos indicaba que, si bien en Roma se habla de *uti* y *abuti*, el empleo de tales términos están en relación con la clasificación de las cosas: “Así, las *res quae in abusu consistunt* son las cosas de las que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman, es decir, simplemente, las cosas consumibles”<sup>275</sup>. Señala el Digesto que: “*Si pecuniae sit ususfructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat...*” (D. VII. 5. 5. §1), pasaje que se traduce como “Si se hubiera legado el usufructo de dinero o de cosas, que sirven para el consumo, y no mediara caución...”. Por tanto, el término debe emplearse en comunión con la clasificación de las cosas consumibles.

Por otra parte, en estricto sentido es dudosa la existencia de un *derecho de abuso*; los principios del derecho romano están enfocados a limitar el abuso del derecho, estableciendo el respeto por el derecho ajeno. No obstante, tampoco es posible aventurarse en la construcción de una teoría del abuso del derecho, pues en concordancia con las conclusiones de De Martino, la ausencia de límites al abuso del derecho da cuenta de la casi inexistencia de comportamientos que los solicitasen.

En el desarrollo de nuestro trabajo nos preguntábamos acerca del origen de la institución del *paterfamilias*, su poder soberano y los límites al mismo. La pregunta hizo que fuese necesario referirse a los orígenes de la familia y de las atribuciones de la misma en época arcaica, de lo cual se pudo concluir que los grupos familiares fueron anteriores a la *civitas*; en los mismos se otorgaba la soberanía a un jefe, cuyos poderes no eran equiparados a los de ningún otro individuo dentro del grupo. A pesar de ello, sus poderes no son absolutos, pues las costumbres, los preceptos religiosos, y en síntesis, los *mores maiorum*, imponían límites a su poder soberano, de lo cual dan cuenta los relatos históricos.

La libertad del *paterfamilias* existe frente a otros grupos, es decir, en cuanto a las relaciones externas, situación que se refleja principalmente en la autonomía para negociar; es un poder del cual está investido en tanto *pater*. Al interior del grupo familiar, los miembros están sujetos al poder del *pater*, pero las facultades del mismo están enfocadas principalmente a

---

<sup>275</sup> MIQUEL, Joan. Op. Cit. P. 167.

la administración y la defensa de la casa, imponiéndose ciertos límites a los poderes que se le han conferido sobre el patrimonio, pues éste último pertenece en la práctica a la comunidad, y por ende, el abuso estaría castigado con penas *sacrales*. Por lo anterior, se dice que la muerte del *pater* no determina necesariamente una sucesión hereditaria, sino un cambio en la dirección del grupo.

A pesar de que se reserva un amplio campo de autonomía y libertad al *paterfamilias*, en las relaciones interfamiliares las costumbres se encuentran por encima de la voluntad de los particulares, de lo cual dan cuenta las formalidades religiosas en la celebración de los negocios jurídicos. Dicho formalismo ha sido interpretado por algunos autores romanistas, como una victoria de la sociedad sobre la voluntad particular.

El *ius*, entendido como derecho codificado (XII Tablas), confiere al *paterfamilias* un poder de soberanía, en el que se incluye la posibilidad de disponer de la vida de los hijos, mientras que los *mores* imponían deberes de piedad, justicia, tutela y defensa de la vida y honor de sus súbditos. Lejos de existir una contradicción entre tales postulados, ello demuestra cómo no era necesario que lo dispuesto por los *mores* constara “por escrito”; el *officium* y la *pietas* eran límites lo suficientemente poderosos, interiorizados en la conciencia social y en las costumbres. El emperador Adriano estableció el castigo al *paterfamilias* que matara al hijo “*nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*” (D. 48. 9. 5). De ésta decisión de Adriano, traída por el emperador Justiniano en el Digesto, se denota cómo los *mores maiorum* referidos a la piedad del *pater* son llevados a la categoría de norma, muestra de la decadencia de las costumbres de aquella época, en donde el legislador se ve en la obligación de llevar preceptos éticos que se encontraban en la conciencia del grupo, al nivel de norma.

La mayor parte de las limitaciones al abuso del derecho de propiedad, como ya hemos verificado, se encuentran en el *ius civile*. En el derecho posclásico se hicieron más evidentes debido a su positivización, pero en las costumbres y los *mores maiorum* ya existían límites, que al estar en el reproche público y la conciencia social, parecían tener mucha más eficacia. Por tanto, en época arcaica no era necesario explicitar las limitaciones al derecho, sino que bastaba con la fuerza de las costumbres.

