

DE LOS STATUS DE LA PERSONA EN ROMA A LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aarón OYARCE-YUZZELLI*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La persona.- 3. Las personas naturales y jurídicas.- 4. Los status de la persona.- 5. Status familiae.- 6. Status civitatis.- 7. El status libertatis.- 8. El status social.- 9. El nasciturus.- 10. El Código Civil peruano.- 11. Derecho comparado.- 12. Evolución actual de los derechos humanos.- 13. Conclusiones.

1. Introducción

El presente artículo tratará sobre el concepto de persona en el derecho romano, desde su inicio con el *nasciturus*, concentrándonos en los *status* de la persona, tanto el social, *civitatis*, *familiae*, *libertatis*, así también un estudio de las personas jurídicas o morales existentes. Además analizaremos el concepto de persona en el derecho comparado y realizaremos una analogía con el derecho de personas en la legislación nacional.

La escuela pandectista alemana respecto del concepto de persona²¹², señala que el con-

cepto se vicia desde la raíz, con cada construcción moral y jurídica creada. La persona históricamente determinada; envés individualidad concreta, viene transferida al plano del empirismo o de la relatividad, entonces es reducido a una abstracción, o convertida en un sujeto fantástico. Pero el derecho natural es históricamente derecho de la persona, como individuo concreto y definido, no átomo irrelevante, o muñeco elaborado para ser exorcizado.

de un più minuto esame, è la natura delle persone, la reciproca relazione delle quali è capace di formare quel rapporto. Perciò qui si deve rispondere alla questione: Chi può essere soggetto di un rapporto giuridico? Questa questione è relativa alla possibilità di avere diritti, ossia alla capacità giuridica, non alla passibilità di acquistarli, ossia alla capacità di agire, della quale tratteremo più oltre in una delle seguenti sezioni“.

Este concepto primitivo de persona, puede recibir dos tipos de modificaciones del derecho positivo, limitativas y extensivas. En primer lugar se puede negar a cualquier hombre, totalmente o en parte, la capacidad de derecho. En segundo lugar, se puede ampliar la capacidad, a algo más allá del hombre, y así artificialmente poder crear una persona jurídica. (“*Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formula seguente: Ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Tuttavia questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, li-*

* Professor of International Law and Comparative Law at Universidad de San Martín de Porres, Lima. LL.M. Wake Forest University, Master in European Private Law, Università di Roma “La Sapienza”.

²¹² SAVIGNY al tratar el tema de la persona, expone un concepto primitivo, sujeto de derechos, coincide con el concepto de hombre. Esta unidad entre los dos conceptos se puede expresar bajo la siguiente fórmula: todo hombre, y solamente el hombre es capaz de poseer derechos. (O concepto de “*capacidade de direito*” é relativa apenas a possibilidade de ter direitos objetivamente no momento da relação jurídica e não equivale à capacidade de adquiri-los. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, p. 1: “*Ogni rapporto giuridico consiste nella relazione di una persona con un'altra persona. Il primo elemento di esso, che richie-*

2. Personas

En el derecho romano se conocían a dos clases de personas, las personas naturales, en ella se encontraba el concebido, el libre, el esclavo, el liberto, el ingenuo, el cives, el peregrino, el sui iuris, el alieni iuris, el patricio, el plebeyo, etc., y las personas morales, aquellas

mitative ed estensive, già accennate nella formula enunciata. Può cioè, in primo luogo negarsi a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica. Nella presente sezione si devono anzitutto fissare i limiti della persona intesa secondo il suo concetto primitivo o naturale, si devono poi esporre le duplici modificazioni, per le quali nel nostro diritto positivo questo concetto naturale è stato trasformato: SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, p. 1ss. La versión original en la obra de SAVIGNY usa "Rechtsfähigkeit" (capacidad de derecho) y "auf irgend Etwas" (alguna cosa), que SCIALOJA ha traducido al italiano como "capacità giuridica" y "ente".

Se observa que el jurista introduce como sinónimo de persona la realidad romana el concepto de sujeto de derecho, e introduce como característica de esta la capacidad de derecho. Al pasar al derecho actual el concepto de persona recibe modificaciones del derecho positivo a través de las limitaciones o ampliaciones de la capacidad del derecho, quebrando su entidad inicial y pasando a coincidir como concepto de hombre. (SAVIGNY distingue los dos momentos de aplicación del derecho romano por las modificaciones del derecho positivo, sin evidenciar que las categorías "sujeto" y "objeto de derecho", así como el elemento que distingue ("capacidad jurídica") su aplicación de los conceptos extraños a la realidad romana. El uso de esos conceptos demuestra lo inadecuado para la realidad y da como resultado su desvirtualización. Así se observa la desvirtualización de la realidad romana al tratar, por ejemplo, la capacidad de las mujeres, vol. II, p. 5 ss; del esclavizado vol. II, p. 31; de la capacidad jurídica y el hecho dentro del derecho romano vol. VIII, p. 166. Estos son apenas algunos ejemplos que se constatan con frecuencia en el "*Sistema del diritto romano attuale*". En ese sentido CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 168ss.: "si introduce la nozione di soggetto di diritto, estranea alle fonti e, quel che più conta, inadatta ad afferrare il dato storico, in quanto troppo generica per un lato (implica una astratta soggettività giuridica) e troppo ristretta per l'altro lato (implica una giuridicità isolata dalla religione e dalla morale)." La capacidad de derecho no es más del hombre, se vuelve un elemento distintivo de la persona, que se divide en dos clases: persona natural y persona jurídica. Sobre el concepto de persona ver también: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, TI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 272-274; donde Guzmán nos hace referencia a prosopon, cara o faz usada en el teatro como máscara en la representación de las obras.

creadas mediante ficciones jurídicas, ellas se dividían en personas morales o jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro. En cuanto a las personas jurídicas podemos señalar que los libros modernos de derecho romano no estudian a la empresa con fines de lucro, únicamente a las asociaciones, fundaciones, comité y el erario público.

