



BRavo
GONZÁLEZ
Y
BRavo
VALDÉS

DERECHO ROMANO
PRIMER CURSO

EDITORIAL
PORRÚA
MÉXICO

AGUSTÍN BRAVO GONZÁLEZ
BEATRIZ BRAVO VALDÉS

DERECHO ROMANO

Primer Curso

VIGESIMONOVENA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO

DERECHO ROMANO

PRIMER CURSO

r

AGUSTÍN BRAVO GONZÁLEZ
BEATRIZ BRAVO VALDÉS

DERECHO
ROMANO

Primera edición, 1975 Primera edición en Editorial Porrúa, 1994

Derechos reservados © 2012, por
Agustín BRAVO GONZÁLEZ
Beatriz BRAVO VALDÉS
Calle Genaro García, Retorno 11, núm. 24
Col. Jardín Balbuena
15900 México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C. V. — 6
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-6899-6

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MÉXICO

In memoriam

Lie. FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ

Con nuestra gratitud a los señores

Lie. ROBERTO HOYO D'ADDONA
Lie. CÉSAR SEPÚLVEDA

Afectuosamente a los maestros:

Lie. MA. CELIA CASILLAS MONTES
Lie. BERNARDO E. GARCÍA GONZÁLEZ
Lie. RAQUEL SAG AÓN INFANTE
LIC. J. DE J. ÁLVAREZ DÍAZ
Lie. MIGUEL JIMÉNEZ PARRA Lie. J. A.
MORENO DE ANDA Lie. ENRIQUE F.
TORRES DE LA PEÑA Lie. CARLOS
VIEYRA SEDAÑO Lie. GUADALUPE
ALMEIDA LÓPEZ Lie. SABINO
VENTURA SILVA Lie. FAUSTO PEDRO
RAZO VÁZQUEZ Lie. JOSÉ FRANCO
MEJÍA

SIGLAS

bonorum possessio, posesión de los bienes.
Código de Justiniano.
Digesto de Justiniano.
Fragmenta Vaticana.
Instituía de Gayo.
Instituciones de Justiniano.
Novelas de Justiniano.
senadoconsulta.
Sentencias de Paulo.
Tabla.
Libro Único de las Reglas de Ulpiano.

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
LECCIÓN I	
CONCEPTOS GENERALES	
1. Concepto amplio y restringido del Derecho Romano; su importancia como disciplina jurídica.....	19
2. Estructura de los dos cursos de Derecho Romano .	20
3. Conceptos generales: La definición de <i>ius</i> (Derecho) por Celso, los <i>pra>cepta inris</i> —los preceptos de Derecho de Ulpiano—. Los valores jurídicos: justicia, jurisprudencia y equidad.....	22
4. Definición del Derecho Romano	30
5. Las fuentes del Derecho Romano	30
LECCIÓN II	
6. Estado social y económico bajo los primeros reyes	32
7. La <i>gens</i>	33
8. La familia	33
9. Los patricios	34
10. Los clientes	34
11. La plebe	35
12. La organización religiosa	35
LECCIÓN III	
13. El rey	38
14. El senado	40
15. Comicios por curias	40
16. La llamada reforma serviana	41
17. Los comicios centuriados	42
18. Caída de la monarquía.....	43
LECCIÓN IV	
19. El consulado y las magistraturas	44
20. <i>Concilla plebis</i> y tribunos de la plebe	45
21. Acercamiento entre patricios y plebeyos.....	46

22. Cambios económicos y advenimiento de una nueva división social 47
 23. Los Gracos 47
 24. Crisis de la República 48
 25. Los dos triunviratos 49

LECCIÓN V

26. El Imperio, Augusto 51
 27. Principado y autocracia 51
 28. Cambios económicos, religiosos y sociales 52
 29. Reformas de Diocleciano y Constantino 53
 30. División del Imperio 54
 31. La caída del Imperio Occidental 55
 32. Grandes rasgos de la historia del Imperio Oriental . 56

LECCIÓN VI

33. Concepto de historia externa del Derecho Romano 57
 34. Las *leges rogativae* 57
 35. La ley de las Doce Tablas, antecedentes, su forma-ción, reconstrucción y contenido 58
 36. Dudas acerca de su existencia 60
 37. Evolución de la ley mediante la *interpretatio* 61

LECCIÓN VII

38. Los tribunos 63
 39. Los plebiscitos 63
 40. Los senadoconsultos 64
 41. El edicto de los magistrados 66
 42. Dualismo del Derecho Romano 68
 43. El Edicto de Salvio Juliano 68

LECCIÓN VIII

44. La función de los jurisconsultos 70
 45. *Ius publice respondendi* 72
 46. Las escuelas proculeyana y sabiniana 73
 47. Concepto de escuela clásica, su duración y sus lases 74
 48. Principales jurisconsultos 75
 49. El caso de las Instituciones de Gavo 76

LECCIÓN IX

50. Las constituciones imperiales 78
 51. El Derecho Romano vulgar 80
 52. Compilaciones postclásicas: Códigos Gregorianos, Hermogeniano y Teodosiano 81
 53. La ley de Citas 82
 54. Las leyes romano-bárbaras 83

LECCIÓN X

55. La labor legislativa de Justiniano 85
 56. El *Corpus Inris Civilis* y sus partes 86
 57. Carácter y apreciación de la obra de Justiniano ... 88
 58. Cómo se consulta el *Corpus Inris Civilis* 89

LECCIÓN XI

59. Desarrollo del derecho justiniano en el Oriente . . 91
 60. El Derecho Romano en el Occidente desde la caída del Imperio Occidental 92
 61. La escuela de Bolonia. Glosadores y comentaristas 92
 62. El humanismo jurídico 95

LECCIÓN XII

63. Recepción del Derecho Romano y *ius modernus pandectarum* 98
 64. Iusnaturalismo y Derecho Romano 99
 65. El movimiento codificador y el Derecho Romano . . 100
 66. El Derecho Romano en la Edad Moderna 101
 67. El estado actual de la investigación romanística . . 102
 68. La influencia del Derecho Romano en nuestro derecho positivo 102

LECCIÓN XIII

LAS PERSONAS

69. Hombre y persona. Concepto 105
 70. Capacidad jurídica 105
 71. Clasificación de las personas 106
 72. Comienzo y extinción de la persona física (nacimiento y muerte) 107 "

73.	Evolución de la persona jurídica o moral	108
74.	Las corporaciones u asociaciones	109
75.	La fundación	110
76.	Los tres requisitos para la personalidad física y las tres <i>capitis deminutiones</i>	111
77.	La infamia	113

LECCIÓN XIV

LA ESCLAVITUD

78.	La esclavitud; su evolución en la vida social antigua	114
79.	Sus fuentes	116
80.	Sus efectos	118
81.	Su extinción	120
82.	Limitaciones legales al derecho del dueño	123
83.	La responsabilidad del dueño por actos del esclavo	123
84.	Limitación a las manumisiones	124
85.	Condición jurídica del liberto y los <i>iura patronatus</i>	127
86.	El colonato y su transición hacia el feudalismo ...	129

LECCIÓN XV

*LA CIUDADANÍA

87.	Los ciudadanos y sus prerrogativas	130
88.	Figuras intermedias entre la plena ciudadanía y la plena extranjería (latinos y peregrinos)	131
89.	Adquisición y pérdida de la ciudadanía	133
90.	La Constitución Antoniniana	134

LECCIÓN XVI

FAMILIA

91.	Familia. Concepto	136
92.	Matriarcado y patriarcado	137
• 93.	Parentesco: <i>agnado</i> y <i>cognado</i>	138
94.	Clases y grados de parentesco	139
95.	El poder del paterfamilias: sus diversas facetas . .	140

LECCIÓN XVII

96.	Fuentes de la patria potestad	142
97.	La filiación	142

98.	La evolución de la adopción. <i>Adrogatio</i>	143
99.	<i>Legitimario</i>	148
100.	Aspecto patrimonial de la <i>patria potestas</i> . Los peculios. Surgimiento de la capacidad patrimonial del filiusfamilias	150
101.	<i>Actiones adiectitix qualitatis</i> . Responsabilidad noxal	151
102.	Extinción de la patria potestad referida especialmente a la emancipación	••• 153

LECCIÓN XVIII LOS

ESPONSALES

103.	<i>Sponsalia</i> (Esponsales)	154
104.	El matrimonio en Roma	155
105.	Matrimonio <i>cum manu</i> y <i>sine manu</i>	155
106.	Definición del matrimonio según Modestino. Su crítica .	157
107.	Requisitos para contraer <i>instes nuptice</i> (matrimonio).	157
108.	Impedimento para celebrar el matrimonio	159
109.	Consencuencias jurídicas de las <i>insta? nuptice</i>	162
110.	Régimen patrimonial del matrimonio	163
111.	Disolución del matrimonio. El divorcio en tiempos de Justiniano	166
112.	Otras uniones matrimoniales. El concubinato. Su distinción de las <i>insta? nuptice</i>	168
113.	Legislación caducaría	169
114.	Influencia del cristianismo	169

LECCIÓN XIX

INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL INCAPAZ

115.	La tutela. Definición	171
116.	El tutor	172
117.	Clases de tutela	173
118.	Funciones del tutor. La <i>auctorilatis interpositio</i> y la <i>gestio negotiorum</i>	177
119.	Medidas represivas y preventivas a favor del pupilo	180
120.	<i>Actio tutela</i> - directa y contraria	183
121.	Fin de la tutela	183
122.	Historia de la tutela de las mujeres <i>tutela mulierum</i> .	183

LECCIÓN XX

123.	Concepto de curatela	185
124.	Clases de curatela.....	185
125.	Evolución de la <i>cura minorum xv annis</i> (La cura-tela de los menores de 25 años): a) la <i>lex Plaitoria</i> , b) la <i>in integrum restitutio</i> , c) la <i>curatela</i>	187
126.	Curatela de los pupilos	190
127.	Reglas comunes a las diferentes curatelas	190
128.	Curatelas especiales	191
129.	Comparación de curatela en el Derecho Romano y en el Derecho Civil actual	191

LECCIÓN XXI

PATRIMONIO

130.	Concepto de patrimonio	193
131.	Clasificación de las cosas (bienes)	193
132.	<i>Res divini iuris</i>	194
133.	<i>Res hwnani iuris</i>	196
134.	Subdivisiones de las <i>res privatm</i>	197
135.	Derechos reales y personales	200
136.	Esquema de derechos reales	202

LECCIÓN XXII

PROPIEDAD

137.	La propiedad. Concepto	203
138.	Terminología romana	204
139.	Limitaciones legales	204
140.	Propiedad quintaría o civil	205
141.	Propiedad bonitaria o pretoriana	206
142.	Propiedad provincial	207
143.	Propiedad de los peregrinos	207
144.	El problema de la <i>proprietas ad tempus</i>	208
145.	La copropiedad.....	208
146.	Extinción de la propiedad.....	209
147.	Protección jurídica de la propiedad	209

LECCIÓN XXIII

148.	Modos de adquirir la propiedad.....	211
149.	Modos originarios: A) La <i>oocupatio</i>	212

150.	B) La accesión.....	213
151.	Modos derivados de adquirir la propiedad: a) La <i>mancipatio</i> y la <i>in iure cessio</i>	217
152.	b) La <i>traditio</i>	219
153.	C) La <i>adjudicatio</i>	222
154.	D) La <i>usucapió</i> y la <i>longi temporis pccscriptio</i> .	223
155.	Su fusión en el derecho de Justiniano	226
156.	E) La <i>lex</i> . ,	227

LECCIÓN XXIV

POSESIÓN

157.	La posesión. Concepto y elementos	229
158.	Posesión y propiedad	230
159.	Clases de posesión	231
160.	Consecuencias jurídicas de la posesión.....	233
161.	Protección jurídica de la posesión.....	233
162.	Adquisición de la posesión.....	235
163.	Pérdida de la posesión.....	236
164.	La <i>quasipossessio</i>	237

LECCIÓN XXV

DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS

165.	<i>Iura in r,e aliena</i> . Esquema general. Concepto	238
166.	Caracteres y principios generales de las servidumbres	239
167.	Las servidumbres reales o prediales. Caracteres, su división	240
168.	Constitución de las servidumbres	243
169.	Extinción de las servidumbres	245
170.	Defensa procesal de las servidumbres reales	245

LECCIÓN XXVI

171.	Las servidumbres personales	247
172.	El usufructo	248
173.	Derechos del usufructuario	248
174.	Obligaciones del usufructuario	250
175.	Constitución y extinción del usufructo	251
176.	El quasi usufructo	252

177.	Otras servidumbres personales	253
178.	Defensa procesal de las servidumbres personales .	254

LECCIÓN XXVII

179. La superficie. Su desarrollo	255
180. Derechos y deberes del superficiario	255
181. Constitución, extinción y defensa procesal de la superficie	256
182. La enfiteusis. Su desarrollo	256
183. Derechos y deberes del enfiteuta	257
184. Constitución, extinción y defensa procesal de la enfiteusis	257

LECCIÓN XXVIII

185. Los derechos reales de garantía	259
186. La <i>fiducia cum creditore contracta</i>	259
187. El <i>pignus</i>	260
188. La hipoteca. Su concepto. Sus caracteres	262
189. <i>Interdictan! salvanum. Actio serviana. Actio quasi serviana</i>	264
190. Cosas susceptibles de hipoteca	264
191. Constitución de la hipoteca	265
192. Derechos del acreedor hipotecario	265
193. Conflicto entre acreedores hipotecarios	266
194. Extinción de la hipoteca	268
195. Defectos del sistema hipotecario romano	268

LECCIÓN XXIX

IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

196. Ideas generales acerca del ejercicio y de la protección de los derechos	270
197. Nociones acerca de los tres sistemas procesales civiles romanos	271
198. Desenvolvimiento del proceso	272
199. La <i>iurisdictio</i> y el <i>imperium</i>	275
200. <i>Index, arbiter, recuperatores</i>	276
201. Tribunales permanentes	277

LECCIÓN XXX

202. Sistema de las acciones de la ley	279
203. Examen de las cinco acciones de la ley	281
204. Desaparición de este sistema.....	284

LECCIÓN XXXI

205. Sistema del procedimiento formulario	285
206. Desarrollo de la instancia	286
207. La fórmula, sus partes principales	288
208. Partes accesorias de la fórmula	290
209. La <i>litis contestatio</i>	292
210. Las pruebas.....	293
211. La sentencia	294
212. <i>Indicium legitimum, iudicium imperium continens</i>	295
213. Medios de ejecución	296
214. Vías de recurso	296
215. Supresión del sistema formulario	298

LECCIÓN XXXII

216. El procedimiento extraordinario	299
217. Su comparación con el sistema formulario	299
218. La transformación del procedimiento extraordinario en el procedimiento judicial moderno	302

LECCIÓN XXXIII

219. Las acciones	303
220. Sus principales clasificaciones	303
221. Las acciones divisorias	311
222. Transmisibilidad de acciones	311
223. Concurso de acciones	312

LECCIÓN XXXIV

224. Las <i>exceptiones</i>	313
225. Principales clasificaciones	314
226. Principales <i>exceptiones</i>	315

LECCIÓN XXXV

227. El interdicto	317
228. Clasificación de los interdictos.....	318
229. El beneficio de competencia	321
230. Las medidas contra la temeridad de los litigantes	321
231. El <i>summatim cognoscere</i>	323

LECCIÓN I CONCEPTOS

GENERALES

1. Concepto amplio y restringido de Derecho Romano; su importancia como disciplina jurídica.
2. Estructura de los dos cursos de Derecho Romano.
3. Conceptos generales: La definición de *ius* (Derecho) por Celso, los *praecepta inris* —los preceptos de Derecho de Ulpiano—. Los valores jurídicos: justicia, jurisprudencia y equidad.
4. Definición del Derecho Romano.
5. Las fuentes del

Derecho Romano.