En prueba de lo anterior, se expuso cuáles fueron las facultades de la censura, y la referencia que nos dejó Aulo Gelio (GEL. IV, 12) la cual demuestra la existencia de antiguas costumbres dirigidas al reproche social de la conducta de los particulares.

La esclavitud, institución tan controvertida y cara a la historia romana, es también un tipo de propiedad, y como tal, es de las que mayor número de limitaciones presenta. En ella confluyen las ideas sobre el poder del *paterfamilias*, sus implicaciones sociales, y el subyacente poder del estado y la comunidad como límite a sus atribuciones, impidiendo el abuso del derecho; la constitución de Antonino Pio representa la condensación de algunas ideas que probablemente ya estaban implícitas en el trato social: existe un límite al maltrato, mas no una teoría general sobre el abuso del derecho; los casos son examinados de manera particular. No había necesidad de una teoría del abuso, puesto que no era necesaria.

La tutela jurídica de la propiedad frente al poseedor (aún el de buena fe), a través de la *rei vindicatio*, no demuestra la existencia de un *individualismo*, sino simplemente un equilibrio realista entre intereses contrapuestos. Se da menos peso a la voluntad de los individuos, a las averiguaciones sobre las intenciones del sujeto, otorgándole mayor importancia a las categorías objetivas.

Pocas veces se dan actos con intención cierta de perjudicar al vecino, lo que nos lleva a concluir que existen límites impuestos por la conciencia social. Si dichos límites no fueron llevados a una doctrina (como la referida a los actos *ad aemulationem*), ello puede significar que tales problemas nunca tuvieron en la historia romana una relevancia suficiente.

Las *res religiosae*, y concretamente los sepulcros (los cuales no entran al patrimonio del sujeto) pueden ser un ejemplo de cómo las creencias religiosas tienen primacía sobre las instituciones jurídicas. Así pues, se destaca el hecho de permitir al sujeto hacer sepultura en una propiedad ajena contando con la autorización del propietario, pero aun cuando no se dé ratificación, el lugar se hace religioso: *In alienum locum concedente domino, licet inferre; et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit* (J. Ins. II, 6; D. I, 8, 6, 4). De lo anterior pudimos extraer otra limitación al poder del propietario, pues un acto religioso que no ha sido ratificado por el propietario del predio sobre el cual se ejecuta, tiene efectos jurídicos.

Mostramos cómo las tendencias filosóficas de las escuelas que se dedicaron al estudio del derecho romano dieron definiciones de la propiedad que se adaptaban a sus preconceptos, en especial las escuelas modernas, cuyos estudios sirvieron al movimiento de codificación de los siglos XVIII y XIX, y que dieron un carácter iusnaturalista al derecho de propiedad.

Se utilizaban ejemplos de las fuentes históricas para negar la existencia de la expropiación por pública utilidad: el de Augusto, que detiene la obra de un foro para no demoler ciertas casas que se encontraban en el territorio de la futura obra (SUET. Aug. 56), y el de Crasso, que no da permiso para que un acueducto pase por una de sus propiedades (LIV. XL, 51). Sin embargo, dicha interpretación sobre los citados ejemplos ha sido desvirtuada, dado que por una parte, Augusto quiere mostrarse respetuoso de la propiedad y de los derechos del pueblo romano, ganando así su favor de cara a las recientes turbulencias políticas originadas por su ascenso al trono como primer emperador; y por la otra, debe tenerse en cuenta que Crasso era un político prominente para la época (Comienzos del siglo II a.C.). Por tanto no son pruebas suficientes de la inexistencia de la expropiación, sino que dan cuenta de un juego de intereses políticos.

En época arcaica, una escasa parte del territorio estaba sometida a propiedad privada. Por ello, el interés público de limitar las acciones del propietario sobre la cosa es menor. Cuando existía un escaso número de propiedades sobre la tierra, y su extensión era así mismo menor, el Estado podía hacer cualquier obra pública sin recurrir a limitar los poderes del propietario privado. Cuando todo el territorio del Estado es objeto de propiedad privada, el interés de limitar la propiedad es mayor.