El término persona es usado por los juristas clásicos con la significación exclusiva de *homo*. De este modo nos podemos remontar al derecho romano antiguo que nos brinda una de las primeras divisiones en el derecho romano sobre el derecho de las personas, la cual es dada por Gaio, quien señala que todos los seres humanos, incluso los esclavos, son llamados *personae* (ver D. 1.5.3 Gaio "Y así, la principal división del derecho de las personas es: "que todos los hombres son libres o esclavos". *Summa itaque de iure personarum divisio haec est; quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi*. Y Gaio 1.5.1. Todo el derecho que usamos, concierne o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. *Omne ius, quo utitur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*).

Gaio muy expresamente se ocupa, en su exposición concerniente al derecho de la esclavitud o, del *ius quod ad personas pertinet*, y habla, sin reparo alguno, de persona *servilis* (1.121) y de persona *servi* (2.187; 3.189). Ello no se opone a la concepción que se considere a los esclavos como *res corporales*, pues un esclavo es a la vez, persona y *res*. Los juristas romanos nunca equipararon al esclavo a un animal, ni esto era posible puesto que no cabía negar la aptitud del esclavo para realizar actos jurídicos²¹³. La frase de Ulpiano (D.50.17.32): "*Quod attinet ad ius civile servi pro nullis abetur*", ha sido extraída por los compiladores de un texto y no tiene alcance de una máxima legal²¹⁴.

²¹³ Dentro de los derechos que el esclavo poseía se encuentra el derecho al comercio y al matrimonio.

²¹⁴ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, p. 69.

Posteriormente, desarrolla la división “*alia divisio de iure personarum*” que consiste en que sean *sui iuris* o *alieni iuri subiectae* (1.48), comienza con señalar que *in potestate sunt servi dominorum* (1.52). No se podría desear afirmación más explícita de la pertenencia de los siervos al número de las personas, aunque resulte para los juristas algo natural que el siervo sea objeto antes que sujeto de derechos. Por el contrario, la exposición gaiana de personas no concede ni siquiera una mirada a las que nosotros llamamos personas jurídicas.

3. *Los status de la persona*

Dentro de los *status* de la persona²¹⁵ podemos mencionar que existían en época romana cuatro *status*, pero estos pueden ser adecuados a la era actual en sus diversas modalidades y manifestaciones: el *status social*, *status familiae*, *status civitatis*, *status libertatis*.

4. *Status familiae*

La familia²¹⁶ era la sede de la sacra privata en Roma, el *pater familia* era el líder religioso

²¹⁵ Sobre las nociones concretas del hombre y de persona ver: Sobre los feaciales ver: CATALANO, Pierangelo, *Diritto e persone I*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 167-169; *Homines. È questa la nozione principale del titolo V (De statu hominum) del libro I dei Digesta di Giustiniano, titolo che, terminata l'esposizione delle fonti normative, dà inizio ad una sintesi sulle materia private e pubbliche. Alla concreta nozione di homines sono connesse quelle, anche concrete, di liberi, servi, cives Romani, ingenui, libertini, qui in utero sunt, etc. il passo di Ermogeniano, che dà il motivodi fondo dell'ordine sistemático (Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit), non fa riferimento alla società, come alcuni hanno erroneamente ritenuto in anni recenti, bensì ai singoli homines nella loro concreta pluralità.*

²¹⁶ Sobre la familia en Roma ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 288-292; donde nos señala una familia *proprio iure* y otra *communi iure*. Donde la *proprio iuris* posee un pater en común.

La familia romana se relacionaba vía el parentesco, este podía ser o cognatica o agnaticia. La cognaticia era gracias a la sangre de los ancestros y los agnados, gracias a la voluntad del pater.

máximo en la familia. Por tanto todas sus órdenes eran de origen divino. Los pater familias son entonces médiums entre Dios y la familia. Al ser el pater familias el líder religioso en la familia, debía de crear dioses propios, privados. Generalmente eran a los ancestros muertos a quienes se los veneraban.

Al estudiar la familia debemos referirnos a Pietro Bonfante, famoso jurisconsulto romanista, quien señala que todas las instituciones del derecho provienen del derecho de familia, que con su evolución se han ido perfeccionando.

La institución básica en Roma era la familia²¹⁷, en ella existían dos clases de personas, aquellas *sui iuris* que se distinguían de las *alieni iuris subiectae* por su capacidad de derecho privado (o, en derecho justinianeo, por su plena capacidad de derecho privado).

Sui iuris

Los *sui iuris* son titulares de sus derechos y obligaciones propias, pero no que toda persona *sui iuris* puede disponer sin control de sus bienes con actos materiales y con negocios jurídicos.

Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto llamado *emancipatio*.

²¹⁷ La familia era la institución más importante en la sociedad romana, Roma impulsaba la formación y el mantenimiento de las familias, pero dotándole a éstas de características específicas y muy peculiares vista desde un punto actual. Entre las características más resaltantes podemos señalar la existencia de dos estatus de las personas dentro de la familia. El de *sui iuris* que era el del *pater familias*, o *dominus*, aquel que poseía todos los poderes sobre aquellos que estaban bajo su dominio. Luego los *alieni iuris subiecta*, aquellos sujetos a derecho ajeno, al del *pater*.