1. CONCEPTO AMPLIO Y RESTRINGIDO DE DERECHO ROMANO; SU IMPORTANCIA COMO DISCIPLINA JURÍDICA

Los romanos fueron elaborando su derecho con gran sencillez, resolviendo los problemas prácticos que se les presentaban con la mayor simplicidad, no generalizaron ni intentaron formular teorías generales o hipótesis, rehuían a las definiciones, aunque en algunos casos las hayan hecho y con gran concisión. De manera que los romanos no universalizaron; su concepto de propiedad, pongamos por caso, era claro y escapaba a toda definición por su simplicidad, nunca la concibieron absoluta o limitada, sin embargo, los comentaristas ampliaron este concepto y dan una idea de la propiedad no del todo exacta ni apegada a las concepciones romanas, nos la quieren mostrar como absoluta, principiando en los infiernos y terminando en los cielos, noción ajena a los romanos como veremos. Si queremos ver al Derecho Romano puro, restringido, busquémoslo en sus fuentes clásicas o preclásicas; en su sentido amplio y no siempre puro, lo encontramos en los comentaristas.

Si bien es cierto que ninguna ciencia necesita justificación —como dice Robert von Mayr en su *Historia del Derecho*

Romano—, creemos prudente para aquellos que se enfrentan al estudio del Derecho Romano por primera vez y aun para aquellos que ya han incursionado en su campo, establecer el por qué de la importancia de dicha disciplina.

Considerando a la dogmática como la verdadera ciencia del derecho, qué mejor que todo el arsenal del casuismo romano para la formación dogmática del jurista. Por su duración y extensión el Derecho Romano recoge y refleja en su evolución grandes y profundas crisis que han cambiado el curso de la historia antigua, el Derecho Romano es la conciencia del derecho. Además el Derecho Romano se nos presenta como un derecho supranacional, como un común denominador del cual pueden hacer uso todos los juristas del mundo.

El estudio del Derecho Romano es importante por ser éste antecedente de nuestro derecho civil, en efecto, como tendrá ocasión de verse en los dos cursos de Derecho Romano, al compararlo con las instituciones del Código Civil vigente, veremos que hay capítulos enteros de ese antiguo derecho que fueron trasladados a nuestro derecho. Por otra parte, su estudio acostumbra a la mente a ir adquiriendo un sentido jurídico que nos ayudará a resolver los problemas que posteriormente se nos presenten en la vida profesional. La mente se ejercita al estudiar la forma en que los romanos fueron perfeccionando sus instituciones partiendo de los principios generales y mediante la lógica, ver como fueron extendiendo esos principios a los casos particulares y a los no previstos por la ley. Además, es aconsejable su estudio porque este derecho también estructura a todo el derecho civil hispanoamericano y a gran parte del europeo, lo que facilita el estudio del Derecho Comparado.

2. ESTRUCTURA DE LOS DOS CURSOS DE DERECHO ROMANO

Podemos dividir los dos cursos de Derecho Romano en seis partes. En la primera de ellas, en ésta precisamente, se ven los conceptos generales que son fundamentales para la cultura del estudiante, como puede verse por el enunciado de la lección. A continuación se da un aspecto general de la historia de Roma, útil para comprender el desarrollo de las fuentes formales del Derecho Romano, para en seguida llegar

al estudio de la compilación Justiniana del Derecho Romano y ver después su destino tanto en Oriente como en Occidente.

En la segunda parte abordaremos el derecho de las personas, dando el concepto de persona física y moral; daremos la clasificación de las personas para hacer su estudio sistemático. Esta parte incluye el estudio de las cuatro potestades que había en Roma —*dominica potestas, patria potestas, manus y mancipium*—, para terminar con la protección que se debe a los menores y a los incapaces, esto es, respectivamente, la tutela y la curatela.

La tercera parte comprenderá el estudio de los derechos reales, principiando con el concepto y clasificación de las cosas. Después se examinará la posesión y sus elementos, para a continuación hacer el estudio de la propiedad —el derecho real por excelencia—, sus distintas clases, limitaciones y modos de adquirirla. Compenetrados del concepto de propiedad, estudiaremos las servidumbres, que son un derecho sobre la cosa ajena —*ius in re aliena*. Esta parte terminará con el estudio de los derechos reales pretorios e insistiremos sobre los derechos reales de garantía, de los cuales el más importante es la hipoteca.

El primer curso termina con la cuarta parte, referente al Derecho Romano Procesal Civil, donde examinaremos sus tres etapas: acciones de la ley, procedimiento formulario y procedimiento extraordinario, para finalizar con el estudio de las acciones, las excepciones y los interdictos.

La quinta parte del curso es sin duda alguna la más importante de todas, pues fue en materia de obligaciones donde los romanos llegaron a la etapa más perfecta de su derecho. Estudiaremos la obligación, sus fuentes, los pactos, los contratos y sus elementos de validez así como sus elementos accidentales, la transmisión de los créditos, el incumplimiento y extinción de las obligaciones, para después hacer el estudio particular de cada una de las fuentes de las obligaciones.

La sexta parte abarcará el estudio del derecho sucesorio. Daremos el concepto general de sucesión, examinaremos la sucesión *ab intestato*, la vía legítima pretoria o sean las *bono-rum possessiones*, para ver después la sucesión testamentaria, sus formas, la nulidad e invalidez de los testamentos, los legados y fideicomisos.

3. CONCEPTOS GENERALES

Los tres preceptos de Derecho de Ulpiano

Las legiones romanas conquistan a Grecia en su marcha hacia el Oriente, pero Grecia no sucumbe y su espíritu se apodera de los romanos. Llegan a Roma dos corrientes filosóficas helenas opuestas: el estoicismo y el epicureísmo, la primera con su ética sublime; la segunda proclamando que el sumo bien consiste en la voluptuosidad, el sumo mal en el dolor. El estoicismo, por el contrario, con su ética suaviza en parte las crudezas de la vida romana, al enseñar que hay que conformar la vida con la naturaleza y la razón, procurando despegarse de todos los afectos y despreciar todas las cosas terrenas que no sean la misma virtud, requisito para ser verdadero sabio. Los principios de esta corriente filosófica fueron los que informaron el texto célebre de Ulpiano que dice *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* —los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo.

D.1.1.10.1

- 1) Vivir honestamente.
- 2) No dañar a otro.
- 3) Dar a cada uno lo suyo.

Estos preceptos han sido criticados por multitud de autores, aduciendo que más bien pertenecen a la moral y no al derecho; pero examinando el derecho y considerando que es aquello que es ordenado y mandado, los tres preceptos sí son jurídicos, ya que las leyes sirven para garantizar y guardar las buenas costumbres; las leyes prohíben matrimonios incestuosos, adulterios, esto es, piden que se viva honestamente; también prohíben perjudicar a otro en su persona o en sus bienes, lo que equivale a no dañarlo; finalmente, las leyes prescriben dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, que es lo propio de la justicia; por lo que se deduce que el derecho contiene los tres preceptos citados del texto de Ulpiano.

LOS VALORES JURÍDICOS

Iustitia (Justicia)

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi —la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo—, según definición de Ulpiano.

D.1.1.10

Justicia y derecho son conceptos correlativos, íntimamente relacionados entre sí. El derecho tiende a la realización de la justicia, el derecho es el objeto de la virtud conocida con el nombre de justicia, de aquí la necesidad de saber qué cosa sea la justicia, aunque es raro el tratadista de derecho moderno que se detiene a estudiar este concepto. Esta omisión se debe a que los autores siguen una tendencia común a toda investigación jurídica al través del siglo XIX, que se reduce a hacer la exégesis o comentario de los distintos códigos, especialmente del Código Civil Francés, sin profundizar y a veces sin tratar los aspectos de fondo o científicos propiamente dichos del derecho. Sin embargo, últimamente se han vuelto a estudiar estas nociones.

El concepto de justicia fue analizado en la antigüedad entre otros filósofos, por Aristóteles, mediante un profundo análisis que hasta ahora no ha sido superado. Este estudio lo hizo el Estagirita en su obra *Moral a Nicómaco* y en la Edad Media Santo Tomás vuelve sobre él comentándolo en su *Summa Theologiae*.

Justicia se llama —dice Aristóteles— a esa cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas y que es causa de que se hagan y de que se quieran hacer. La injusticia es la cualidad contraria; es injusto el que falta a las leyes, el que es demasiado codicioso y el inicuo. Es justo el que obedece a las leyes y el que observa con los demás las reglas de la igualdad. Lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad, lo injusto será lo contrario. Todos los actos especificados por la legislación son legales —continúa Aristóteles— y llamamos justos a todos esos actos. Las leyes, siempre que estatuyen algo, tienen por objeto favorecer el interés general de los ciudadanos. La ley va más lejos aún, ordena actos de valor, de prudencia y de templanza. La ley extiende su imperio sobre todas las demás virtudes, sobre

todos los vicios, prescribiendo unas acciones y prohibiendo otras.

Es propio de la justicia ordenar al hombre en aquellas cosas que se refieren a otro; significa cierta igualdad, pues ésta se refiere a otro. Las otras virtudes perfeccionan al hombre sólo en aquellas cosas que le convienen a él mismo. Añade Aristóteles que la justicia es en grado eminente la virtud completa, porque ella misma es la aplicación de una virtud completa y acabada. Es completa porque el que la posee puede aplicar su virtud con relación a los demás y no sólo a sí mismo. Muchos pueden ser virtuosos con relación a su misma persona e incapaces de virtud respecto a los demás. La justicia entendida de esta manera es la virtud completa, pero no es una virtud absoluta y puramente individual, es relativa a un tercero y por esto se le tiene como la más importante.

División de la justicia. La justicia se divide en general y particular. La justicia ordena o dirige al hombre en relación a otro, lo cual puede acontecer de dos maneras. El hombre debe dar lo que es suyo a la comunidad de la cual es miembro, y debe dar también lo que es suyo a cada persona particular o singular. La primera se llama justicia general y también se le denomina legal porque conforma al hombre a la ley, ordenándole actos de virtud para el bien común. La justicia que lo inclina a dar según la igualdad a las otras personas lo que de ellas es, se llama justicia particular.

Divisiones de la justicia particular. Ésta se divide en conmutativa y distributiva. La primera inclina a la voluntad a dar estrictamente su derecho a cada persona privada, conservando la igualdad de cosa a cosa —*rei ad rem*—, esto es, de cosa recibida a cosa entregada. La justicia conmutativa tiene más perfectamente la índole propia de la justicia que la justicia distributiva, porque con más perfección se refiere a otro y constituye la más estricta igualdad, de donde se le denomine justicia rigurosa.

La justicia distributiva es aquella por la cual los bienes o trabajos se reparten entre los miembros de la sociedad según la proporción de los méritos o de las facultades de cada integrante; no atiende a la igualdad de cosa a cosa, sino a la igualdad de dos proporciones: si Gayo tiene mérito de dos y recibe un premio de cuatro, la justicia distributiva exige que Tito, que tiene mérito de cuatro, reciba un premio de

ocho. Tiende a la igualdad de dos proporciones, de las cosas a las personas —*rerum ad personas*. Resumiendo, en la justicia distributiva se da algo a una persona en cuanto se debe a la parte lo que es del todo; lo que será tanto mayor cuanto la misma persona tenga mayor preeminencia en el todo.

Jurisprudentia (Jurisprudencia)

Jurisprudencia es la ciencia y la práctica del derecho, definida como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto —*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La primera parte de la definición denota el carácter religioso del derecho, que en sus orígenes fue monopolizado por el Colegio de los Pontífices y que más tarde pasó a ser el objeto de estudio y de aplicación de los jurisperitos o jurisperitos. En su segunda parte se refiere al carácter humano.

D.1.1.10.2

Jurisprudentia deriva de *ius*, a cuyo genitivo —*inris*— se le ha añadido *prudencia*, que significa la virtud por medio de la cual se discierne y distingue lo bueno, lo conveniente, de lo malo y de lo injusto.

Aequitas (Equidad)

Aequitas y *sequum*, son términos expresivos de la adecuación del derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. El derecho ha de amoldarse o conformarse a las contingencias de cada hecho, negocio o relación, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social. De no ser así, el derecho conduce a la iniquidad: *summum ius summa iniuria*. La equidad interviene para remediar estas contingencias y restablecer la justa proporción, el equilibrio debido entre el derecho y la vida de relación siempre en continuo cambio. En Roma esta función toca al pretor y a los emperadores, bajo la mirada prudente de los jurisconsultos. Cuando se dice que una cláusula del edicto pretorio *habet in se æquilatam* —que contiene en sí equidad—, se contrapone la equidad del magistrado al excesivo rigor del derecho civil. La *æquitatis* entra en Roma con el vivificante *ius gentium* que abre el camino al derecho universal sobre el derecho de la *civitas* —ciudad.

D.43.26.2.2. y 15 pr.

Ius publicwn y ius privatum

Justiniano en sus *Instituciones* divide el estudio del derecho en público y privado. *Publicwn ius est quod ad statum rei romana spectat* —derecho público es aquel que trata del gobierno de los romanos. Ulpiano con gran concisión resume su objeto en estos tres términos: *sacra, sacerdotes, magis-tratus*, *Sacra*, esto es, lo concerniente al culto de los dioses, a sus diversos ritos y sacrificios. *Sacerdotes*, es decir, su organización, funciones y prerrogativas. *Magistratus*: su número, naturaleza y atribuciones; en este tercer término entra también la competencia y la organización de las asambleas populares y del senado.

1.1.1.4, D.I. 1.1.2

Privatum quod ad singulorum utilitatem —derecho privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares—, esto es, el que reglamenta sus diferentes relaciones y actividades. Pero veamos por qué mientras el Derecho Privado Romano se elevó a alturas cimeras y aun informa a las codificaciones modernas, el Derecho Público Romano no perduró. Este hecho se explica por dos razones, una histórica, la otra psicológica.

De.sde la República, el derecho privado fue en gran parte elaborado por los jurisconsultos, durante el Principado lo fue más aún, por lo que no fue entorpecido en su desarrollo lógico y en su ininterrumpida trayectoria hacia la equidad. Los peores emperadores favorecieron el progreso del derecho privado, rodeándose de jurisconsultos que los asesoraban. Cuando el derecho público fue obra del pueblo que se inspiraba en un sentimiento profundo de las libertades políticas y de la libertad individual, Roma gozó de tranquilidad; pero más tarde los emperadores concentraron todas las funciones en su persona y dictaron normas públicas tendientes a proteger su gobierno tiránico mediante disposiciones inicuas y penas bárbaras. Así el derecho público se convirtió en un instrumento de despotismo.

La segunda razón, con frecuencia la menos percibida y menos señalada, consiste en que la necesidad de un buen derecho privado se hace sentir más vivamente que aquélla de un buen derecho público y que son más fáciles de entender los principios verdaderos del primero que los del segundo. Si las leyes sobre la familia y la propiedad son inicuas, nos

incomodan a cada instante sobre lo más sensible para nosotros: nuestros intereses materiales. Por el contrario, para comprender los vicios de una mala organización pública y para tolerarla, hace falta cierta cultura y la formación de la opinión pública es más tardía, en cambio, una mala norma de derecho privado es atacada de inmediato, aún antes de ser sancionada.