En el relato histórico que iba del año 133 al 27 a.C., se destacaron los ensayos de Tiberio Graco por limitar la posesión del *ager publicus* a 135 hectáreas, la cual, a diferencia de lo que contemplaba la *lex Licinia Sextiae de modo agrorum*, establecía además la expropiación por encima de tal límite. Se contempló además la existencia de un cuerpo de magistrados encargados de la asignación de tierras expropiadas (*triumviri agris dandis, adsignandis, iudicandis*), disposición truncada cuando a instancia senatorial las funciones judiciales del *triumviri* retornaron a los cónsules (129 a.C.).

Las críticas marxistas pretendían mostrar al derecho de propiedad romano como individualista e insolidario. Se afirmaba que el derecho romano obstaculizaba el camino de la civilización hacia formas más progresistas de la vida civil, por la fuerza de su despiadado individualismo. Contrario a esto, se ha demostrado que el derecho romano no ha desconocido la posibilidad de limitar el derecho de propiedad; ello sin necesidad de dar rodeos con especulaciones filosóficas o ideológicas, sino partiendo del simple análisis de las fuentes y las instituciones.

Se ha querido señalar por parte de algunos autores que el concepto de función social de la propiedad significó una superación del concepto romano de propiedad. La función social de la propiedad se ha definido como una limitación genérica sobre el derecho de propiedad, que impide que el individuo pueda usarla en forma disfuncional o contraria a los principios de la moral social media, y se traduce en limitaciones específicas al ejercicio del derecho e incluso en la imposición de cargas al propietario en función del bien común. Adecuado dicho concepto a los estudios de derecho civil en cada país, los doctrinantes han concluido que la jurisprudencia y la doctrina dieron un viraje en la interpretación del concepto de propiedad, superando el concepto romano al reemplazarlo por uno que reconoce una función social. Sin embargo, si bien en Derecho romano sería absolutamente anacrónico hablar de función social de la propiedad, el contenido de dicha institución, habida cuenta de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad, y el interés público (a veces político) que indudablemente se imponía a los intereses individuales, es suficiente para atenuar la contraposición entre el concepto romano de propiedad y el de función social de la propiedad.

Así mismo, se ha afirmado que las limitaciones al derecho de propiedad provienen de la influencia del cristianismo. Al respecto podemos citar ejemplos de tiempos anteriores al cristianismo referidos a las limitaciones del derecho de propiedad. Las XII Tablas permiten la entrada en el fundo del vecino en días alternos para recoger las bellotas propias que hayan caído en aquél (*interdictum de glande legenda*). Así mismo, las XII Tablas permiten también que se corten las ramas del árbol del fundo vecino que se proyecten sobre el propio hasta una altura de quince pies (*interdictum de arboribus coercendis*). De igual manera en el derecho arcaico se dispone que los predios inferiores deben recibir las aguas que afluyan de manera natural de los predios superiores. Para destruir las obras hechas con el fin de impedir o cambiar el curso natural de las aguas se concede la *actio aquae pluviae arcendae*.

En época de la República y del Imperio, mucho antes de la llegada del cristianismo, y con ocasión a la expansión de las ciudades, continuamente se imponen límites a la propiedad con ocasión al ordenamiento urbanístico, además de las servidumbres, de los cuales se citaron como ejemplos el senadoconsulto Hosidianum de *aedificiis non diruendis* (de época

del emperador Claudio, probablemente entre el 44 y 46 d.C.), y Volusianum de *aedificiis non diruendis* (año 56 d.C., durante el principado de Nerón) con disposiciones similares encontradas en el Digesto de Justiniano (D. XVIII, 1. 52).

¿Cómo, si no es con la existencia de un Estado anterior y superior a los intereses de la iglesia, podía explicarse la existencia de la expropiación por pública utilidad de los bienes de la misma iglesia? La Novela VII, Cap. 2, § 1 permite al emperador adquirir un bien de la iglesia permutándolo por otro cuando la utilidad pública lo exige, demostrando que el interés del Estado no sólo prevalece ante los privados, sino ante entidades tan fuertes como la Iglesia de aquél tiempo: “*Dejamos, pues, que si hubiera alguna conveniencia común, y que afecte a la utilidad de la república, y exija la posesión de alguna cosa inmueble tal, como hemos dicho, le sea lícito al imperio recibirla de las santísimas iglesias y de las demás venerables casas y colegios, conservándoseles siempre la indemnidad a las sagradas casas, y debiéndoseles compensar la cosa por el que la recibe con otra igual o aun mayor, que la que se dio (...)*”.