El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad (veinticinco años). Esta condición sólo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio romano (D. 50.16.95.5) la mujer es cabeza y fin de su propia familia: *mulier familiae suae et caput et finis est*. La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filius familias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *pater familias* viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona in *causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *nox*a por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía

Hay, por el contrario, muchas personas *sui iuris* en las cuales, por razones de edad o de sexo, de enfermedad mental o de tendencia al derroche, esta capacidad de obrar, falta o es limitada. A este respecto, el derecho romano clásico conoce muchas instituciones, que hacen que la voluntad de la persona sea, en relaciones personales y patrimoniales sustituida, integrada o controlada por la voluntad de otra, lo que sucede en interés del incapaz, ora en el de la familia (propio o *cummu-ni iure*) a que pertenece, para todas las formas de actividad privada o para todos los actos jurídicos, ora solamente para algunas categorías, o en forma permanente u ocasionalmente. Las diversas situaciones son reunidas bajo los nombres de tutela y curatela; la diferencia entre una y otra, por lo menos en la época clásica, está en que mientras la primera, aplicada a los impúberes y a las mujeres tiene, entre otros (o exclusivamente), el fin de asistir al tutelado en el acto en que él mismo declare su voluntad, la segunda, aplicada a los dementes y a los interdictos por proga-

lidad, da lugar a una representación del incapaz por parte del curador²¹⁸.

La hipótesis en que la persona *sui iuris* puede ser sujeta a tutela y a curatela no merecen particular descripción por lo que respecta al sexo (*tutela mulierum*) y la prodigalidad (*fura prodigi*). En cuanto a las enfermedades mentales, corresponde advertir que el texto de la XII Tablas de donde parte es desarrollo histórico, se refiere al loco excitado (*furiosus*).²¹⁹

²¹⁸ Sobre la estructura de la familia ver: BIONDI, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 551ss; nos trata sobre la familia como la estructura básica de la sociedad así como lo señalaba BONFANTE en su clásica obra, ver BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolense, Roma, 1926; donde señala que la familia es el eje central de la propiedad, con el *pater familias* como único *sui iuris*. El *status familiae* era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ella se podía ocupar influía sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y *sui iuris*, y se encontraba reducida cuando era *alieni iuris*. Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto llamado *emancipatio*.

El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad (veinticinco años). Esta condición sólo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio romano (D. 50.16.95.5) la mujer es cabeza y fin de su propia familia: *mulier familiae suae et caput et finis est*. La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filius familias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *pater familias* viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona in *causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *nox*a por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía.

Debemos señalar que las familias en Roma eran agnaticias por línea paterna, cambiando luego gracias a la religión cristiana a familias cognaticias o unidas por el vínculo de sangre.

²¹⁹ ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1973, p. 556.

El pater familias

El pater poseía todos los poderes en la familia, inclusive el de líder religioso máximo, por tanto todas sus decisiones debían ser obedecidas, inicialmente sin ninguna revisión, esto hasta la aparición del consejo de familia, quien regulaba las desiciones del pater familias en segunda instancia.

Entre los poderes que poseía el pater se encontraba, el dominio²²⁰, la manus²²¹, la potestas²²², la propiedad²²³, el *ius vitae ac necis*²²⁴ sobre sus alieni, y además era el líder de la sacra privada en la familia, entonces se convertía en el líder político religioso máximo en la familia, es entonces el médium entre dios y la familia. Por ello los miembros de la familia no podían cuestionar sus órdenes.

Las mater familias, podemos indicar que en el derecho romano las mater familias no eran una institución muy usual, visto que la figura del pater era necesaria, pero en situaciones especiales podía existir, por ejemplo el caso de accidentes donde la única sobreviviente en la familia sea la mater.

Los alieni iuris subiectae

Los *alieni iuris* eran los que se encontraban bajo el dominio o la manus del pater familias. También llamados *alienae potestati subiectus*, es ante todo el *filius familiae*, descendiente legítimo o adoptivo de un pater que vive, sin ningún límite de edad, la mujer que al contraer matrimonio se ha sometido a la manus, como es esencial en el derecho más antiguo y como todavía excepcionalmente se practica hacia el fin

²²⁰ El *dominio* era el poder sobre el esclavo.

²²¹ La *manus* era el poder sobre los alieni.

²²² La *potestas* era el poder sobre los alieni.

²²³ La propiedad era exclusiva del pater.

²²⁴ El *ius vitae ac necis* era el derecho de vida o muerte sobre los alieni.

de la República y en los primeros siglos del Imperio; finalmente, las personas in causa mancipii, hombres libres que por razones especiales, como delitos, o garantía de obligaciones del pater familias de quién dependen, han sido transferidos a extraños en situación casi servil.

Entre los *alieni iuris* podemos mencionar: todos los miembros de la familia en línea paterna, los adoptados, los adrogados, las esposas de los hijos, nietos, bisnieto, e inclusive los esclavos. Todos ellos era parte formante del peculio de la familia.

Status permutatio

Los romanos podían variar de status, de *sui iuris* a *alieni iuris*, cuando el *sui* devenía en incapaz y debía ser sustituido por el siguiente mayor en edad en línea paterna. De *alieni iuris* a *sui iuris*, se convertirá cuando el alieni sea emancipado. El emancipado formará su propia familia y se convertirá en el pater. Los romanos restringían la emancipación, debiendo ser esta una ceremonia pública ya que significaba la disminución del peculio del pater.

5. *Status civitatis*

La ciudadanía fue un derecho máximo en Roma, como lo es actualmente, aquellos que eran *cives* poseían derechos que aquellos extranjeros no. Este tema cobra importancia actualmente vista la situación que los migrantes ilegales en países extranjeros, como Estados Unidos y los 27 pertenecientes a la Unión Europea, cuyo status de ilegalidad los convierte en violadores de la ley, y por ende sujetos a detención y expulsión del país.