Ius naturale, Ius gentium, Ius civile

Añade en seguida el texto de las *Instituciones*: *dicendum est igitur de iure právalo, quod tripartite est collectum: est enim ex naturalibus prseceptis, aut gentium, aut civilibus* —trataremos, pues, del derecho privado, que consta de tres partes: de los preceptos del derecho natural, del derecho de gentes, del derecho civil.

1.1.1.4

Ius naturale. No aceptamos la definición que del derecho natural dan las *Instituciones* de Justiniano —el derecho natural es aquel que la naturaleza imbuye a todos los animales—, por ser muy amplia; adoptamos la noción que tenía Cicerón —tomada de la filosofía estoica— consistente en que el derecho natural es un conjunto de principios que emanan de la voluntad divina y que el hombre, por el solo hecho de serlo, está dotado de ellos. Este derecho natural es una luz que está en nuestra razón, por la cual sabemos qué es lo que hay que hacer y qué es lo que hay que evitar. Se manifiesta por juicios breves y prácticos: haz el bien, evita el mal, que son los principios más comunes y generales; de éstos derivan los preceptos secundarios, tales como los contenidos en el *Decálogo* y los tres preceptos del derecho que hemos citado. Finalmente, la ley natural consta de conclusiones remotas que se deducen de los preceptos secundarios, éstas, por ser remotas, pueden ser mal deducidas y necesita fijarlas el derecho.

1.1.2.pr.

Ius gentium y ius civile. En toda legislación hay leyes que los tribunales del país no deben aplicar sino a los ciudadanos del mismo, éstas son las que forman el derecho civil; por el contrario, hay otras que esos mismos tribunales deben

aplicar a las relaciones de los extranjeros entre sí, o entre éstos y los ciudadanos, estas leyes forman el *ius gentium*. El derecho de gentes es común a todos los hombres, no así el derecho civil que es privativo de los ciudadanos. El primero procede de la naturaleza racional de los hombres y de las relaciones comunes que entre sí tienen; el segundo dimana de la voluntad del pueblo que lo ha establecido especialmente para sí, de tal modo que cuando un extranjero hacía testamento en Roma utilizando las formas romanas, los tribunales romanos no permitían que se ejecutara; por el contrario, cuando se asociaban un romano y un peregrino, las leyes romanas garantizaban el cumplimiento del contrato.

En un principio los romanos sólo conocieron su derecho civil y unas cuantas normas del derecho de gentes, pero cuando los habitantes del Lacio y después los de Italia fueron vencidos y unidos a Roma como *peregrini*, se les concedieron algunos derechos, se creó el pretor peregrino para que les administrara justicia y el derecho de gentes principió a introducirse en el derecho civil, labor que siguieron haciendo los jurisconsultos en sus escritos y que la legislación imperial complementó. En esta forma, el derecho privado de los romanos se halló compuesto tiempo después de preceptos del derecho de gentes y del derecho civil, estos preceptos se entremezclaron y la ley o el razonamiento indican únicamente a qué clase de derecho pertenecen.

Ius honorarium

En el año 367 a. C. fue creada la magistratura de la pre-tura, su titular, el pretor, era el encargado de administrar justicia a sus conciudadanos. Posteriormente hubo un pretor peregrino para impartir justicia en los conflictos con los peregrinos y otras magistraturas, tales como la de los ediles curules. Estos magistrados fueron los autores del derecho honorario, siendo éste el género y la especie más importante el derecho pretorio, plasmado en el edicto.

El derecho pretorio fue adquiriendo paulatinamente una gran importancia, formando el pretor un cuerpo de disposiciones propias frente a las establecidas por el derecho civil, lo que se conoce como el dualismo del Derecho Romano, dualismo que perdura hasta que Justiniano funde ambos derechos, para formar uno solo.

Ius scriptum y ius non scriptum

Considerando el punto de vista de su formación, los romanos dividieron el derecho en escrito y no escrito. Estas expresiones, poco exactas en sí mismas, no hacen alusión a una distinción material entre ciertas normas que serían necesariamente escritas y otras que no lo serían. El derecho escrito es el formulado y promulgado por una autoridad constituida, el derecho no escrito es el no promulgado, aquel que el uso ha formado poco a poco y que en un momento dado se encuentra aceptado por todos, sin que sea posible determinar la época precisa de su introducción. Las normas establecidas por la costumbre, aunque hayan sido escritas más tarde, conservan su nombre de derecho no escrito. A la inversa, el derecho promulgado regularmente se llama derecho escrito aun cuando no esté escrito ni grabado sobre madera. Esta distinción está desprovista de consecuencias prácticas, porque la fuerza obligatoria de las normas de derecho depende tan sólo de la competencia de la autoridad que las impone, no de la forma en que tales normas se produjeron.

La definición del ius por Celso

El derecho, *ius*, etimológicamente considerado, viene del latín *directum* y este mismo origen tiene en muchos de los idiomas actuales como el italiano, francés, alemán, inglés. *Directum* es un derivado de *rectum*, adjetivo verbal de *rego-is-ere, rexi, rectum*, que significa regir; *directum* es también el adjetivo verbal de *dirigo-is-ere, direxi, directum*, que significa dirigir en línea recta; *ius*, derecho, deriva del verbo *iubeo-es-ere, iussi, iussum*, que significa mandar, ordenar, cuya raíz viene del sánscrito *ju*, ligar. El origen etimológico de la palabra derecho nos hace descubrir los conceptos de acción recta y de mandato o precepto.

Ius tiene en Roma un carácter netamente religioso, especialmente en los primeros siglos, como lo tenía la vida gentilicia y familiar que descansaba en el culto doméstico. Este carácter religioso perduró hasta épocas avanzadas del Imperio Romano, aun cuando desde un principio se distinguía teóricamente el *ius* —derecho humano—, del *fas* —derecho divino.

Ius es empleado por los romanos para designar tanto el derecho objetivo —*ius civile, ius gentium*— como el subjetivo —*ius utendi, ius fruendi*—. En su sentido objetivo es definido

por Celso como *ars boni et æqui* —el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo. D.1.1.1.1

4. DEFINICIÓN DEL DERECHO ROMANO

Podemos definir para los efectos de nuestro estudio al Derecho Romano, diciendo que es el conjunto de los principios de derecho que han regido a la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano. Como se ve, este derecho rigió a Roma desde su fundación en 753 a. C, hasta el año 565 de nuestra era.

5. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

La fuente del derecho no escrito es la costumbre. Justiniano, como antes Cicerón y Juliano, ponen la autoridad de la costumbre en la voluntad del pueblo: no sin razón se observa como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice constituido por los usos. Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan más que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues es lo mismo que el pueblo declare su voluntad mediante el voto, que con la misma realidad y los hechos.

Añaden unos fragmentos de Hermógenes en el *Digesto* que lo que se ha confirmado por antigua costumbre y se viene observando durante muchos años, a modo de tácito acuerdo de los ciudadanos, se aplica como el derecho escrito, hasta el punto de que se tiene este derecho como de gran autoridad, porque fue precisamente tan aprobado, que no fue necesario ponerlo por escrito.

Hasta el reinado de Constantino la costumbre tuvo el poder de hacer normas obligatorias y de quitar su fuerza a las mismas: hacía y deshacía la ley; pero una constitución de este emperador decide que la costumbre podrá crear el derecho cuando el derecho escrito no diga nada sobre el particular, y que no podrá la costumbre prevalecer sobre las disposiciones explícitas o implícitas de la ley: «La costumbre y el uso muy antiguo gozan de no poca autoridad, pero no es

tanta su importancia como para que puedan pasar sobre la razón y la ley.»

Las fuentes del Derecho Romano escrito son las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y las respuestas de los prudentes; o como dice el jurista Pomponio: se dice que en Roma hay constituidas las siguientes fuentes: el derecho legítimo, o sea la ley; el derecho civil, el cual aunque no conste por escrito consiste en la interpretación de los prudentes ... el plebiscito, que era votado sin la intervención de los patricios; el edicto de los magistrados, de donde procede el derecho honorario; el senadoconsulto, emitido por el senado, y la constitución imperial, que es lo que el príncipe ordena que se acate como ley.

D.1.3.32.1, D.1.3.35 y 36, C.8.52.2 y D.1.2.2.12

LECCIÓN II

6. Estado social y económico bajo los primeros reyes. 7. La *gens*. 8. La familia. 9. Los patricios. 10. Los clientes. 11. La plebe. 12. La organización religiosa.

6. ESTADO SOCIAL Y ECONÓMICO BAJO LOS PRIMEROS REYES

La crítica histórica moderna ha puesto en tela de juicio las leyendas y tradiciones acerca del origen de los romanos. Se ha demostrado que (los romanos) no descendieron de los troyanos como ellos lo pretendían, de manera que el bello poema de *La Eneida* del excelso poeta Virgilio no es sino un halago que hace a sus conciudadanos, rememorando gestas gloriosas del siglo xi a. C. En lo que concuerdan los críticos es en que reina una gran obscuridad sobre los orígenes de Roma, debido a que los antiguos historiadores aparecen muy tarde en escena, lo mismo que los testimonios escritos, tales como las *Tabula Pontificum* que aparecen a mediados del siglo iv a. C. y que computaban el tiempo, los eclipses, los nombres de los cónsules y que parecen ser la base de los *Annales Maximi*. El primer historiador romano del que tenemos noticia es Quintus Fabius Pictor, senador durante la época de la segunda guerra púnica.

La mayoría de los autores acepta que Roma fue fundada por la reunión de tres tribus: *ramnes*, cuyo nombre deriva de Rómulo; *ticienses*, que traen el suyo de Tito Tacio, y *luceres*, de los cuales se ignora el origen y el por qué de su denominación. La primera tribu estaba formada por los latinos, la segunda por los sabinos y la última por los etruscos, pueblo de procedencia desconocida y que en un principio dominó a los otros. Cada una de las tres tribus estaba formada por diez curias y cada una de éstas por determinado número de *gens*.

La ciudadanía romana estaba integrada exclusivamente por agricultores y guerreros. Roma dependía de sus cosechas para

subsistir, lo mismo que de sus legiones. La carga del sostenimiento del Estado y de la defensa de la ciudad pesaba exclusivamente sobre los patricios hasta antes de la reforma ser-viana, después de ella pesa sobre patricios y plebeyos, lo que redundó en perjuicio de éstos, pues por acudir a la defensa de Roma se vieron obligados a abandonar el cultivo de los campos y a contraer deudas, lo que empeoró su condición.

7. LA «GENS»

La *gens* formaba un cuerpo cuya constitución era aristocrática y gracias a su organización interior pudieron los patricios conservar durante mucho tiempo sus privilegios.

Cada *gens* tenía un culto especial, culto que debía perpetuarse de generación en generación, siendo los varones los encargados de cumplirlo. El antiguo derecho de Roma considera a los miembros de una misma *gens* aptos para heredarse. Los miembros de la *gens* estaban estrechamente ligados, unidos en la celebración de las mismas ceremonias sagradas, en la vida cotidiana se auxiliaban mutuamente.

La *gens* es un grupo familiar muy extenso que descende de un antepasado común lejano y lo que caracteriza a los descendientes como miembros de una misma *gens* es que llevan el mismo *nomen gentilitium*. En Roma se acostumbraba que los patricios ostentaran tres nombres, por ejemplo, Publio Cornelio Escipión. ¿Cuál de éstos se consideraba como el verdadero nombre? Publio sólo era un nombre puesto delante, *przenomen*; Escipión era un nombre añadido, *agnomen*; el verdadero nombre era Cornelio, luego este nombre era al mismo tiempo el de la *gens* entera. La *gens* era un conjunto de familias, a veces numerosísimas, pero que conservaba el mismo nombre y la unidad que su religión le ordenaba. Su poder también era muy grande, pues se dio el caso de que la *gens* de los Favios, sin ayuda de Roma, emprendiera con sus propios medios la lucha en contra de Veves.

8. LA FAMILIA

Cuando el fundador de la *gens* hubo muerto, sus hijos se hicieron jefes de sus respectivas familias, que son otras tan-

tas ramas que descienden de un mismo tronco común y que por tanto llevan el mismo *nomen gentilitium*, estando unidas por el parentesco civil o *agnatio*. Cada una de estas familias así formadas queda bajo la autoridad de un jefe al que los romanos llamaban paterfamilias, éste es el sacerdote que rinde culto a sus antepasados, quien la gobierna con una potestad tal que durante siglos el poder público no se inmiscuyó en sus decisiones por severas y crueles que éstas fueran. Volveremos sobre la familia posteriormente.

9. LOS PATRICIOS

La asamblea curiada que deliberaba sobre los intereses de la ciudad sólo estaba compuesta por los jefes de familia patricios, quienes eran la aristocracia, constituían la nobleza de raza y eran quienes formaban las treinta curias. Los patricios eran la casta que dominó a Roma durante siglos; en un principio sólo a ellos les fue lícito intervenir en los destinos de Roma al través de los comicios por curias e integrando sólo ellos el senado; los miembros de este antiguo cuerpo ostentaban el nombre de patres y representaban a la ciudad.

La hegemonía absoluta de los patricios sobre la población estuvo asegurada cuando la caballería fue la principal arma de lucha y ésta se reclutaba de sus filas; pero la situación cambió cuando por influjo griego se introdujo en el ejército romano la táctica hoplítica, formando la infantería el principal núcleo de las fuerzas de ataque.

10. LOS CLIENTES

Toda la materia que se refiere a la constitución de la familia romana está llena de conjeturas, pues los textos donde de ella se habla no han llegado a nosotros, la parte correspondiente a este asunto se encuentra ilegible en el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo. Lo cierto es que la familia pronto se vio rodeada de otras personas que solicitaban el amparo de los poderosos patricios. Los clientes probablemente formaron parte de la *gens* del paterfamilias y hasta es posible que tomaran su mismo nombre gentilicio. La clientela tal vez se formó con antiguos libertos y sus descendientes; así

como extranjeros que iban a Roma y pedían la protección de un patricio. Éste debía a sus clientes protección y ayuda y éstos debían a él respeto y gratitud; estos deberes recíprocos estaban fuertemente sancionados por la costumbre con penas muy severas para el transgresor. Los clientes votaban junto con los patricios en los antiguos comicios.

11. LA PLEBE

Hay que mencionar otro elemento de la población cuyo origen es incierto, que estaba por abajo de los clientes y que insensiblemente fue adquiriendo fuerza hasta igualarse con los patricios. Esta clase que fue muy numerosa en Roma, era la de los plebeyos, clase separada de los clientes, no formaba parte de lo que se llamaba pueblo romano, al menos durante los primeros siglos; en una antigua oración que se repetía en tiempos de las guerras púnicas, se imploraba a los dioses que fueran propicios al pueblo y a la plebe; por tanto, en un principio el pueblo sólo estaba constituido por los patricios y sus clientes; la plebe estaba excluida, pero posteriormente hubo de ser admitida como parte integrante del pueblo romano. Para los plebeyos no había derechos políticos, ninguno de ellos podía ser magistrado, en los tres primeros siglos de Roma las curias sólo comprenden a los patricios y a sus clientes, la plebe no entraba antes de la reforma serviana en el ejército mientras la composición de éste se distribuía entre las curias.