Hemos llegado al final de éste trabajo y la conclusión, tantas veces repetida a través de éstas líneas, y que no será otra cosa que el parafraseo de las conclusiones de Ourliac y Malaffosse, se resume en lo siguiente: El derecho a gozar y disfrutar de las cosas de la manera más absoluta, como ha llegado a los códigos actuales, puede ser un error, pero no es posible hacer responsable al derecho romano de tal equivocación. Es posible que los autores de las regulaciones civiles sirviesen a ideologías políticas y convicciones filosóficas y económicas particulares, pero de ningún modo la propiedad ilimitada, individualista, tiene asidero en el espíritu del derecho romano.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDAR, Jorge. *Curso de Derecho Romano Clásico I*. México, 2009. Publicación electrónica en [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/)
- AMBROSIONI, Carlos Ernesto. *Lecciones de Derecho romano*. T. II., La Plata, 1965.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1952.
- BARROW. R. H. *Los romanos*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 2013.
- BAUER, Wilhelm. *Introducción al Estudio de la Historia*. Traducción de la Segunda edición alemana y notas por Luis G. Valdeavellano. Cuarta Edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1970.
- BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. Volume Primo. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1947.
- BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Aguilar, Madrid, 1980.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Editorial Reus. Madrid. 1929.
- BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano: volumen secondo, La Proprietà*, Parte I. Giuffré Editore. Milano. 1966.
- BONFANTE, Pietro. *Las relaciones de vecindad*. Editorial Reus. Madrid. 1932.
- BRUNKHORST, Hauke. *Introducción a la Historia de las Ideas Políticas*. Título original: *Einführung in die Gerschichte politischer Ideen*. München: Fink, 2000. La edición utilizada, Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2004.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi. *La Struttura della Proprietà e la formazione dei "Iura Praediorum" nell'età Repubblicana*. Tomo I. Università di Roma. Milano. Dott. A. Giuffré Editore. 1969.
- CARCOPINO, Jérôme. *La vida Cotidiana en roma en el apogeo del Imperio*. Librería Hachette S.A. Buenos Aires. 1944.
- CARRETERO Sanchez, Santiago. *La Propiedad. Bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*. Universidad Complutense de Madrid. 1994.
- CLAUDE NICOLET. *Roma y la Conquista del Mundo Mediterráneo. 264-27 a.C. Las estructuras de la Italia romana*. Editorial Labor. Barcelona. 1982.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo; Aldunate Lizana, Eduardo. *Evolución Histórica del Concepto de propiedad*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. 2008, Consultado en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552008000100013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013)
- DE COULANGES, Numa Denys Fustel. *La ciudad antigua (La cité Antique)*. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1942.
- DE MARTINO, Francesco. *Historia económica de la Roma Antigua*. Akal editor. Madrid. 1985.
- DE MARTINO, Francesco. *Individualismo y Derecho romano*. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.
- DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione romana*. Vol I. Seconda Edizione. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1972.