En el *status civitatis* las personas podían ser o *cives* romanos o peregrinos, cada uno de ellos con derechos diversos y muy diferenciados. Desde el uso del *ius civiles* de manera ex-

clusiva y excluyente por los *cives* y del *ius gentium*. Según este status el *cives* contaba con todos sus derechos pero dentro de los otros *status* como el *familiae* o el social.

Los Cives

Era *cives* aquel que poseía la nacionalidad romana, que podía adquirirla vía *ius sanguinis*, o derecho de sangre, al poseer algún ancestro con sangre romana²²⁵, o por derecho de suelos, *ius soli*, por haber nacido dentro del territorio romano. Los peregrinos no podían regirse por el *ius civile* romano, ellos debían de regirse por derecho distinto, se regían bajo el *ius gentium*. El *ius civiles* era únicamente y exclusivamente para los *cives* romanos. Esto demostraba que existía una discriminación en cuanto al trato al extranjero en Roma²²⁶.

En un sistema de Derecho privado clásico es un Derecho que no tiene carácter territorial, sino que se aplica solamente a los ciudadanos romanos. Para comprender rectamente el alcance del llamado principio de la personalidad, es forzoso que nos refiramos a la estructura del Imperio romano bajo el Principado.

El Imperio romano es un organismo federal integrado por el Estado romano y por sus aliados libres. El estado romano comprende, geográficamente, el territorio directamente sometido al *imperium* de los magistrados romanos; personalmente comprende los ciudadanos romanos y aquellos extranjeros (*peregrini*) que son súbditos del Estado Romano.

Los peregrinos o extranjeros

Los peregrinos eran los extranjeros, quienes eran llamados también *hostis*²²⁷. Los peregrinos no poseían la nacionalidad romana, por tanto no gozaban de los derechos de un ciudadano, como eran: a) derecho a utilizar el *ius civilis*; b) *ius suffragii*; c) el *ius honorum*; d) el *ius connubii* con ciudadana romana, e incluso el derecho a la propiedad. Por tanto podemos señalar que el peregrino se encontraba bajo un status distinto que aquel del nacional.

Son llamados *peregrini dediticii* según Gaio 1.14. El estado romano concedía a éstos el derecho a vivir en comunidades que tuvieran su propio territorio, su propio derecho y su propia administración, hallándose sometidos a la permanente vigilancia e intervención

²²⁵ Sobre los derechos de un romano versus los derechos de un extranjero, véase: Hechos de los apóstoles, donde Saulo de Tarso se convierte al cristianismo, así cambia de nombre a San Pablo, quién se dedicó a predicar la palabra de Dios en zona prohibida, pero cuando era detenido, no invocaba su nacionalidad, exigiendo la presencia del pretor, a quien confesaba su nacionalidad romana. Al ser romano y al no habersele leído sus derechos, ni indicado los cargos para su detención, él tenía que ser dejado en libertad por haber incumplido los procedimientos regulares para la detención, y violado los derechos al debido proceso que el ciudadano romano poseía.

²²⁶ El peregrino o extranjero era considerado *hostis*, hostil, el enemigo eterno de Roma. Lo podemos apreciar en la Ley de las XII Tablas que nos menciona: *peregrino aeternam hostis est*. Teoría derivada de la teoría de la hostilidad en su tercer nivel, aquel donde una vez creado el Estado, el rex debía redirigir la violencia hacia fuera del Estado, y lo que hacía era redirigirlo hacia el extranjero. Eso unificaba a los romanos, el poseer un enemigo en común, identificable y diferente a ellos. Esto significaría que las relaciones regulares entre los Estados era la relación de guerra.

²²⁷ El extranjero en Roma era llamado también *hostis*, palabra que proviene de *hostil*, lo cual se puede demostrar con lo escrito en la Ley de las Doce Tablas: *peregrino aeternam hostis est*. Este trato *hostil* hacia el extranjero se explica a través de la teoría de la hostilidad natural que señalaba que el hombre era *hostil* consigo mismo, con el vecino en sociedad y con el extranjero en el derecho internacional. También se explica con la teoría del contrato social, que establece que cuando se crea el Estado, este se ve en la necesidad de redirigir la violencia interna hacia el enemigo natural que era el enemigo eterno; enemigo fácil de identificar y ante el cual toda la nación se uniría visto que se encontraban en lucha. Esta teoría del trato al extranjero como *hostis* es trasladada al derecho penal por Günter Jakobs, traducida al español por Polaino y traída a Latinoamérica por Zafaroni, donde nos indican que cuando la persona comete un delito altamente lesivo, pierde su calidad de ciudadano y se convierte en extranjero, por ello el Estado lo tratará como enemigo en cuanto a la aplicación de sanción penal. Sobre el derecho penal del enemigo ver: Jakobs, GÜNTER, *El derecho penal del enemigo*.

de los gobernadores de provincia. *Peregrini*, súbditos del Estado romano que no fueran ciudadanos de tales comunidades (*nullius certae civitatis cives*) son llamados *peregrini dediticii* en el sentido estricto del término.

Los aliados de Roma fueron aquellas comunidades extranjeras que concluyeron con Roma una alianza permanente (*cives liberae*). No se hayan tales comunidades sometidas al gobierno de los *praesides* de provincias, y tenían territorio, Derecho y administración propios, reconocido todo ello en los correspondientes tratados.²²⁸ Las diferencias surgidas entre una *civitas* y el Estado romano fueron resueltas mediante negociaciones con éste último y aun cuando estas *civitates* no tenían un verdadero poder político, su libertad fue, por regla general, escrupulosamente respetada por el gobierno romano.