12. LA ORGANIZACIÓN RELIGIOSA

Las divinidades no eran concebidas como personalidades concretas y con forma humana como aconteció más tarde debido a la influencia griega que había convertido a la religión en arte y al culto en goces estéticos. La primitiva religión romana tiene por fundamento la conciencia religiosa propia de todo hombre por primitivo que sea, y a la convicción de un poder superior que creían ver los romanos en las fuerzas de la naturaleza o en los muertos. Se sentían rodeados de fuerzas o potencias superiores que dominaban al hombre hasta poder aniquilarlo y que otras veces eran capaces de protegerlo, ayudarlo y darle prosperidad. Para lograr esto se recurría a fórmulas y prácticas de minucioso ritualismo

adaptadas de manera más o menos artificial a las necesidades de los individuos, de las familias, de la ciudad, y esto es lo que constituye el culto o la manera en que se exterioriza la religión.

La religión romana es probablemente la más sencilla en cuanto al fondo entre todas las creencias y la más complicada por los ritos de las que existían en el mundo antiguo. Carece de cosmogonía, de mitología, propiamente dicha y de dogmas revelados. Aparece en la historia bajo la forma de cultos —sacra.

La influencia de los etruscos primero y más tarde la influencia de los griegos, hicieron que la religión romana, sin cambiar en sus aspectos esenciales o básicos, adquiriera caracteres antropomórficos, o sea que a esas fuerzas ocultas se les hizo aparecer en forma humana. Pero esta personalidad de los dioses no puede ser invocada sino en virtud de determinada acción específica que los pone en relación con los hombres en un momento dado. Júpiter, por ejemplo, no es propiamente un dios sino que es una entidad divina, y sólo es propiamente un dios cuando se le designa con alguno de los vocablos Feretrius, Stator, Victor, etc. Estos nombres son los propios de cada una de las divinidades romanas.

Lo que caracteriza mejor a la religión romana es el procedimiento en virtud del cual las cosas o seres se desdoblán en poderes abstractos llamados númenes o genios.

No existía en Roma instituto o cuerpo de la administración pública que no estuviera sujeto en cierta forma a la religión. Las gentes, las curias, las tribus, tenían sus cultos particulares. Si Roma contraía una alianza con cualquier otro pueblo, colocaba a los dioses de éste dentro de la órbita del propio culto y, viceversa, abría en el pueblo aliado el culto a Júpiter Capitolino. Por lo anterior se desprende la íntima liga de la religión con el derecho público.

Respecto de las relaciones entre la religión y el derecho penal, ésta se manifestaba en innumerables casos, pero especialmente en aquellos en que alguien atentaba contra alguna cosa de derecho divino, se le declaraba *sacer*, privado de toda tutela jurídica y consagrado a la divinidad ofendida, objeto de execración y de horror para todos, especie de excomuniación sancionada por el derecho.

En los primeros tiempos de Roma, la ciencia y el arte de la aplicación del derecho tanto divino como humano, se depo-

sitaba en la misma autoridad: el Colegio de los Pontífices — *eos de ómnibus divinis atque humanis rebus refertur*. Los pontífices no eran sacerdotes de una divinidad particular, sino de todo el conjunto de divinidades, representaban a los intereses divinos frente a los hombres y ejercían una vigilancia general sobre el culto. Un simple ciudadano, lo mismo que el Estado, representado por alguno de sus magistrados, recitaba las oraciones y cumplía con los actos litúrgicos, pero como tales actos debían ejecutarse de acuerdo con reglas estrictas y palabras invariables bajo pena de nulidad y de impiedad, intervenían los pontífices como representantes de la divinidad para declarar si había existido falta al *jas* y si procedía la declaración de *sacer*. Tanto el Estado como los individuos debían consultar con los pontífices acerca de las formalidades y palabras empleadas en el culto y los pontífices podían intervenir de oficio para cerciorarse del exacto cumplimiento de los preceptos religiosos y de sus fórmulas rituales.

El Pontifex Maximus se encontraba al frente del Colegio de los Pontífices y era elegido por él; en su calidad de magistrado tenía el derecho de hacer auspicios, podía dentro de la esfera de su acción convocar a las curias o a las tribus y tenía poder disciplinario sobre todo el cuerpo sacerdotal. Formalmente sólo él poseía el derecho de proveer las vacantes del rey sacrificador, de los flámenes y de las vestales. A partir de Augusto, era el emperador quien desempeñaba sin excepción este importante cargo. Los pontífices fueron tres en un principio, al final de la República su número fue aumentando hasta quince.

El culto público se depositaba en los flámenes y en los cuatro grandes colegios sacerdotales que son: el Pontificio, el de los Augures, el de los *Quindecimviri sacris faciundis* y el de los *Septemviri epulones*.

Los feciales eran los que negociaban y representaban a Roma en los actos de derecho internacional, a los que se les daba un carácter religioso. Su colegio se componía de veinte individuos que ejercían sus funciones en pequeñas comisiones bajo las órdenes de una especie de rey de armas —*pater pa-iratus*. Al declararse la guerra, los feciales arrojaban desde la frontera del pueblo enemigo una lanza ensangrentada, la cual era la señal de declaración. Para las guerras fuera de Italia esta ceremonia se efectuaba en forma simbólica en el templo de Belena.

LECCIÓN III

13. El rey. 14. El senado. 15. Comicios por curias.
16. La llamada reforma serviana. 17. Los comicios
centuriados. 18. Caída de la monarquía.

13. EL REY

En el principio Roma se desarrolló sin una determinada constitución, sin un derecho preestablecido y todas las cosas se gobernaban por el poder de los reyes. El rey concentraba en su mano todo el poder, era el sumo pontífice, el jefe del ejército, el magistrado que impartía justicia. Su poder estaba limitado por el senado, integrado exclusivamente por patricios, y por los comicios curiados. Cuando el rey moría, el nuevo monarca era electo por los comicios por curias, mientras tanto gobernaba un *inter rex*, tomado del senado. D.I.2.2.1, 14 y 15

El historiador romano Tito Livio en su obra *Desde la Fundación de Roma*, nos hace un amena relación de los legendarios tiempos de la monarquía:

Rómulo fue el primer rey y fundador de Roma; establece algunos ritos religiosos, para enaltecer su dignidad se rodea de doce *Helores*. Creo el senado con cien senadores a los que llamó *países*, por lo que sus descendientes se llamaron patricios. Reinó 37 años.

Numa Pompilio sucede a Rómulo; fue un rey amante de la paz, construyó un templo en honor de Jano, que en tiempo de paz permanecía cerrado. Se le atribuyen ciertas innovaciones religiosas, como la fundación del colegio de los sacerdotes, la creación del *flamen dialis* o sacerdote de Júpiter. Por medio de tratados y de alianzas logró la unión de Roma con los pueblos comarcanos. Dividió el año según el curso de Ja luna, estableció los días fastos y los nefastos, Reinó 43 años.

Tulo Hostilio fue un monarca en extremo belicoso que comenzó su reinado declarando la guerra a los albanos y termina P^o incorporar Alba a Roma. Alba Longa fue sojuzgada merced a un combate singular del que fueron protagonistas tres hermanos llamados Horacios, que lucharon por Roma, y otros tres hermanos Curiacios, que pelearon por Alba, mientras permanecían los dos ejércitos expectantes; de esta lid salieron vencedores los romanos. Así Roma continuó creciendo a expensas de los pueblos vecinos. Reinó 32 años.

Anco Marcio le sucedió; estableció un rito especial para regir las formas y conductas que habían de seguirse en la declaración de hostilidades. Lucha contra algunos pueblos latinos a los que incorpora a Roma, concediendo la ciudadanía romana a sus habitantes. Roma extiende su imperio hasta el mar con la fundación de Hostia en la desembocadura del Tíber. Reinó 24 años.

Los tres siguientes monarcas fueron etruscos:

Lucio Tarquino Prisco es el quinto rey, nieto de Numa Pompilio, quien empieza su reinado designando cien nuevos senadores a los que se llamó *países minorum gentium*. Intentó establecer nuevas tribus compuestas de plebeyos, lo que le fue vetado por el augur Navius. Se dice que construyó la Cloaca Máxima y que desecó algunos pantanos. Lleva a la corte la púrpura, los fascios y la silla curul para realzar su poder personal. Su esposa Tanaquil recogió a Servio Tulio cuando éste era pequeño. Reinó 38 años.

Servio Tulio es el siguiente rey, nombrado por primera vez por el senado sin la intervención del pueblo. Se hace monarca por consejo de Tanaquil al ser asesinado Tarquino por los hijos de Anco Marcio. Se le atribuye la llamada reforma serviana que según los últimos estudios se hizo en el año 309 a. C, con la invasión de los galos, por tanto, debe considerarse como una reforma de la época republicana y no de la monarquía. Servio Tulio reinó 44 años.

Lucio Tarquino el Soberbio, es el último rey de Roma, llamado así porque siendo yerno del rey le negó sepultura; mandó asesinar a los senadores que fueron amigos de Servio Tulio; redujo el número de senadores y gobernó despóticamente. Fue destituido por los comicios por curias, cansados los patricios de sus arbitrariedades. Reinó 25 años.

14. EL SENADO

Nos relata Tito Livio que poco después de fundada Roma, Rómulo, satisfecho de las fuerzas reunidas en la ciudad y queriendo someterlas a una dirección —gobierno—, creó cien senadores, ya que este número le pareció suficiente, ya porque no encontró más personas que merecieran ser nombradas pares, por que este título se les dio como un honor; después su número es aumentado o disminuido de acuerdo con las circunstancias. Los patres eran vitalicios en su función; daban' consejos al rey, sancionaban las leyes —*auctoritas patrum*—; a la muerte del rey proponían al sucesor, que en definitiva aprobaba el pueblo —los patricios y sus clientes— en los comicios por curias.

El senado era una asamblea deliberadora que encausaba la política, pero que en rigor sólo tenía poderes consultivos, aunque su influencia fue muy grande a la caída de la monarquía, dado que fue el único cuerpo permanente en la ciudad, pues los cónsules, que sustituyeron al monarca, sólo duraban un año en funciones y casi siempre andaban fuera de la ciudad al frente de los ejércitos.

Todo parece indicar que en la época monárquica el senado era una asamblea formada por los patres de la nobleza patricia, por la aristocracia; pero durante el consulado o república se va transformando paulatinamente en una asamblea de ex magistrados, que ahí culminan la carrera de los honores, aportando su gran experiencia política y jurídica, con lo que el senado obtuvo gran brillo e influencia.

15. COMICIOS POR CURIAS

Los patricios eran convocados en algunas ocasiones para aprobar la designación del nuevo rey, para actos de derecho privado relacionados con la religión, tales como la adrogación y el testamento. A estas asambleas concurrían las treinta curias y se reunían en el foro, en un lugar llamado *comithan*, de ahí que recibieran el nombre de comicios por curias. Su convocación y la presentación del proyecto de ley pertenecía al rey. Muy probablemente el proyecto era sometido previamente al senado y después de aprobado por los *comitia curiata* debía sancionarlo.

En estos comicios la votación se hacía por curias y en cada una de ellas el voto se tomaba por individuos para saber cuál era el sentir de la curia. La votación no podía tener lugar en días nefastos ni en días de mercado. Cada votante escribía en una pequeña tableta su voto, en caso afirmativo con las iniciales VR —*uti rogas*— como lo propones, como lo pides; en caso de que se rechazara el proyecto, se escribía A

—*antiquo iure utor*— sigo o prefiero el derecho antiguo; en caso de abstención se marcaban las letras NL —*non liquet*. Los escrutadores hacían el cómputo y el magistrado interrogaba sucesivamente a cada escrutador, quien proclamaba el voto de su respectiva curia. En estas asambleas toda la influencia pertenecía a los patricios, a la aristocracia de Roma.

16. LA LLAMADA REFORMA SERVIANA

Ya el antecesor de Servio Tulio quiso hacer una reforma, pero no le fue permitido; era evidente que Roma no podía seguir desarrollándose en sus antiguos moldes institucionales. Había una parte considerable de la población que continuamente crecía y que no contribuía ni al sostenimiento de la cosa pública ni a los efectivos del ejército, la carga de estas responsabilidades ahogaba a los patricios. La reforma era vital, si no se llevaba al cabo Roma moriría.

A Servio Tulio fue al que correspondió hacerla; según la tradición la ciudad fue dividida en cuatro zonas urbanas según las regiones y colinas habitadas, llamándolas tribus, y en un número indeterminado de tribus rústicas que más tarde fue de treinta y una.

A fin de conocer la fortuna de los habitantes, Servio Tulio estableció el censo, para distribuir equitativamente los impuestos según las posibilidades de cada uno de los ciudadanos. Basado en los resultados del censo hizo la división de los habitantes en centurias. Con aquellos que poseían un censo de cien mil ases o más, formó ochenta centurias que constituían la primera clase. La segunda estaba formada por veinte centurias, por aquellos cuya fortuna era inferior a cien mil, pero superior a setenta y cinco mil ases. La tercera estaba formada por los de fortuna superior a cincuenta mil ases y era de veinte centurias. La cuarta clase por los de fortuna superior a veinticinco mil ases, integrada por veinte centu-

rias. La quinta clase, más numerosa, se componía de treinta centurias; el censo de esta clase era de once mil ases según algunos autores, o de doce mil quinientos según otros. Además reclutó dieciocho centurias de caballeros entre los principales de la ciudad. A éstas se añaden dos centurias de zapadores y tres de músicos, que hacen un total de ciento noventa y tres centurias.

17. LOS COMICIOS CENTURIADOS

Las anteriores medidas liberaban a los pobres de gravámenes y echaban éstos sobre los pudientes, quienes recibieron en compensación ventajas de naturaleza política. En efecto, en los comicios por centurias los destinos de Roma estuvieron en manos de la gente rica, bien fuera patricia o plebeya. Si antes Roma era gobernada por la aristocracia, ahora lo era por la gente rica.

Los *comitia cerituriata* se reunían bajo las armas en el Campo de Marte. La unidad del voto era la centuria, la votación se hacía del mismo modo que en las curias, pero en tanto que en éstas siempre votaban todas, en los comicios por centurias no acontecía así; la votación se tomaba por clases, siendo tomado primero el voto de las centurias de caballeros y el de la primera clase, que sumaban noventa y ocho centurias, si éstas se pronunciaban en un mismo sentido, formaban mayoría y ya no se tomaba el parecer de las restantes; si no formaban mayoría entonces se consultaba a la segunda clase y así hasta obtenerla. Dionisio de Halicarnaso refiere que la cuarta clase votaba raramente y cita un caso en que la mayoría se obtuvo después del voto de la primera clase, lo que ocurría con frecuencia.

En estos comicios centuriados se acostumbró que los ciudadanos eligieran a los más altos magistrados, tales como los cónsules, los pretores, los censores, etc. La convocación se hacía a propuesta del magistrado, que generalmente era de dignidad consular. Además, en estas asambleas eran votadas las leyes y la ciudadanía era consultada sobre la conveniencia de declarar la guerra o firmar la paz. En los procesos políticos tuvieron mucha importancia estos comicios, pero después pasaron estas atribuciones al senado.

Las leyes se distinguían por el nombre del magistrado proponente: Lex Cornelia, Lex Aquilia. Si habían sido propuestas por un cónsul, llevaban siempre el nombre de los dos cónsules en funciones: Plautia Papiria, Fufia Caninia. La designación de la ley se completaba con una breve indicación de su contenido: Lex Valeria de provocatione, Lex Furia de spon-su, Lex Aquilia de damno.