- DECLAREUIL, Joseph. *Roma y la Organización del Derecho*. Editorial UTEHA. México, 1958.
- DI PRIETO, Alfredo. *Derecho privado romano*. Depalma. Buenos Aires. 1999.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho romano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.
- FERNÁNDEZ BARREIRO y JAVIER PARICIO. *Fundamentos de Derecho Privado romano*. Octava edición. Marcial Pons. Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. *Las constituciones colombianas comparadas*. Vol II. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1964.
- FUENTESECA, Pablo. *Derecho Privado Romano*. Fuenlabrada. Madrid, 1978.
- GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Sexta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.
- GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. *Propiedad Privada e interés público en la tradición romanística colombiana*. En: Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias. Vol. 3. Universidad Complutense. España, 1988.
- GREINER, Albert. *El genio romano en la religión, el pensamiento y el arte*. Editorial UTEHA. México, 1961.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado romano*. Tomo I. Editorial Jurídica Chile. Chile, 1996.
- HOMO, León. *Nueva Historia de Roma*. Editorial Iberia S.A. Barcelona, 1981.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Editorial Ariel, S.A - 14ª edición. Barcelona, 2002.
- IHERING, R von. *El Espíritu del Derecho romano*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2005.
- JIMENEZ SALCEDO, M. Carmen. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*. Publicaciones de la Universidad de Córdoba y obra social y cultural Cajasur. Córdoba, 1999.
- JÖRS, Paul. *Derecho Romano Privado*. Editorial Labor, S.A. España. 1937.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho romano*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1972.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. *Conferencias de Derecho Romano I*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Síntesis de las Lecciones explicadas en Cátedra por el Profesor Dr. Pedro Lafont Pianetta, para uso de los estudiantes de la Facultad y guía para la preparación de exámenes. 1971.
- Lex Boebia (Baebia?) agraria (F.E.) 111 a.C. Consultada en: <http://www.ancientrome.ru/ius/library/leges/agraria.html>
- MAYR, Robert Von. *Historia del Derecho romano*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1930.
- MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho civil*. Parte II Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978.
- MEDELLÍN FORERO, Carlos y Medellín Becerra, Carlos Eduardo. *Lecciones de Derecho Romano*. Decimoséptima Edición. Bogotá. 2013

- MIQUEL, Joan. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1992.
- MOLLÁ, M.A. Sonia y LLANOS, José María. *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesales*. Universidad de Valencia. 1992. El artículo es objeto de una comunicación presentada en el 46 congreso de SIHDA (Société Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité), celebrado en Amsterdam – Utrecht, del 20 al 26 de septiembre de 1992.
- MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma (Romische Geschichte)*. Editorial Aguilar. Madrid. 1956. Tomo I.
- MORINEAU IDUARTE, Marta. *Derecho romano*. Cuarta edición. Oxford University Press México. 1998.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa. *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*. Tesis Doctoral. Universidad de Huelva. España, 2013.
- NICOLINI, Ugo. *La proprietà, il principe e l’espropiazione per pubblica utilità*. Dott. A. Giuffrè - Editore. Milano, 1940.
- NIETO CASTILLO, Santiago. *Metodología Jurídica e ideologías en el Derecho. Sobre la influencia de la ideología en los ámbitos de aplicación del derecho*. En “Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La Enseñanza del Derecho”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2007.
- ORTIZ MÁRQUEZ, Julio. *Comentarios a las Instituciones de Gayo*. Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1985.
- OURLIAC y J. MALAFFOSSE. *Derecho romano y francés histórico*. Tomo II, Barcelona, Bosch, 1961.
- PETIT, Eugene. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa. México, 1988.
- Programa del partido Nacional Socialista Alemán de los trabajadores. Consultado en: <http://www.carpetashistoria.fahce.unlp.edu.ar/carpetas-2/fuentes/fascismo-y-nazismo/el-programa-del-partido-nacional-socialista-aleman-de-los-trabajadores-nsdap>
- RICCOBONO, Salvatore. *Roma, madre de las leyes*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1975.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Tratado de la posesión según los Principios del Derecho Romano*. Edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, S.L. Granada. 2005.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Bosch, Barcelona. 1960.
- SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho romano*. Civitas Ediciones. Madrid, 2000.
- SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*. Attilio Sampaolesi- Editore. Roma. 1928.
- SCONDA, Mariana Verónica. *Principio de inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 24. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013.
- SOHM, Rudolph. *Instituciones de Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*. Ediciones Coyoacán. México, 2006

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. *Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium – Nexus*. Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, no.1, janeiro-abril, 2016.
- TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. Seconda edizione. Giuffré Editore. Milano. 2013.
- TORRENT, A. *Manual de Derecho Privado romano*. Zaragoza, 1995.
- TOUTAIN, Jules Francois. *La economía antigua*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. México, 1959.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Privado romano*. Señal Editora. Medellín, 2008.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Origen, Desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Editorial TEMIS. Bogotá, 1982.
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1986.
- WEBER, Max. *Historia agraria romana*. Akal Editor. España, 1982.
- WICKHAM, Chris. *El Legado de Roma. Una Historia de Europa de 400 a 1000 (Título original: The Inheritance of Rome. A History of Europe from 400 to 1000. Penguin Books Ltd. 2009)*. Editorial Pasado y Presente. Barcelona, 2013.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas)*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1976.