Finalmente hubieron *peregrini* que vivían fuera del imperio romano, pero que ocasionalmente visitaban el territorio de Roma.

El Derecho privado romano se aplicaba a los ciudadanos romanos dondequiera que éstos vivan dentro del Imperio romano. Los ciudadanos romanos están obligados a observar las normas de Derecho de Roma y comparecen ante un Tribunal romano son estas las normas que le son aplicadas.

De acuerdo con el principio de personalidad, el Derecho privado romano no se aplica por regla general, a los peregrinos. Los ciudadanos de una comunidad provista de autonomía (*civitates liberae* o *quasi liberae*), tenían, por supuesto, sus propios tribunales que decidían de acuerdo con el Derecho peregrino. Luego aparece la figura del un magistrado especial que es el *praetor inter peregrinos*, en-

cargado de resolver cuestiones surgidas entre peregrinos o entre peregrinos y romanos, sería esta institución del *praetor inter peregrinos* el inicio del Derecho Internacional Privado junto a la figura de los *recuperatores*.

Algunos peregrinos disfrutaban de un status privilegiado pues tenían el *ius commercii et conubii* o uno de éstos.

Situación intermedia entre los ciudadanos romanos y los *peregrini* ocupaban los *Latini*. Éstos no son ciudadanos romanos pero tampoco peregrini en la significación oficial de estas palabras. Los antiguos *Latini* (*prisci Latini*) italianos, habían ya largo tiempo dejado de existir, al convertirse, después de la guerra social, en ciudadanos romanos.

Teorías para la adquisición de la nacionalidad

La nacionalidad puede ser adquirida de dos modos, originaria y derivada, los cuales explicaremos a continuación²²⁹:

Originaria

La teoría originaria nos señala que la persona adquiere la nacionalidad romana al momento del nacimiento o de la concepción, desde el origen de la persona. Esta teoría posee dos sub teorías:

Ius sanguinis

Será romano por sangre quien posea ancestros romanos, sin importar el lugar geográfico de nacimiento.

²²⁸ Ver sobre este punto OYARCE YUZZELLI, Aarón, "El Derecho Internacional en Roma", *Vox Iuris*, N° 13, Universidad San Martín de Porres, Lima, 2005.

²²⁹ La nacionalidad actualmente se adquiere utilizando las mismas teorías que existieron en el derecho romano, podemos ver la ley de nacionalidad peruana.

Ius soli

Será ciudadano romano por suelo, toda aquella persona que naciere en territorio romano sin importar la sangre de los ancestros.

Derivada

Vía derivada se adquiría vía un hecho posterior al origen de la persona, posterior al nacimiento. Entre las formas derivadas más importantes podemos mencionar: *a)* residencia²³⁰; *b)* matrimonio²³¹; *c)* servicio militar²³²; *d)* acto heroico; *e)* adopción; *f)* adrogación²³³; *g)* guerra²³⁴; *h)* edicto imperial²³⁵.

²³⁰ La residencia debe de ser permanente, quiere decir un poseer un status migratorio de residente migratorio, no contaría para ello la permanencia ilegal en un territorio.

²³¹ El matrimonio debía de ser entre romano y extranjera, ya que el matrimonio entre romana y extranjero estaba prohibido, si contraía nupcias perdía la nacionalidad romana. Esta prohibición se evidenciaba en el Codice Civile Italiano que señala que no solo la madre pierde la nacionalidad, sino que amplía esa sanción hacia sus hijos, señalando que los hijos no tendrán derecho a adquirir la nacionalidad italiana.

²³² Como sucede actualmente, todo aquel que servía en la milicia romana adquiría el derecho a la nacionalidad por el honor de haber defendido a Roma. Actualmente todo ciudadano extranjero, legal o ilegal puede servir en territorio de los Estados Unidos o de país perteneciente a la Unión Europea, y luego de un año adquirirá la nacionalidad. En caso de muerte, la nacionalidad la heredarán los hijos y la esposa, si no posee hijos o esposa la heredarán los padres o hermanos. Esta ley ha sido promovida en Europa visto que ya no existe la leva compulsiva y para no poseer un déficit de soldados han establecido que 04% de extranjeros puede servir en los ejércitos.

²³³ La adrogatio era la adopción del adulto, generalmente la adopción del extranjero, quien para poder acudir a proceso ante un pretor urbano se hacía adoptar por un *sui iuris* romano para que el comparezca en el proceso.

²³⁴ El derecho del vencedor sobre el vencido en la guerra era el matarlo, luego la guerra se vuelve piadosa, *bellum iustum et pius* podía esclavizarlo. Todos los ciudadanos extranjeros hechos prisioneros por los romanos, con el paso del tiempo se convertirán también en romanos. En el caso peruano lo podemos apreciar en la guerra con Chile, donde siendo los chilenos los vencedores dejaron a los peruanos de Arica la opción de decidir qué nacionalidad optar, la peruana o la chilena.

²³⁵ El *rex* romano se encontraba facultado a naturalizar a los extranjeros que se encontraban en territorio nacional como

Status libertatis: libres y esclavos

El nacimiento de un hombre que por derecho moderno es suficiente para que se le tenga como sujeto de derecho, no basta al mismo efecto para el derecho romano, dominado como está por la distinción entre libres y esclavos.

En el status libertatis la persona en Roma podía ser o libre o esclavo.

libre

La persona era libre si nacía de padres libres.

Esclavo

Era esclavo aquel que nacía de padres esclavos. Podía a su vez variar de status,

Status permutatio

Significaba que el esclavo por distintos factores podía convertirse en libre, y de libre a esclavo, por motivos de deuda, delito, sustraerse al seno, escapar de la guerra. De esclavo a libre: por acto heroico, por manumisión, o vía testamento. El esclavo liberado era liberto, y el esclavo nacido libre era ingenuo.