18. CAÍDA DE LA MONARQUÍA

La monarquía terminó por desagradar a los romanos por diversas causas que la tradición cita, entre ellas, parece que la principal, porque los monarcas trataban de favorecer a la plebe, quizá para equilibrar un tanto la presión de los patricios y clase rica de la población. El pretexto para que los patricios se desembarazaran de la monarquía vino cuando Lucrecia, esposa de Tarquino Colatino, sufrió un atentado por parte de Sexto Tarquino, hijo del rey, lo que exacerbó a los patricios y motivó la caída de la monarquía, expulsando los comicios por curias a Lucio Tarquino el Soberbio.

LECCIÓN IV

19. El consulado y las magistraturas. 20. *Concilia plebs* y tribunos de la plebe. 21. Acercamiento entre patricios y plebeyos. 22. Cambios económicos y advenimiento de una nueva división social. 23. Los graccos. 24. Crisis de la República. 25. Los dos triunviratos.

19. EL CONSULADO Y LAS MAGISTRATURAS

El monarca fue sustituido por dos cónsules, llamados pretores-cónsules y que eran al mismo tiempo colegas. Con ellos da comienzo ese curioso principio de colegialidad que perdura durante toda la historia de la magistratura romana. Los cónsules duraban un año en su encargo, siendo designados por el pueblo, de quien recibían su *Imperium*; el nombramiento era ratificado por el senado. Como sólo duraban un año en su gestión y por lo común estaban fuera de Roma al frente de los ejércitos, esta situación dio origen a que el senado cobrara más fuerza por ser un cuerpo permanente y a que más tarde fueran creadas otras magistraturas, dado que los cónsules no podían atender a todos los asuntos. Las magistraturas que por así decirlo se fueron desgajando de las atribuciones consulares, fueron cayendo una a una en poder de los patricios, frustrando las aspiraciones de la plebe. Aumentada luego la población, como se suscitaban a menudo guerras y los vecinos hicieran algunas más encarnizadas, se estimó precedente, exigiéndolo el caso, que se constituyera un magistrado de mayor potestad y así aparecieron los dictadores, contra quienes no existió el derecho de apelar y a quienes se otorgó el poder imponer la pena capital. No era lícito retener esta magistratura más de seis meses, pues tenía la máxima potestad. A fines de la República el abuso de la dictadura fue acostumbrando al pueblo a ser gobernado por un solo hombre, lo que propició el advenimiento del Imperio. D.1.2.2.16 y 18

Las magistraturas eran cargos públicos ejercidos gratuitamente por el ciudadano romano, en nombre y representación del pueblo y por su delegación, ante el cual respondían si hacían mal uso de esos poderes que les habían sido conferidos. La buena actuación del magistrado estaba hasta cierto punto garantizada por la colegialidad de las magistraturas, pues su colega en el puesto tenía el derecho de vetar las disposiciones de su compañero que considerara poco afortunadas; sólo el dictador era único, es decir, no compartía su poder con ningún otro colega.

De lo anterior podemos resumir que las magistraturas eran electivas, anuales, colegiadas, gratuitas y sujetas a responsabilidad. Existían las llamadas magistraturas ordinarias que formaban parte de la estructura normal de la República, y las extraordinarias, a las cuales se recurría en circunstancias excepcionales de peligro para la paz y tranquilidad públicas.

20. «CONCILIA PLEBIS» Y TRIBUNOS DE LA PLEBE

La reforma institucional que según la tradición llevó a cabo el legendario Servio Tulio, no favoreció a la gran mayoría de los plebeyos, pues los plebeyos ricos se desentendieron de sus hermanos desvalidos e hicieron causa común con los patricios, la clase dominante en Roma: la aristocracia de estirpe fue sustituida por la aristocracia de la riqueza. A los plebeyos se les dio la ilusión de una vida ciudadana, asistían a los *comitia centuriata*; pero en éstos, la voluntad de la clase rica era la única que preponderaba.

Contribuyó a hacer débiles económicamente a los plebeyos las continuas guerras, y como éstos ya eran ciudadanos, tuvieron que prestar servicio militar, por lo que se vieron forzados a descuidar la tierra, su principal fuente de ingresos, aumentando por este motivo sus deudas, lo que los orilló a tratar de separarse de Roma; pero al obtener la creación de) tribunado, magistratura de extracción popular que velaría por sus intereses, desistieron de su intento. Pronto el tribuno de la plebe convocó a ésta, reuniéndose en los llamados *concilia plebis*.

D.1.2.2.20

En un principio, la labor de los tribunos de la plebe fue brillante, entre sus logros se encuentra la redacción de las

Doce Tablas; pero hacia la segunda mitad del siglo n a. C., conscientes de su poder, persiguieron objetivos revolucionarios con la utilización de métodos demagógicos, enfrentándose al senado. Esta actitud de los *tribuni plebis* va causando una crisis política, que junto con otras causas condujo al fin de la República.

La persona del tribuno fue declarada inviolable y tenían derecho para vetar las disposiciones de los magistrados que consideraran lesivas a los intereses de la plebe, veto al cual sólo escapaban las resoluciones u órdenes del dictador. Este derecho de veto sólo podía ser ejercido en Roma y dentro de un radio de una milla a su alrededor.,

21. ACERCAMIENTO ENTRE PATRICIOS Y PLEBEYOS

Roma ya no era una ciudad, se estaba convirtiendo en un poderoso imperio, de ahí que tuviera que concentrar y reagru-par sus fuerzas para presentar un frente homogéneo a sus adversarios; tenía que resolver sus diferencias internas, dar iguales oportunidades a todos los ciudadanos para que todos ellos pudieran luchar por aspiraciones e ideales comunes. Esto lo comprendieron al fin los patricios y fueron permitiendo el acceso de los plebeyos a las magistraturas hasta entonces reservadas a ellos.

En esta forma, el mismo año en que se creo la pretura, 367 a. C, los plebeyos obtuvieron el consulado, siendo Lucio Sexto el primer cónsul plebeyo. En 337 a. C, un plebeyo es nombrado pretor. En 447 a. C, fueron nombrados dos cuestores patricios, alcanzando esta magistratura los plebeyos en 421 a. C. Los censores, encargados del censo y guardianes de las costumbres, datan del año 443 a. C, llegando los plebeyos a esta magistratura en 351 a. C. Y así, una a una fueron los plebeyos alcanzando las distintas dignidades: en 365 a. C, un plebeyo es dictador, en 300 a. c, se colocan entre los pontífices y augures y en el año 254 a. C. Tiberio Coruncanio es elevado a la dignidad de gran pontífice. A partir de ese instante la igualdad entre los dos órdenes estuvo asegurada en el aspecto público. D.I.2.2.27, 28, 22 y 17

22. CAMBIOS ECONÓMICOS Y ADVENIMIENTO DE UNA NUEVA DIVISIÓN SOCIAL

Mediante ligas y alianzas Roma consigue ponerse a la van-ouardia de sus vecinos, aunque a veces éstos la abandonan momentáneamente y la ponen en grave peligro —como cuando el saqueo de los galos en 390 a. C. Cuando Thurii pide a Roma ayuda contra Tarento y es derrotado Pirro, rey de Epiro, Roma queda al frente de los pueblos griegos del sur de la península y entra en la zona de influencia de los cartagineses, pueblo de origen fenicio que prácticamente dominaba la cuenca occidental del Mediterráneo, incluyendo a Sicilia.

Roma tenía alianzas con Cartago y con Siracusa; cuando las circunstancias le obligaron a elegir, optó por Siracusa y ese fue el principio de las guerras púnicas; de éstas salió vencedora Roma, quien después dirigió la mirada hacia la cuenca oriental del Mediterráneo. Esto trae una serie de cambios en la ciudad que se estaba transformando en la dominadora del mundo conocido. Al pueblo de campesinos y de guerreros sucede una nueva sociedad en la que los mercaderes toman un lugar importante; las empresas comerciales en grande se van gestando; a las entrañas de la tierra se le extraen el cobre, la plata y el oro principalmente, para fortalecer la economía y para que el Estado pueda hacer frente a las erogaciones de un ejército siempre creciente.

La conquista de Macedonia y de Grecia abre nuevos horizontes a Roma. La sociedad se transforma y nuevas clases sociales surgen en la ciudad imperio, al lado de las clases de agricultores y guerreros afloran las de mercaderes, comerciantes, preceptores, armadores. El desarrollo de la economía monetaria favorece las transacciones comerciales, las especulaciones y la usura. Afluyen a Roma cantidad de extranjeros y esclavos, producto de las conquistas. El número de los esclavos aumenta en grandes proporciones, en un solo día en el mercado de Délos se vendieron diez mil esclavos.

23. Los GRACOS

Tiberio Graco fue designado tribuno en el año 133 a. C, cuando el poderío' romano estaba en todo su esplendor. Era un

hombre de merecido prestigio, procedente de una familia sobresaliente de varones intrépidos. Tiberio Graco se constituyó en el defensor de los despojados, de los plebeyos; su defensa del débil se apoyaba en móviles humanos y morales.

Como resultado de las conquistas romanas y del enorme botín obtenido en ellas, la afluencia de riquezas a Roma trajo el debilitamiento de las virtudes austeras del pasado: la molicie y el lujo se apoderaron de la sociedad. Los romanos ya no querían cultivar las tierras que durante centurias habían sido el soporte donde se asentaban la economía y el poder de Roma. Con el campo abandonado se formaron extensos latifundios que fueron a dar a las manos de unos cuantos potentados que se ocupaban cada vez menos de los intereses de su patria.

Ante este acaparamiento de tierra tan perjudicial para el Estado, Tiberio Graco propuso al senado que se limitara a treinta yugadas, que equivalen a siete y media hectáreas, la posesión de las tierras, así como la división subsiguiente de las tierras que habían de entregarse a los pobres. Tiberio propugnaba por la equidad en el reparto de la riqueza y defendía la participación activa de los plebeyos tanto en la tarea común como en los frutos que rindiera.

Esta conducta de Graco encontró eco en el pueblo y le suscitó el rencor de los poderosos. Durante unas elecciones el grupo rico provocó un tumulto en el cual Tiberio Graco fue asesinado.

Diez años después Cayo Graco fue electo tribuno y decidió continuar la obra de su hermano. Deseó atraerse a los plebeyos y organiza conforme a la ley frumentaria la distribución de cereales a bajos precios para el pueblo. No pudo continuar con su tarea pues hubo nuevos disturbios y también fue asesinado.

24. CRISIS DE LA REPÚBLICA

La metrópoli ya en el siglo ni a. C, había entrado de lleno al comercio con el mundo conocido y en virtud de su creciente poderío, Roma se convirtió en un gran centro mercantil y financiero, que con su moneda dominaba al mundo conocido. Pero esto costó a Roma un precio muy alto: grandes pérdidas de vidas humanas por las continuas guerras,

sobre todo por las de Cartago, que afectaron seriamente a la clase campesina; después, los graneros que fueron las posesiones de Sicilia y del norte de África, principalmente Egipto, repercutió también en los campesinos, pues salió más barato transportar el trigo por barco que llevarlo por tierra al través de la península; esto hace que la clase campesina emigre a la metrópoli, aumentando considerablemente la población urbana.

Otro factor de la crisis tuvo su origen en la defectuosa administración de las provincias; si la magistratura anual funcionó más o menos bien en la ciudad de Roma, para las provincias no fue así: un año de gestión para el gobernador era poco, las obras no podían concluirse en lapso tan breve y, por otra parte, se entorpecía el desarrollo de las operaciones militares.

Además desde la época de los Gracos se desataron en Roma las luchas civiles, que continuaron por el deseo de algunos de implantar bien el poder personal, bien la dictadura popular. Vienen después las dictaduras de Mario y Sila, el primero lucha contra el poder del senado, el segundo defiende ese poder. Mario muere y queda Sila de dictador, quien devuelve al senado su antiguo poder, disminuyó la autoridad de los tribunos y abolió la censura. Tiempo después abdicó Sila, pero el mal ya estaba causado, contribuyó a la decadencia de las instituciones republicanas, pues su dictadura fue acostumbrando al pueblo a ser gobernado por un solo hombre, lo que propició el advenimiento del Imperio.

25. Los DOS TRIUNVIRATOS

En el año 70 a. C, aparece en escena un nuevo caudillo popular: Pompeyo, quien aliado con un general, Craso, abolieron la constitución aristocrática de Sila y dominaron al ejército, quien es un dócil instrumento en sus manos. Pompeyo sale a combatir a los piratas en el Mediterráneo y a unos insurrectos en el Asia Menor. A Craso tocó combatir la insurrección de esclavos capitaneada por Espartaco. Cuando regresaron a Roma se encontraron con Julio César, quien ya contaba con la simpatía popular, éste los reunió y firmaron un pacto, formándose así el primer triunvirato en 60 a. C.

Craso muere tiempo después en una expedición al Asia Menor, César marcha a las Galias y Pompeyo queda en Roma, maniobrando para eliminar a Julio César; éste recibe órdenes del senado para que regrese a Roma y así lo hace, pero acompañado de su ejército, Pompeyo huye con los senadores para organizar fuerzas en las provincias, no lo logran y Julio César derrota a los pompeyistas en España, en Grecia y en Egipto. Vencedor César, convierte al senado en una asamblea consultiva e introduce el orden en la administración. Fue el último arquitecto de la nación italiana y el nuevo ordenador del Estado. Pereció víctima de aquellos nobles que él había perdonado el 15 de marzo del año 44 a. C.

El desorden vuelve a Roma, pero dos generales de César dominan la situación: Marco Antonio y Lépido, a los cuales posteriormente se unió Octavio, sucesor de César, formándose así el segundo triunvirato y restableciéndose la paz. Pronto fue eliminado Lépido, Marco Antonio fue enviado a combatir a los egipcios, pero cae en manos de Cleopatra, yendo a combatirlo Octavio, quien lo derrota en Actium en 31 a. C. quedando como único señor Octavio.

LECCIÓN V

26. El Imperio, Augusto. 27. Principado y autocracia. 28. Cambios económicos, religiosos y sociales. 29. Reformas de Diocleciano y Constantino. 30. División del Imperio. 31. La caída del Imperio occidental. 32. Grandes rasgos de la historia del Imperio oriental.

26. EL IMPERIO, AUGUSTO

Octavio, después de someter a los egipcios, regresa a Roma como imperator, esto es, como general vencedor y ayudado eficazmente por Agripa que era el segundo cónsul, recibe entre otras dignidades, la potestad tribunicia y el imperium vitalicio. Posteriormente reduce el número de senadores de mil a seiscientos y logra que Agripa lo nombre príncipe del senado. En el séptimo año de su consulado, en 27 a. C., dimite sus poderes ante el senado, pero no le aceptan el sacrificio, le ruegan que siga en el desempeño de su misión y le ratifican sus cargos; el senado le confiere el título de Augusto, que da a su persona cierto carácter sagrado, recibe también el gobierno de las provincias ocupadas militarmente, con lo cual continúa siendo el jefe de los ejércitos. En esta forma Augusto va recibiendo todas las potestades, todas las magistraturas republicanas una a una, pero deja que los magistrados sigan desempeñando sus funciones. Los sucesores de Augusto recibieron estas potestades simultáneamente mediante la *lex regia* o *lex de imperio*, que era votada por el senado y ratificada por el pueblo en los comicios por tribus.

27. PRINCIPADO Y AUTOCRACIA

A esta época se le conoce con el nombre de diarquía porque el emperador compartía el poder con el senado, éste a virtud de la anualidad del consulado y demás magistraturas,

había adquirido una gran fuerza política por ser el único cuerpo permanente que había en Roma. Después, paulatinamente, el emperador va absorbiendo todo el poder hasta concentrarlo todo en su persona y el senado pasa a ser su fiel lacayo. De manera que Augusto gobierna compartiendo su poder con el senado que era muy poderoso políticamente, pero a medida que transcurre el tiempo la autocracia se va enseñoreando, hasta que Diocleciano asume el poder, dando principio al gobierno de los emperadores despóticos que caracterizaron al Bajo Imperio.

28. CAMBIOS ECONÓMICOS, RELIGIOSOS Y SOCIALES

Tras de la guerra civil que concluye con la extraordinaria personalidad de Julio César, se transforma la constitución de Roma bajo Octavio, hijo adoptivo de César, y en esa nueva constitución que ha sido objeto de tan numerosos como valiosos estudios, el problema jurídico se complica con el político y uno y otro se hallan dominados por la fuerte personalidad de Octavio, no impulsiva y genial como la de César, sino reflexiva y naturalmente inclinada a las soluciones medias.

Los tratadistas se encuentran frente a una situación que aparece con elementos contradictorios, pues, por una parte, según expresión del mismo Augusto, todas sus acciones se encaminaron a restaurar el orden republicano y la antigua libertas: aserción no desmentida, ya que ninguna de las antiguas instituciones republicanas desapareció: senado, comicios, consulado, tribunado, pasado el periodo de la lucha civil y de los dos triunviratos, fueron restaurados formalmente por el príncipe, con sus mismas funciones y atribuciones. Pero, por otra parte, el mismo Augusto confesaba que había instaurado en Roma un orden nuevo, cuya manifestación más importante era el principado, incompatible, aun desde el punto de vista formal, con el antiguo régimen republicano.

A partir de esta época, Roma depende cada vez más del exterior sobre todo para el suministro de cereales y demás mercaderías, pues otras actividades absorben al romano. La milicia se torna profesional: los soldados siguen a la mejor paga, no al mejor jefe.

Como asumió Augusto todas las magistraturas republicanas, también recibió la jefatura religiosa y así se prepara el camino para la autocracia.

A medida que pasó el tiempo y se fue alejando la idea de la democracia republicana, el absolutismo latente en el principado de Augusto cobró fuerza y condujo con los años a la monarquía absoluta con la que había soñado César. En contraste con la etapa anterior Roma gozó de largos periodos de paz casi completa, esa paz octaviana cantada por los poetas hizo posible el siglo de oro de la literatura latina y posteriormente el de la jurisprudencia.

Pueden señalarse cuatro grandes dinastías que sucesivamente ejercieron el poder imperial: 1ª, Dinastía Julio-Claudia, de 31 a. C, a 68 d. C, con Augusto, Tiberio, Calígula Claudio y Nerón. 2ª, Dinastía Flavia, de 69 a 96 d. C, con Vespasiano, Tito y Domiciano. 3ª, Dinastía de los Antoninos, de 96 a 192 d. C, con Nerva, Trajano, Adriano, Antonino, Marco Aurelio y Cómodo, 4ª. Dinastía de los Severos, de 193 a 235 d. C, con Septimio Severo, Caracalla, Heliogábalo y Alejandro Severo. En esta época Roma llegó a su cénit en todos los órdenes, pero a pesar de tanto esplendor ciertos nubarrones pronosticaban grandes tormentas: a) el latifundismo aumentaba, b) los germanos presionaban las fronteras, c) el ejército se inmiscuía en la vida política y exigía a los emperadores remuneraciones elevadas, d) la abrumadora carga fiscal ahogaba a la economía. En esta forma se da pie para la siguiente fase dentro del Imperio: la autocracia.

29. REFORMAS DE DIOCLECIANO Y CONSTANTINO

Al ocupar Diocleciano el Imperio se preocupó por defender el territorio de las invasiones bárbaras que eran muy frecuentes, esta amenaza en las fronteras hizo resaltar la importancia de las provincias fronterizas. Con objeto de proteger al Imperio y de salvaguardarse él mismo, Diocleciano lo dividió en dos porciones: Oriente, en donde reinó él, y Occidente, cuyo mandato confió a Maximiano. Poco tiempo después dieron el título de César a dos amigos suyos: Constantino y Galerio. En esta forma el Imperio quedó subdividido en cuatro partes, cada una con su soberano: dos emperadores —Augustos— y dos viceemperadores —Césares.

La finalidad de esta tetrarquía fue asegurar un pacífico cambio de poderes para evitar que el Imperio perdiera más sangre y se debilitara en beneficio de los bárbaros. Previa-

mente Diocleciano había modificado la administración del ejército, los puestos civiles y militares eran independientes, el general dependía de la administración civil para su avituallamiento, el ejército ya no tenía que ver en la administración, ni con la imposición de tributos. Diocleciano también aumentó el número de provincias para reducir las fuerzas bajo el mando de un solo jefe. Sin embargo, todas estas precauciones no bastaron, pronto se suscitaron guerras civiles, de las que resultó triunfante Constantino, quien gobernó de 306 a 337. El reinado de Diocleciano fue de 284 a 305.

En esa época la persona del emperador se sustrae, ya raramente aparece en público y está rodeado de una corte al estilo oriental. Funcionarios con nuevos títulos guardan la persona del emperador y atienden a los subditos; un ceremonial semi-religioso inviste al emperador de autoridad divina que administraba como colaborador de Dios en el trono. En esta forma el emperador concentró en sus manos un poder ilimitado, de origen divino, creyéndose por tal motivo responsable de sus actos sólo ante la divinidad.

30. DIVISIÓN DEL IMPERIO

La esencia de las reformas administrativas de Diocleciano y de Constantino fue la completa separación de las funciones del *lux* o jefe militar y del *præses* o gobernador civil, así como una disminución territorial de las provincias para crear nuevas; así se redujo la influencia de los caudillos militares y de las autoridades civiles para que no fueran rivales del trono.

En el aspecto legal, el emperador era la fuente de derecho a la vez que su intérprete y fuente de la autoridad, toda jurisdicción dimanaba del soberano y la jurisdicción en sí misma se controlaba al través del recurso de apelación que tenía el subdito para hacer llegar la resolución de su asunto ante el emperador.

31. LA CAÍDA DEL IMPERIO OCCIDENTAL

Cuando en el año 476 Odoacro, jefe de los mercenarios hérulos tomó para sí el título de rey de Italia, Rómulo Augústulo, el último emperador de Occidente, dejó de reinar, sólo quedó

Bizancio como heredera de la tradición romano-helenística, guardiana de innumerables tesoros jurídicos. Roma, bajo la bota del bárbaro, va a dar leyes a éstos: las leyes romanas de los bárbaros, que toman de los principales tratados de los juristas clásicos y de las constituciones imperiales. Pero a estas leyes les faltó la mano genial de los juristas que Justiniano tuvo la fortuna de tener, y así fue como el *Corpus Iuris Civilis* legisló al mundo. Sin embargo, hay que hacer notar que el derecho del Bajo Imperio, conocido como derecho vulgar, no fue pobre en creación, pero sí en calidad.

Posteriormente, en 522 Narsés, general de Justiniano, reconquista a Italia, de la cual fue nombrado exarca; pero esta reconquista fue efímera e Italia recae en la barbarie.

32. GRANDES RASGOS DE LA HISTORIA DEL IMPERIO ORIENTAL

De una manera general, con ciertas reservas, podemos afirmar que el Imperio de Oriente es griego en su lengua, en su literatura, en su teología y en su culto y, por el contrario, que es romano en su derecho, en su tradición militar, en su diplomacia y en su consistente mantenimiento de la supremacía del

Estado.

Para comprender la idiosincrasia del Imperio Bizantino es necesario comprender que a la civilización de ese Imperio tocó continuar un glorioso pasado que fue lo mismo romano que heleno.

La supervivencia de la concepción romana de la supremacía del Estado y del gobierno central no sólo da su unidad al Imperio de Oriente, sino que en gran medida le permite durar varios siglos más que al de Occidente. En el Oriente hay un Estado en el cual toda la autoridad está centralizada; en la Europa Occidental de la Edad Media hay infinidad de pequeños Estados y dentro de éstos la autoridad y la jurisdicción están igualmente descentralizadas. En Oriente el poder se concentra en el emperador, eficazmente auxiliado por sus colaboradores.

La sociedad bizantina hereda las mismas virtudes y los mismos vicios que la sociedad romana: es aficionada al circo, los colores que en él tomaban los caballeros que se disputaban el premio dividían a la ciudad en cuatro bandos: los blancos, los rojos, los azules y los verdes; esta pasión por los colores en

más de una ocasión produjo graves tumultos. Un acendrado fanatismo impera en lo religioso, el culto a los dioses paganos se troca por el de los santos; sus días festivos fueron fiestas religiosas; sus representaciones en el circo se iniciaban con el canto de himnos religiosos.

LECCIÓN VI

33. Concepto de historia externa del Derecho Romano. 34. Las *leges rogatae*. 35. La ley de las Doce Tablas, antecedentes, su formación, reconstrucción y contenido. 36. Dudas acerca de su existencia. 37. Evolución de la ley mediante la *interpretado*.

33. CONCEPTO DE HISTORIA EXTERNA DEL DERECHO ROMANO

Estudiar las fuentes del derecho, o en otros términos, investigar cómo es que se ha formado en cada una de sus distintas épocas, esto es en lo que consiste la historia externa del derecho, así llamada porque lo mira en su exterior, limitándose a describir el mecanismo que le da la forma y la vida. Se opone a la historia externa la interna, que analiza las instituciones jurídicas en sus principios y en sus aplicaciones y las sigue en todo el curso de su desarrollo y perfeccionamiento. La historia externa tendrá entonces por objeto la constitución del poder legislativo —las fuentes del derecho—, la historia interna tendrá por objeto el estudio de las obras de ese poder. La primera no es más que un capítulo de la historia del derecho público, la segunda es la historia completa del derecho privado.

34. LAS «LEGES ROGATAE»

Lex est commune preeceptum —la ley es un precepto general—, según definición de Papiniano; Gayo en sus *Instituciones* dice: *lex est quod populus iubet atque constituit* —ley es lo que el pueblo ordena y establece—, Justiniano en sus *Instituciones* la define: *lex est, quod populus romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constiluebat* —ley es lo que el pueblo romano establecía a propuesta de un magistrado senatorial, como el cónsul.

D.1-3.1, G.1.3, 1.1.2.4

Había dos clases de *leges*: las *leges curiatse*, que eran las más antiguas, y las *leges centuriatse*, que tuvieron su origen a partir de la reforma de Servio Tulio, a éstas también se les daba el nombre de *leges rogatae*, porque eran sometidas a los comicios para su aprobación; en esta forma se distinguían de las *leges datase*, que eran las que los magistrados en virtud de su *imperium* dictaban con motivo de sus funciones.

La ley consta de varias partes, su texto se inicia con la *prascriptio*, donde se indica quién es el magistrado que la propone, el día de la votación y la unidad comicial que votó primero. A esta especie de introducción sigue la ley propiamente dicha, parte a la que se llama *rogatio*. La *sandio* era aquella parte que contenía disposiciones encaminadas a asegurar su observancia, pero que podía faltar sin que la ley dejara de ser tal.

Cuando los romanos eran convocados a los comicios, votaban las leyes que versaban sobre una institución o asunto jurídico determinado, así lo indica el enunciado de sus leyes: *lex Cincia de donis, et muneribus*, *lex Iulia de adulteriis*, *lex Cornelia de iniuriis*, *lex Iulia de vi*. Pero había ocasiones, las menos, en que una ley reglamentaba sobre varios puntos, entonces, se le llamaba *lex per saturam*, como la ley de las Doce Tablas.

En época posterior se da el nombre genérico de *leges* a las disposiciones que emanaban de autoridad constituida, por oposición al *tus*, que era formado por las opiniones y estudios de los particulares.

35. LA LEY DE LAS DOCE TABLAS; ANTECEDENTES, SU FORMACIÓN, RECONSTRUCCIÓN Y CONTENIDO

Parece que a la caída de la monarquía las pocas leyes que había fueron abrogadas, por lo que los plebeyos estaban completamente a merced de los patricios, éstos interpretaban a su antojo el derecho consuetudinario. Entonces, los *tribuni plebis*, Terentilio Arsa, entre otros, propugnaron por la confección de un código escrito aplicable a toda la ciudadanía. Los patricios no pudieron negarse por mucho tiempo a escuchar las justas peticiones de la plebe y enviaron a tres patricios al sur de Italia, para que en las ciudades griegas estudiaran la legislación de Solón y de Licurgo.

Al regreso de esta comitiva en el año 451 a. C, se suspendieron las magistraturas y fueron designados diez varones, todos patricios, para redactar el código escrito —*decemviri legibus scribundis*. Al cabo de un año terminaron su labor, la cual plasmaron en diez tablas, cuyo contenido fue aprobado en los comicios por centurias. Poco después éstas parecieron insuficientes y fueron nombrados otros *decemviri*, entre los cuales había cinco plebeyos, y nuevamente se suspendieron las magistraturas. Este decenvirato redactó otras dos tablas, pero la tradición refiere que quisieron perpetuarse en el poder y hubieron de ser derrocados.

La ley de las Doce Tablas fue grabada en tablas de bronce o de madera, expuestas en el Foro y su contenido era de todos conocido, aun en la época de Cicerón.

Las Doce Tablas codificaron el derecho consuetudinario que estaba aplicándose en esa época; se les tiene como fuente de todo el derecho público y privado —*fons omnis publici private est iuris*. Todo lo que de ellas dimana es calificado de legítimo, pues era la ley por excelencia. Tienen una importancia capital ya que fue la primera codificación completa que se hizo del Derecho Romano antes de Justiniano. Ninguna de sus disposiciones fue expresamente derogada, por lo que se puede decir que estuvieron vigentes hasta la época de Justiniano, año 565 de nuestra era.

El contenido de las Doce Tablas se perdió y en la época moderna se han hecho intentos para su integración. En el siglo XVII aparece un ensayo debido a Jacobus Gothofredus, hay otros de Dirksen, Ortolán y Schöll más recientes. De acuerdo con estos estudios su contenido sería como sigue:

Las tablas I y II se refieren a la organización judicial y al procedimiento, principio y desarrollo del juicio.

La tabla III versa sobre la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes.

La tabla IV sobre la potestad paterna, limitando en algunos aspectos su amplio poder, por ejemplo, al padre que mancipaba por tres veces a su hijo, perdía la *patria potestas*.

La tabla V establecía disposiciones sobre la tutela y las sucesiones.

La tabla VI reglamentaba la propiedad estableciendo sus normas generales, modos de transmisión y algunas de sus restricciones.

La tabla VII se refería a las servidumbres.

La tabla VIII versaba sobre derecho penal, estableciendo el Talión y quizá haya hablado también de las obligaciones en general.

La tabla IX se refiere al derecho público y a determinadas relaciones con el enemigo.

La tabla X se ocupaba del derecho sacro.

Las tablas XI y XII complementaban a las anteriores.

36. DUDAS ACERCA DE SU EXISTENCIA

Es en el siglo xviii cuando Juan Bautista Vico pone en tela de juicio el relato tradicional sobre el código decenviral, posición que se fundamenta más seria y científicamente a finales del siglo xix por Héctor Pais y Eduardo Lambert. El primero niega que la obra haya sido el producto de un decen-virato legislativo; Lambert, su discípulo, considera que fueron máximas o adagios de carácter privado y las identifica con el *Ius Aelianum*. La falta de armonía y concordancia entre las disposiciones de la ley decenviral que no pueden corresponder a una misma época, son las causas principales que fundamentan la tesis de dichos autores.