Común a todos los pueblos antiguos, y por eso definida como institución del *ius gentium* (en el sentido más amplio), la esclavitud no tuvo, sin embargo, gran relieve en los orígenes de Roma: no sólo los esclavos faltaban en la familia plebeya, cuyos miembros libres (mujer, hijos y nueras) bastaban para ayudar

evolución lógica de las conquistas romanas, donde los extranjeros ya vivían en Roma por largo tiempo y eran más romanos que extranjeros. El emperador *Caracalla* es un ejemplo de este poder del emperador quien concede la nacionalidad a todos los extranjeros sin importar el tiempo de residencia en Roma.

al *pater familias* en el cultivo de todo el fundo, sino que también el antiquísimo patriciado había recurrido con preferencia a los servicios de clientes, es decir, de plebeyos que se hacían conceder por las grandes familias la posesión precaria de tierras.

Sólo como consecuencia de las guerras victoriosas, la cautividad de guerra, que fue siempre la principal fuente de esclavitud, introdujo en la familia romana este elemento nuevo con tanta frecuencia como para sentirse la necesidad de dar a los hijos de la familia, para distinguirlos, el nombre de *liberi*. Pero la mayor difusión de la esclavitud se tuvo en los últimos siglos de la República, y en los primeros del Imperio: las grandes masas de prisioneros que procedían de las guerras trasmarinas, más la concurrencia de los de Asia Menor y a consecuencia del lujo desenfrenado de las clases pudientes, hicieron que los esclavos adquirieran en la metrópoli el predominio numérico, y que el trabajo servil llegase a eliminar al trabajo libre. Para impedir que el predominio numérico se transformara, a través de las frecuentes concesiones de libertad (*manumisiones*) el predominio político de esta masa cosmopolita advenediza sobre los ciudadanos romanos, fueron necesarias normas restrictivas de las manumisiones bajo el reino de Augusto.

Entre las formas más comunes de adquirir la manumisión es a través del testamento a la muerte del patrón o el caso del postliminio (el regreso del ciudadano romano que estuvo prisionero por otra nación).

Veamos ahora la diferencia entre ingenuos y libertos, ingenuos son los que han nacido libres y permanecen siempre como tales; libertos son los que nacieron esclavos o de cualquier manera sufrieron una *iusta servitus*, de la que fueron liberados. La inferioridad de la posición de los libertinos actúa sobre todo en el campo del derecho público en el sentido de exclusión de determinados cargos.

6. *El status social*

Status social: los romanos podían ser o patricios o plebeyos.

Los patricios

Los patricios eran los descendientes de Rómulo y Remo, aquellos de la nobleza romana. Ellos eran los únicos que poseían el derecho a la propiedad, a conocer la ley, a ocupar cargo público, *ius honorum*, a ejercer el derecho al sufragio, *ius sufragii*.

Los plebeyos

Los plebeyos son aquellas personas que no descendían de los nobles romanos, ni de Rómulo y Remo ni de sus dependientes. Carecían de derechos, como: a) a la propiedad; b) al *ius honorum*; c) a conocer la norma; d) al sufragio, etc. inclusive existían prohibiciones del derecho de familia, como el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Debemos de señalar que la adquisición de los derechos por parte de los plebeyos ha sido progresiva a lo largo del tiempo, siempre con la gran influencia del cristianismo²³⁶.

Luchas sociales

Entre las principales luchas sociales plebeyas para la adquisición de derechos en Roma podemos mencionar:

La primera lucha social fue para poseer un tribuno que los represente, visto que los

²³⁶ Los plebeyos inicialmente para adquirir sus derechos a través de la historia han debido de realzar revoluciones. Las luchas la realizaban replegándose fuera de Roma, se replegaban en Montesacro, y no regresaban hasta haber conquistado un derecho.

tres tribunos elegidos para cada tribu, representaban los derechos de los patricios. Es por ello que se crea un *tribuno plebis* para que defienda los derechos de los plebeyos. Este *tribuno plebis* es el origen del defensor del pueblo.

La segunda lucha social fue aquella por tener *ley cierta*, visto que toda normatividad creada era mantenida en secreto por los colegios sacerdotales. La primera norma pública creada en Roma era la *Ley de las XII Tablas*, la cual da origen a dos principios principales, la publicidad y la legalidad.

La tercera lucha fue por la adquisición del *derecho de propiedad*, la cual es concedida a través de la *usucapione*, que consistía en la adquisición de la propiedad por parte de los plebeyos con el paso del tiempo de las tierras que cultivaban, para ser propietario de las tierras había que trabajarlas por dos años, y únicamente se podían prescribir los terrenos públicos, el *ager publicus*, visto que la propiedad privada era sagrada e imprescriptible. Contrario a lo que suceda actualmente.

La cuarta lucha social fue por la adquisición del derecho al sufragio, *ius suffragii*, visto que únicamente poseían este derecho los patricios, dejando sin posibilidad a los plebeyos de poder elegir a sus autoridades.

La quinta lucha social era por la adquisición del derecho a ocupar cargo público, derecho llamado *ius honorum*, derecho alcanzado con la ley Olgurnia.