Nosotros creemos y con esto nos apegamos a Bonfante, Krüger, Lenel y Mommsen, entre otros, que lo importante en el caso de la ley de las Doce Tablas, no es tanto buscar la autenticidad de las reconstrucciones, sino verificar el fenómeno social y político que dicho código representó y la veneración casi religiosa que por él se sintió, veneración que no sería explicable referida tan sólo a un conjunto de adagios populares, como afirman los escépticos, que fue ese monumento legislativo.

Esta ley no llenó las aspiraciones de los plebeyos, la igualdad que ellos esperaban con los patricios no les fue concedida ni en el orden público, ni en el privado. En el público, no les fueron abiertas las magistraturas, esto lo consiguieron años después tras largas luchas; el derecho siguió monopolizado por los patricios, los días fastos y las formas del procedimiento no eran conocidas del pueblo. En el orden privado, prohibían el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Los juristas romanos elogian a las diez primeras tablas por sus sabias disposiciones que supieron resumir el dere-

cho de su tiempo, pero todos estos elogios se tornan críticas para las dos últimas tablas que contenían disposiciones inicuas.

Las Doce Tablas estaban escritas en un lenguaje conciso y un tanto oscuro, he aquí algunas de sus disposiciones:

Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto. Si furiosus escit, ast ei cusios nec escit, adgnatum gentilium-que in eo pecuniaque eius potestas esto. Tignum iunctum jedibus vinseve et concapit ne solvito.

37. EVOLUCIÓN DE LA LEY MEDIANTE LA «INTERPRETATIO»

Los romanos tenían en la ley de las Doce Tablas un código escrito que habría de aplicarse a toda la población, pero para hacerlo era menester interpretarlo. Esta interpretación fue realizada por los pontífices, quienes con su labor abarcan casi toda la época de la República. Con esto el acervo del *ius civile* se va enriqueciendo, se interpreta la ley de las Doce Tablas y por medio de ingeniosos giros sus normas se aplican a negocios diversos. Tenemos, por ejemplo, en esta ley un precepto que castigaba al padre que vendía tres veces a su hijo con la pérdida de la *patria potestas*, pues bien, por *interpretatio* de esta norma se hacía la adopción, el padre vendía tres veces a su hijo para romper la patria potestad y permitir que el adoptante la adquiriera. También, por vía de *interpretatio* se origina la *in iure cessio*; según una disposición de las Doce Tablas, cuando el acusado confesaba ante el magistrado, afirmaba el derecho que asistía al actor y se le tenía por condenado —*confessus pro iudicato est*—; basadas en este principio, las partes se ponen de acuerdo sobre el negocio que van a celebrar, acuden ante el magistrado y una de ellas afirma tener tal o cual derecho, la contraria calla y el magistrado basado en su silencio, mediante la *addictio*, confirma la pretensión del demandante. Mediante este mismo procedimiento pueden celebrarse y alcanzar sanción civil otros contratos.

D.1.3.11

La ley se mantuvo vigente durante siglos gracias sobre todo a la *interpretatio*, que no se reducía en rigor a explicar la ley, sino que la completaba y la desenvolvía, sin abstenerse

de violentar manifiestamente su texto cuando era necesario para ponerla a tono con las nuevas necesidades jurídicas.

Todo este derecho fue exclusivamente *ius civile* por proceder sólo de las normas establecidas por el pueblo en los comicios y por tener por función primordial el regular exclusivamente las relaciones entre los ciudadanos romanos. Por otra parte, era *ius civile* porque sus fuentes eran la ley y su *interpretatio* y su aplicación se limitaba a los ciudadanos, era un derecho civil y nacional, llamado también *ius Quiritium* o derecho quiritario.

LECCIÓN VII

38. Los tribunos. 39. Los plebiscitos. 40. Los senadoconsultos. 41. El edicto de los magistrados.
42. Dualismo del Derecho Romano. 43. El edicto de Sal vio Juliano.

38. LOS TRIBUNOS

A la clase pobre de la población, a los plebeyos, no aprovechó la reforma serviana; eran explotados por los patricios, las continuas guerras impedían que cultivaran las tierras, contrajeron deudas que no pudieron pagar y todo el rigor que el antiguo derecho civil autorizaba contra el deudor insolvente les era aplicado. Esto exasperaba a la plebe y la determinó a salir de Roma para intentar fundar otra ciudad. El senado romano envió a una comisión para disuadirlos de su intento, lo que logró Menenio Agripa con su legendario discurso del estómago y los miembros. Los plebeyos regresaron a Roma al conseguir dos concesiones importantes: que el deudor insolvente no fuera tratado como esclavo y que se les concediera un magistrado de extracción plebeya que los defendiera de las decisiones de los patricios, éste fue el tribuno de la plebe.

Al principio fueron dos los *tribuni plebis*, más tarde su número fue en aumento hasta llegar a diez. Estos magistrados eran elegidos por la plebe, su gestión era anual, no tenían *imperium*, sino un poder limitado —*potestas*—, su persona era inviolable y tenían derecho de vetar las disposiciones de los magistrados patricios.

39. LOS PLEBISCITOS

Según Gayo, *plebiscitum est quod plebs iubet atque cons-Utuit* —plebiscito es lo que la plebe ordena y establece. De acuerdo con su etimología esta palabra designa propiamente

una decisión tomada no por el pueblo entero, sino por los plebeyos, y así fue en un principio. G.1.3

El tribunado fue creado en el año 494 a. C, y los *tribuni* procedieron a convocar a la plebe en asambleas, de ahí el origen de los plebiscitos que al inicio sólo obligaban a la plebe, pues los tribunos no tenían poder para convocar a los patricios. Sea como fuere, estos comicios van cobrando fuerza, aunque no se las dieran los patricios; prueba de ello es que la ley Valeria Horatia de 449 a. C, y la ley Publilia de 339 a. C, no fueron atacadas por ellos, hasta que vino una tercera, la ley Hortensia del año 287 a. C, disponiendo nuevamente que los plebiscitos debían ser acatados por todo el pueblo romano y no sólo por la plebe. A partir de esa fecha los plebiscitos fueron la obra del pueblo entero. Desde entonces también se les puede dar la denominación de ley y, en efecto, obra de ellos son, entre otras, las siguientes leyes: Cincia, Voconia, Falcidia, Aquilia.

En estos comicios se votaba por tribus, pero para que los patricios tuvieran la preponderancia, junto con la clase rica, a los pobres se les domicilió en las cuatro tribus urbanas, así fue como el censor Tiberius Gracchus concentró a todos los libertos en la tribu Esquilina.

Como en el caso de las leyes, los plebiscitos tomaron el nombre del magistrado que lo había propuesto.

40. LOS SENADOCONSULTOS

Gayo dice que *senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituít* —senadoconsulta es lo que el senado ordena y establece; igual definición da Justiniano en sus *Instituciones*.

G.1.4, 1.1.2.5

En un principio el senado debía dar su *auctoritas* para que las leyes votadas en los comicios fueran válidas. Posteriormente daba consejos a los magistrados que se lo solicitaban. A partir del último período del gobierno de Augusto la convocación del pueblo con fines legislativos se hizo más rara. Bajo Tiberio los comicios perdieron una de sus más impor-

tantes prerrogativas: la elección de los magistrados, que pasó a ser una facultad del senado. En la primera época del Imperio el senado alcanzó el mayor apogeo, tanto en asuntos políticos como administrativos y se inició su carácter legislativo propiamente dicho, aunque con alguna oposición en un principio, pues los senadoconsultos invocaban la autoridad del pretor para su aplicación.

El procedimiento legislativo del senado difería en varios aspectos fundamentales del empleado por los comicios. El senado era convocado por los cónsules, por los pretores, por los *tribuni plebis* y en el principado por el emperador. Los proyectos de ley sometidos al senado no eran publicados previamente, ni era necesario que se hiciera mención de ellos al convocarlo. La proposición la hacía el magistrado que lo había convocado y los senadores tenían también derecho de proponer, pero bajo el Imperio casi no lo hacían; la propuesta por lo general emanaba del emperador y ordinariamente era hecha *per epistolam* —por carta—; esta epístola era leída por los cuestores, llamados *candidati principis*; como el senado nunca rechazaba la propuesta imperial, los jurisconsultos llamaban frecuentemente a los senadoconsultos *oratio principis*. El voto frecuentemente se hacía *per discessionem*: de un lado se colocaban los que aprobaban el proyecto y del otro los que lo rechazaban.

El texto del SC comenzaba con la indicación de la cuestión propuesta y seguía la frase típica de *ea re ita senatus censuit* —de este asunto el senado resolvió lo siguiente—, o bien: *ita pares censuerunt* —esto resolvieron los senadores.

El proyecto era ampliamente discutido si así lo requería el asunto, para pasar después a votación, cuyo resultado daba el presidente; en seguida se procedía a la transcripción del texto, que era depositado en el *Aerarium Saturni*, tramite indispensable que hacía las veces de publicación.

El SC constaba de *prescriptio*, en la que figuraban el nombre del magistrado proponente y fecha de votación; luego venía el texto legal dividido generalmente en capítulos, y a) último la *sanctio*.

He aquí algunos SC importantes: el *Valleianum*, que prohibía a las mujeres figurar como fiadoras; el *Nenorianum*, que estableció que debían tenerse como válidos todos los legados hechos *per damnationem*; el *Tertullianum*, modificando el derecho de sucesión hereditaria de la madre frente al hijo

y que fue completado por el *Orphitianum*; el *Macedonianum*, que prohibió prestar dinero a los hijos de familia.

41. EL EDICTO DE LOS MAGISTRADOS

Las *Institutiones* de Justiniano al enumerar las diversas fuentes del derecho y aludir al edicto de los magistrados dicen: *Prætorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. Hæc etiam ius honorarium solemus appellare quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt* —también los edictos de los pretores tienen una autoridad no pequeña. A este derecho acostumbramos también llamarlo honorario, porque le dieron autoridad aquellos que disfrutaban los honores» esto es, los magistrados. Papiniano define al derecho honorario como aquel que los pretores han introducido para aplicar, completar y corregir al derecho civil, teniendo en cuenta el interés común. Al definirlo así, este jurisconsulto expresa con exactitud el triple resultado de la labor del pretor. En efecto, cuando se instituyó esta magistratura en el año 367 a. C. —por virtud de la ley Licinia Sexta, que introdujo cambios en la jurisdicción de los magistrados—, el pretor aplicaba el derecho civil; Roma crecía y ese derecho era insuficiente para las necesidades de la población, entonces el pretor llenaba sus lagunas; finalmente, con las ideas de la filosofía griega y la irrupción del derecho de gentes, el rigorista derecho civil mostraba en algunos aspectos poca justicia y equidad, entonces el pretor lo corregía, dando una norma más suave. 1.1.2.7

El derecho honorario comprende el conjunto de las disposiciones introducidas por el edicto de los magistrados y se llama honorario porque emanaba de las personas *in honore*. El derecho honorario sería el género, el derecho pretorio la especie. Los edictos referentes al derecho privado son los de los pretores, los de los presidentes en las provincias, los de los ediles curules, los de los cuestores y el de los prefectos del pretorio.

La costumbre estableció que antes de entrar a asumir sus funciones, los magistrados publicasen un edicto para exponer cuál sería su manera de interpretar y aplicar la ley.

Esta costumbre es posterior a las Doce Tablas y a la divulgación de las *legis actiones* o fórmulas del procedimiento. Como este programa o edicto estaba en vigor durante un año, se le llamaba *edictum perpetuum*, que malamente se ha traducido como edicto perpetuo, pues significa edicto entero, continuo, no interrumpido, en contraposición a los *edicta repentina*, que eran los expedidos para casos o circunstancias especiales o imprevistas.

Jurídicamente no estaba obligado el pretor a ajustarse a su edicto, pero el uso y la opinión pública le vincularon a él de tal manera que hubiera sido muy difícil no amoldar sus decisiones a las fórmulas del edicto. Una ley Cornelia de 67 a. C. obligó a los pretores a ajustarse al edicto —*ut prætores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*.

El edicto surgido de la práctica, redactado con extraordinaria habilidad y cuidado, fue aceptado por el pretor sucesor en algunos casos con ligeras modificaciones y fue sucesivamente aceptándose de un pretor a otro, por lo que se le dio el nombre de *edictum translatitium*; *edicta nova* eran las disposiciones que aparecían por primera vez en el edicto.

Es contrario a nuestras ideas modernas que el magistrado encargado de administrar justicia pueda hacer también las leyes, pero es que en Roma todos los magistrados superiores, todos aquellos que tenían el *imperium*, tenían por ello mismo dentro de la esfera de sus atribuciones, poderes iguales a los del pueblo del cual ellos no eran sino los delegados, por ello les pertenecía la misma soberanía y la ejercitaban. Sin embargo, esta soberanía a diferencia de la del pueblo era limitada por estas tres reglas: 1*? Los poderes del magistrado duraban un año. 2? Sus determinaciones podían ser paralizadas y anuladas por la *intercessio*, esto es, por el veto de un magistrado igual o superior. 3^ Terminada su gestión el magistrado puede ser acusado y algunos casos históricos demuestran que esta responsabilidad no era puramente ilusoria.

El pretor formulaba el edicto basándose en su facultad de dirigir los procesos, siguiendo en él la secuela del procedimiento, dando primero las normas sobre la tramitación *in iure*, la parte principal la constituían las acciones y demás recursos procesales, para terminar con las normas de ejecución forzada.

42. DUALISMO DEL DERECHO ROMANO

Al lado del derecho civil se fue formando el derecho honorario que era más benigno, no tan formalista y riguroso. El derecho honorario, influenciado por el derecho de gentes, va creando normas más justas y equitativas. Mediante el edicto pretorio —y esta fue su principal misión— se contraponen al antiguo derecho estricto un derecho nuevo y más libre. Y si bien en sus comienzos se limita a servir de instrumento para la aplicación del *ius civile*, no tarda en completar sus normas hasta que, más tarde, impulsado por las corrientes de los nuevos tiempos lleva a cumplido término la reforma total del derecho civil. Así, al lado de la propiedad civil, quiritaria, se opone una propiedad pretoria, la propiedad bonitaria; el pretor no podía nombrar heredero a quien no fuera reconocido como tal por el derecho civil, sin embargo, por medio de sus atribuciones, adjudicaba libremente los bienes hereditarios, creando en esta forma el régimen de las *bonorum possessiones pretorias*.

43. EL EDICTO DE SALVIO IULIANO

Como señala Papiniano, *ius prxtorium est, quod praelores introduxerunt adiuvandi vel supplendi ve! corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam* —el derecho pretorio es aquel que los pretores introdujeron para utilidad pública, para aplicar, completar y corregir el derecho civil. Esta labor la desarrollaron desde el momento mismo de la creación de la magistratura, pero al principio sólo se ocuparon de aplicar el derecho civil interpretándolo y complementándolo donde no existía norma. Posteriormente, cuando el poder y prestigio de esta magistratura no era discutido por nadie, principiaron a corregir el derecho civil, no aplicándolo en aquellos casos que les parecían inicuos o poco equitativos, sino dando una norma suavizada por la benéfica influencia del derecho de gentes.