7. *El status del nasciturus*

Sobre la condición jurídica de los sujetos por nacer (*nasciturus* o concebido) se pueden individualizar, en edad contemporánea, dos filones de pensamiento jurídico: el primero, con fuerte inspiración justiniana, que carac-

teriza gran parte de el área ibérica (y resiste, también en la interpretación sistemática del Código Civil brasileño), el segundo, de origen pandectista alemán, que encuentra expresión en el Código Civil italiano. En la individualización de estas dos tendencias de pensamiento jurídico se llega a través de un análisis comparativo conducido en dos niveles, netamente distintos en su interconexión: aquel de las palabras y de los conceptos y aquel de los principios y de la reglamentación (los dos niveles corresponden a los últimos dos títulos del Digesto de Justiniano: de *Verborum significatione* y *De diversis regulis iuris antiqui*). Tal análisis consiente distinguir y conectar las conceptualizaciones (las que podemos definir como “concretas” y “naturalísticas” contra las “abstractas” y “positivísticas” y las elaboraciones de principios (de la “paridad ontológica” entre el concebido y el nacido contra aquella de una excepcional parificación legislativa).

No obstante las conceptualizaciones abstractas, la fuerza del sistema jurídico latinoamericano tiende a mantener o a afirmar nuevamente la expresión de la realidad concreta de los concebidos, continuando así la tradición ibérica. No puede ser subvalorado el riesgo de la disolución del concepto concreto de concebido, por imitación de las doctrinas o terminologías europeas.

A pesar del prestigio de la Pandectística, la doctrina que caracteriza desde el siglo pasado al sistema latinoamericano ha querido usar el término “persona” en defensa del ser humano concreto desde el inicio de la concepción. Esto es evidente en Teixeira de Freitas; basta recordar el *Esboço del Código Civil*: art 53 “sao pessoas por nacer as que, nao sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”, y la nota del artículo 221, donde el jurista brasileño critica la teoría de la ficción de Savigny, también sobre la base de los textos romanos que “[...] reconhecem a realidade as-

semelhando o nascituro, ao filho já nascido; *qui in utero sunt, in totot pene jure civili intelleguntur in rerum natura esse*” (Giuliano D. 1.5.26). La más grande negación legislativa a la definición de concebido como “persona futura” se ve también en el Código de Vélez Sarsfield, artículos 63-64, que sigue a Teixeira de Freitas utilizando envés el concepto de “persona por nacer”.²³⁷

La doctrina latinoamericana se pone en una línea de continuidad con los conceptos y principios de las *Siete Partidas*: Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprouchase ende, bien assi como si fuesse nascida: mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona o su persona, o de sus cosas, no le emesce” (*Cuarta partida*, Tit. XXII, Ley III).

El refuerzo del uso del término “persona” a defensa de los concebidos es hoy una tarea común para los romanistas y los civilistas.

En la terminología existe una línea que va desde la edad Republicana a aquella del principado (*interpretatio* clásica de las *Doce Tablas*: Sabino) hasta el siglo XVIII (las *Pandectas* reordinadas por Pothier); el término técnico es *qui in utero sunt*, “Aquellos que están en el utero”.

Expresiones menos o más tardías, como *conceptus, liberi nodum nati, qui nasci speratur* se encuentran reflejados en algunos códigos modernos como el Código de Napoleón y el Código Civil español (art 29 “concebido”) en el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* y en el Código Civil de Austria (ABGB aer. 22 “ungeborene Kinder”) en el Código Civil de Brasil (art. 4 “nasciturus”).

²³⁷ Ver sobre el *curator ventris*, Ravinovich, primer *curator ventris*, Argentina 2005.

Son conceptos a los cuales en el plano normativo puede corresponder (y corresponden en los ejemplos mencionados, de modo diverso) la paridad entre el concebido y el nacido. Se leía en las *Pandectas* reordenadas por Pothier “aquellos que están en el útero materno, visto que en todo el *Ius Civile* son reputados como existentes”. Del Tribunato nos viene la explicación en el artículo 725 del *Code Napoléon* (donde se afirma implícitamente que el concebido “existe”): “l n’est pas nécessaire que l’individu soit né pour être habile á succéder; il suffit qu’il soit conçu, parce que l’enfant existe réellement dès l’instant de la conception, et qu’il est réputé né lorsqu’il y va de son intérêt, suivant la loi...” (D.5.4.3; 1.5.7; 26.37.9.10).

Obviamente la utilización de conceptos concretos pueden no conducir a la afirmación de la paridad, sobretodo cuando se sobrepone conceptos abstractos propios de la doctrina moderna, como sucede, por ejemplo, Savigny y Windscheid, que a pesar de usar constantemente el término *Kind* por el de concebido.

El concepto antiguo de persona, esencialmente concreto (el término indicaba un aspecto de cada hombre, fuese él o libre o esclavo), es usado por Justiniano, a propósito de concebido en materia hereditaria (C. 3.28.30.1 “*personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam*”). Gaio (2.241), a diferencia del *postumus suus* (admitido en la sucesión legítima en base a las 12 Tablas). Es conocido el desarrollo justiniano sobre el *postumus alienus* (I.3.9 pr. “*quasi et iure civili non incognitus*”; significativo término es *eoike*, por el derecho más antiguo o el de “*incertis personis*”).

La continuidad de esta tradición conceptual se mantiene en el área ibérica también en el siglo pasado. Un ejemplo es el *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche (utilizó la nueva edición, de 1888, contiendo también un cuadro sinóptico “con arreglo a la legislación peruana”, de

Antonio Flores de la Universidad de Lima): “Según el estado natural, se dividen las personas: primero en nacidas y concebidas o en el vientre de su madre”; “El hombre en su acepción general y considerado según el estado natural es o nacido o sólo concebido”; cfr. También las voces de “hijo póstumo” “nacimiento”.

De otro lado es característica de la edad moderna la elaboración de distinciones, de un punto de vista jurídico, entre los conceptos de “hombre” y “persona” se ve el reflejo de las instituciones de Álvarez (autor principal de la América hispánica de la primera mitad siglo XIX): “toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Como decía Savigny, el “concepto natura” de persona, idéntico a aquel de hombre recibe por modificaciones el derecho positivo, sean esta limitativas sea extensivas, pudiendo éstas también “extenderse a la capacidad a cualquier otro ente”. A tal positividad del concepto correspondiente a la sobre posición de conceptos abstractos: sujeto de derechos, personalidad, capacidad jurídica, persona ficticia.

Surge la pregunta ahora (por ejemplo en la interpretación del *Code Napoléon*) si el “niño concebido” exista como persona. Tal vez en la doctrina alemana (y en la manipulación pandectística de las fuentes antiguas) mejor se notan las contradicciones debidas a la sobreposición de conceptos abstractos: entramos en la teoría de la ficción (formulada por Savigny, en referencia al D.1.5.26; 50.16.231) a la configuración del concebido como “persona jurídica” (Rudorff), hasta la construcción de los “derechos sin sujeto” (Windscheid). Correspondientemente viene a la codificación del imperio alemán.

Traducciones de las obras de Savigny y Windscheid, realizadas por ilustres romanistas italianos, aprofundieron la fractura conceptual entre concebido y nacido, introduciendo, allí don-

de los alemanes escriben Kind, la contraposición entre “feto” y “persona” (Scialoja), “feto” y “niño” (Fadda y Bensa). Paralelamente la doctrina italiana ha utilizado la palabra “nascituro” con un significado genérico impropio (contrario a la etimología y al sentido común): es decir no más similar a “concebido” y comprendente en vez, sobre la base normativa, también a los “no concebidos”. El uso del concepto de “capacidad jurídica” ha consentido al final el cambio estatualista del principio general justiniano en el Código Civil de 1942 italiano²³⁸.

Sobre la condición jurídica de los *nasciturus*, se pueden individualizar, en la actualidad, dos corrientes de pensamiento jurídico: el primero, con fuerte inspiración justineana, que caracteriza gran parte del área ibérica (y resiste, también en la interpretación del código civil brasileiro); el segundo, de origen pandectista alemán, que se plasma en el código civil italiano²³⁹.

El *Esboço del Código Civil*, art. 53: “*sao pessoas por nascer as que, ñao sendo ainda nascidas, acham-se porém, já concebidas no ventre materno*”, y la nota 221, donde el jurista critica la teoría de la ficción de Savigny, basándose en los textos romanos.

Entre otras citas al concepto de *nasciturus* podemos señalar: Juliano D. 1, 5, 26 *qui in utero sunt, in toto pene jure civil intelleguntur in rerum natura esse*. El Código civil argentino art 63-64 “persona por nacer”. Código napoleónico art. 725. Código civil brasileiro art 4.

²³⁸ CATALANO, *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, estratto dal n. 1/88

²³⁹ Sobre la figura del *nasciturus* ver: CATALANO, Pierangelo, *Rassegna di diritto civile, Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1998, pp. 45-65. Ver también: CATALANO, Pierangelo, *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, en *Diritto e Persone I*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 195-221.

D. 50, 16, 153 *intellegendus est mortis tempore suisse, qui in utero relictus est.*

8. Código civil peruano²⁴⁰

El código civil peruano señala: art. 1 “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

El art. 1 del Código Civil Italiano señala “*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento che nasca vivo*”.

El uomo sacer

El uomo sacer era aquel que se encontraba en una situación intermedia, no deseado en la tierra ni en el cielo, un desterrado en la tierra

La post liminium in pace

Post liminium in pace era la situación del militar, quien había acudido a luchar por

Roma, previo juramento de morir por defenderla y haber testado antes de su partida. Luego era hecho prisionero por el ejército enemigo pero liberado posteriormente, y de este modo retornaba a Roma. Se discutía en este caso si los actos jurídicos realizados eran válidos, si el nuevo matrimonio de la esposa era válido, y cuál era su condición, la de esclavo, la cual poseía en el extranjero, o la de libre que poseía en Roma.

Influencia de Jesucristo y los derechos humanos en los status de la persona

Jesucristo cuestiona a los status de las personas estableciendo que todos los hombres son iguales, creando un descontento en la población que ya iniciaba a dudar sobre si era divina o no la designación de los status tan discriminatorios para la persona. El ius naturalis tendrá mucha influencia también en el establecimiento del principio de igualdad.

9. Conclusiones

Podemos señalar que el concepto de persona es uno de los más estudiados desde todas las doctrinas, sea la helénica o la romanista que influencia su contenido a todos los conceptos de persona.

²⁴⁰ Sobre personas en el derecho peruano ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de Personas*, Grijley, 10ª. ed., Lima, 2007, pp. 1-22.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO-RUIZ

1973 *Instituciones de Derecho Romano*,
Buenos Aires, 1973.

BIONDI, Biondo

1939 *Instituzioni di Diritto Romano*.
Milano: Giuffrè, 1939.

BONFANTE, Pietro

1926 *Corso di Diritto Romano*. Vol I. *Famiglia*. Roma: Atilio Sampaolese, 1926.

CATALANO, Pierangelo

1990 *Oservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas, en Diritto e Persone I*. Torino: Giappichelli, 1990.1990 *Diritto e persone*. Torino: Giappichelli, 1990.1998 Pierangelo, *Rassegna di diritto civile, Oservazioni sulla persona dei**nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, Roma 1998.1998 *Oservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, estratto dal n. 1/88;

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2007 *Derecho de Personas*. 10ª. ed. Lima: Grijley, 2007.

OYARCE YUZZELLI, Aarón

2005 "El Derecho Internacional en Roma", *Vox Iuris*, Universidad de San Martín de Porres. N° 13, 2005.

SCHULZ

1960 *Derecho Romano clásico*. Barcelona, 1960.