D.1.1.7

Este trabajo desarrollado por siglos llega a su cima a fines de la República y continúa durante el Imperio, pero el prín-

cipe fue absorbiendo todos los poderes, de tal modo que ya antes de Hadriano algunas leyes y SC dan normas al pretor sobre la forma en que se debe administrar justicia; es que el poder imperial no podía tolerar que fuera de él nadie dictara normas. Considerando Hadriano hacia el año 130 de nuestra era que la labor del pretor estaba completa, ordenó al ilustre jurisconsulto Salvio Iuliano que compilara los dos edictos: el del pretor urbano y el del peregrino. Posteriormente, el texto del edicto fue confirmado por un SC, no pudiendo en adelante variarlo los pretores, sino aplicarlo según estaba redactado, en caso de duda debían recurrir al emperador y seguir la solución indicada por él.

El texto del Edicto no ha llegado a nosotros. Lenel, principalmente, ha hecho esfuerzos por integrarlo entresacando sus normas del *Corpus Iuris Civilis*.

LECCIÓN VIII

44. La función de los jurisconsultos. 45. *Ius publice respondendi*. 46. Las escuelas proculeyana y sabiniana. 47. Concepto de escuela clásica, su duración y sus fases. 48. Principales jurisconsultos. 49. El caso de las Instituciones de Gayo.

44. LA FUNCIÓN DE LOS JURISCONSULTOS

La jurisprudencia romana tiene necesariamente su origen en el Colegio de los Pontífices, pues ellos eran los guardianes del derecho, uno de sus miembros era designado anualmente para resolver las consultas de los particulares —*cons-tituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis*. Las funciones de los jurisconsultos las podemos resumir diciendo que consistían en *cavere, responderé*, que abarca también *scribere* y *agere* —redactar, contestar, escribir y asistir.

Cavere, por esta función el jurisconsulto interpretando el derecho, formulaba los documentos o los contratos que deseaban celebrar las partes y mediante su técnica conseguía que no fueran nulificados por faltarles alguna de las formalidades exigidas por el derecho. *Cavere* deriva de *cavea*, cueva, como si dijéramos encuevarse, de donde luego derivó la significación metafórica de guardarse o precaverse. Así pues, al ir las partes con un jurisconsulto tenían la seguridad de la validez de su negocio.

Esta función de los jurisconsultos da lugar a que a esta etapa se le designe con el nombre de jurisprudencia cautelar y fue la más antigua. Se publicaron muchos libros con formularios para toda suerte de negocios jurídicos, siendo famosos los formularios para la compraventa de objetos «susceptibles de venta» —*venálium venditorum leges*—, del jurisconsulto M. Manilio, quien fue cónsul en el año 149 a. C.

Responderé comprende toda la labor consultiva, con 1» que se combinaba la actividad docente y doctrinal. *Scribere*,

esto es, enseñar el derecho a los estudiosos y comentarlo escribiendo los distintos tratados doctrinales, que después fueron la sólida base del llamado *ius*, que fue incorporado al *Digesto*.

Agere significa literalmente obrar y es la actividad por medio de la cual los jurisconsultos asistían a sus clientes en los negocios jurídicos y procesales. Entre los que solían acudir al jurisperito para pedir sus opiniones y consejos, no sólo se encontraban los particulares que iban a incoar un litigio, sino también los propios magistrados como se señala en D.4.4.3.1, al referir que el pretor Flavio Respecto le consultó a Celso sobre el caso de un menor que promovió juicio de tutela al heredero de su tutor. Esta labor jurisprudencial de dictaminar o dar consultas a quienes las solicitaban, fue el centro de la actividad de los prudentes y dura hasta el final de la época clásica, en el siglo m d. C.

Hemos dicho que el colegio de los pontífices era el guardián de la ciencia jurídica y durante siglos conservó este privilegio, hasta que Cneo Flavio, escriba de Appius Claudius, divulga el cuadro de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley. La publicación del *Ius Civile Flavianum* y de su complemento el *Ius Aelianum* o Tripartita, aunado al hecho de que algunos miembros del colegio de los pontífices principiaron a dar consultas públicas sobre derecho, seguidos posteriormente por algunos juristas particulares, rompió el monopolio que del derecho tenían los pontífices, transformando el derecho en una ciencia libre de cadenas y accesible a todos los estudiosos.

Esta publicación secularizó un tanto al derecho y agradó al pueblo, quien hizo sucesivamente a Cneo Flavio tribuno, senador y edil curul. Este libro fue llamado *Ius Civile Flavianum* y fue completado un siglo más tarde —204 a. C.— por Sexto Aelio, quien le hizo algunas adiciones, creando algunas nuevas acciones, esta nueva obra se conoce como *Ius Aelianum* o Tripartita, porque constaba de tres partes: la ley de las Doce Tablas, su interpretación y los ritos de las acciones de la ley. Este libro no es ya una mera colección de fórmulas, sino que expone «el derecho, por lo que Pomponio lo considera como cuna de la enseñanza jurídica.

El *Digesto* en un fragmento de Pomponio hace mención a los antiguos jurisconsultos teniendo por primer perito a Papius Papius, quien recopiló las leyes regias votadas durante

la monarquía. Después de éste, Appius Claudius uno de los de-cemviri, cuya sabiduría la empleó en la redacción de las Doce Tablas; viene otro Appius Claudius que escribió un libro sobre acciones que se perdió; Gaius Scipio Nasica, que fue llamado el Excelente por el senado y a quien se le dio una casa para que pudiera ser consultado con facilidad; Quintus Macius que fue enviado a los cartagineses como legado. Después de éstos vino Tiberius Coruncanus que no se limitó a dar consultas, sino que fue el primero en enseñar el derecho. Así, en esta forma, se fue desarrollando el derecho y cobrando mayor importancia, pues los nombres de los jurisconsultos continúan en interminable desfile: Marcus Cato, Publius Mucius y Brutus y Manilius, Publius Rutilius Rufus, M. Porcio Catón, que se esfuerza por inducir reglas generales del cúmulo de materias contenidas en las normas jurídicas. A Publius Mucius, M. Iunius Brutus y Marcus Manilius, los denomina Pomponio como «los fundadores del derecho civil». Tuvieron como discípulos a Publius Rufus y Quintus Aelius Tubero, en quienes principia a notarse el influjo de la filosofía estoica.

En el último siglo de la República, tenemos a Q. Mucio Scaevola —cónsul en 95 a. C.—, quien expuso el *ius civile* en 18 libros y fue el manual clásico durante años, todavía hacia la mitad del siglo n. d. C. era comentado. Trató de ordenar el derecho Scasvola, gustaba distinguir los diversos géneros dentro del mismo concepto, por ejemplo, dentro de la tutela sus distintas clases y dentro de la posesión por lo menos veía tres clases,

C. Aquilo Galo —pretor en 66 a. C.—, fue el creador de los formularios honorarios del dolo malo y de la excepción de dolo, de gran importancia para la evolución posterior del derecho; también fue el creador de la estipulación Aquiliana.

Servicio Sulpicio Rufo —cónsul en 51 a. C.—, fue el verdadero creador de la dialéctica jurídica; autor de algunas célebres definiciones, como la de la tutela; fue el primero en comentar el edicto pretorio, ejemplo seguido por su discípulo Ofilio, quien produjo una obra más extensa.

D.1.2.2.35 y s. s.

45. EL «IUS PUBLICE RESPONDENDI»

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere —las respuestas de los pru-

dentes son las decisiones y opiniones de aquellos a quienes estaba permitido establecer el derecho—, tal es la definición que de esta fuente del derecho nos dan Gayo y Justiniano. G.1.7 e 1.1.2.8

Durante la República principia la obra de los prudentes, quienes además de dar consultas escriben obras jurídicas; al llegar el Imperio, Augusto fue el primero que reconoció oficialmente las funciones de los jurisconsultos, a los que atrajo para servirse de ellos como firme sostén del naciente Imperio y les confirió el *ius respondendi ex auctoritate principis*.

Antes de Augusto estos dictámenes no gozaban de reconocimiento oficial, sino que valían únicamente por el prestigio de quien los daba. No hay datos para afirmar cuál haya sido el número de los jurisconsultos a quienes Augusto dio el *ius respondendi*, pero es verosímil que no hayan sido muchos los titulares de esa distinción. Parece cierto que este favor lo otorgó a Masurio Sabino y que Tiberio se lo confirmó.

D.1.2.2.50

No existen datos ciertos para afirmar que estas decisiones o dictámenes tuvieran fuerza obligatoria para jueces y magistrados en la primera época del Principado, pero más tarde sí se les dio ese carácter y para evitar falsificaciones se ordenó que los dictámenes fueran firmados y sellados.

La influencia de los jurisconsultos fue considerable en el desarrollo del derecho: daban consultas, enseñaban, escribían y asesoraban a los principales magistrados en sus labores y los mismos emperadores se rodearon de ellos —*consüium principis* y posteriormente *auditorium principis*— para ser aconsejados tanto en las audiencias judiciales como en la redacción de las constituciones imperiales. Bajo la República y durante los primeros años del Imperio, las respuestas de los prudentes gozaron de gran influencia moral, obraron poderosamente en la formación de la costumbre y sus innumerables decisiones son calificadas con el nombre muy significativo de *ius civile*, o derecho formado por los ciudadanos.

46. LAS ESCUELAS PROCULEYANA Y SABINIANA

Ya generalizado el estudio del derecho, no debe extrañarnos que hayan surgido dos escuelas, la de los proculeyanos y la

de los sabinianos, que tenían sus diferencias doctrinales; esto es propio de toda ciencia y si no hubiera distintas opiniones y teorías no habría progreso; pero sus divergencias no eran considerables y los jurisconsultos de una y otra escuela al citarse lo hacían con todo comedimiento; sus diferencias eran sobre aspectos secundarios del derecho.

Según Pomponio, nuestra principal fuente de información, Ateius Capito —fundador de la escuela sabiniana—, perseveraba en la tradición en lo que se refiere a las doctrinas jurídicas, era adicto al emperador desde el punto de vista político; por el contrario, Antistius Labeo —fundador de la escuela proculeyana— era más bien independiente, pues no quiso aceptar el consulado cuando se lo ofreció el emperador Augusto, se dedicó al estudio y se dice que pasaba seis meses en Roma enseñando el derecho a su alumnos y los otros seis se retiraba para escribir libros. Labeo, por la calidad de su ingenio y la confianza en la doctrina, comenzó a innovar muchas cosas.

Massurius Sabinus fue admitido a los cincuenta años en el orden ecuestre y fue el primero en dar respuestas con carácter oficial, favor que le concedió Tiberio César, de él tomó su nombre la escuela sabiniana; no tuvo muchos bienes materiales, pero era ayudado por sus alumnos; sucedió a Ateius Capito, que fue el fundador de la escuela.

C. Nerva sénior sigue después de Antistius Labeo, fue amigo de Tiberio; Je sucede Proculus, que da nombre a la escuela de los proculeyanos; luego vienen C. Nerva júnior, el pretor Longinus, Pegasus, que fue prefecto de la ciudad bajo Vespasiano, J. Celsus sénior, Priscus Neratius, cónsul bajo Trajano y J. Celsus júnior, cónsul en 129 d. C.

Por lo que respecta a los sabinianos, después de Massirius Sabinus tenemos a C. Cassius Longinus, cónsul en el año 30 d. C.; Cíelius Sabinus, cónsul en 69 d. C, Iavolenus Priscus, Aburnius Valens, Salvius Iulianus, cónsul en 148 d. C, Cteci-lius Afrícanus, Pomponius y, por propia confesión, Gayo. D.I.2.2.47

47. CONCEPTO DE ESCUELA CLASICA, SU DURACIÓN Y SUS FASES

El periodo del derecho clásico abarca desde el siglo i a. C., al siglo ni d. C, pues es la época en la que el Derecho Romano

alcanza el mayor grado de perfección, encontrando la resolución más adecuada a los distintos problemas jurídicos. En este tiempo la labor de la jurisprudencia clásica se manifiesta en toda su fuerza creadora: acusa todo el vigor fecundo de su pensamiento, su maravillosa sensibilidad ante los problemas concretos, el rigor lógico de sus soluciones, atendiendo a la *ratio naturalis*, es decir, a la imperiosa fuerza de los hechos, apreciados con el más puro espíritu de justicia. Los jurisconsultos continúan desarrollando sus funciones e intensifican su producción doctrinaria bajo normas muy diversas, pues tanto escriben en exposiciones breves según un orden sistemático —*Institutiones, Regulen, Definitiones, Sententñe, Opiniones*—, así como en trabajos sistemáticos dedicados al estudio de aspectos del derecho civil u honorario —*libri ad Q. Mucium, libri ad Sabimtm, libri ad Edictum*.

Los jurisconsultos de la época clásica conservan el viejo tronco del *ius civile* como eje y centro del sistema jurídico y frente a él desarrollan el *ius gentium*, dotado de caracteres de sencillez, flexibilidad y ausencia de formalismo; por todas estas cualidades el *ius gentium* fue siendo recibido en la esfera del *ius civile* al través de la actividad del pretor. En esta forma, el derecho privado se nos presenta contenido en dos estructuras distintas: el antiguo *ius civile* por un lado y el *ius gentium* y el *ius honorarium* por el otro.

Además de este dualismo —*ius civile* frente al *ius gentium* y *ius honorarium*—, se va manifestando en esta época la oposición entre el derecho oficial del Imperio Romano y el derecho particular de las provincias que era abiertamente consuetudinario. En esta época el derecho honorario va introduciendo una serie de medidas protectoras en contra de la rudeza del antiguo derecho civil. Así, va otorgando protección al parentesco natural frente al agnaticio; frente a la propiedad quirita-ria constituye el llamado dominio pretorio; en materia de obligaciones y contratos junto a los antiguos negocios formales, se desarrollan los contratos consensuales. En el aspecto de procedimiento, las *legis actiones* son sustituidas por el procedimiento formulario.

48. PRINCIPALES JURISCONSULTOS

En el siglo i la jurisprudencia toma considerable desarrollo con Labeón y Sabino; en el siglo u con Screvola y Papiniano

llega a la cima; en el siglo m con Ulpiano y Paulo ya hay síntomas de declinación, vive de los tesoros que durante siglos se han acumulado.

A la época de los Severos es a la que se considera como el periodo de oro del Derecho Romano. Septimio Severo gobierna del año 193 al 211 y Alejandro Severo del 222 a 235. Un griego de nacimiento es el que inicia este periodo; Qu. Cervidio Saevola, que vivió en tiempo de los emperadores Marco Aurelio y Cómodo y tuvo como condiscípulos a Septimio Severo y a Emiliano Papiniano. A este último se le tiene como el príncipe de los jurisconsultos, sus mejores obras son los 19 *libri responsum* y los 37 *questionum libri*, en éstos sigue el plan del Edicto y su método es el casuístico, aplicado a la solución de casos concretos. Se opuso a los planes fratricidas de Caracalla y fue muerto por sus esbirros en el año 212.

Sigue Domicio Ulpiano, estaba al frente del consejo de regencia cuando asumió el poder Alejandro Severo, pues éste tenía catorce años. Ulpiano fue discípulo de Papiniano y asesor suyo en unión de Paulo en la prefectura del pretorio y después prefecto del pretorio con Paulo; era de origen sirio, nacido en Tiro; su obra cumbre fue un *Comentario al Edicto*, escrito en ochenta y tres libros, 51 *libri ad Sabinum* y muchas obras menores. En sus obras flama la llama helénica y sus trabajos sirvieron de base a Justiniano para el *Digesto*, pues cerca de la tercera parte está formada con sus obras.

Compañero de Ulpiano fue Julio Paulo quien junto con aquél desempeñó altas dignidades. Comentó el Edicto en ochenta libros y tiene otra obra *ad Sabinum* en dieciséis libros. Cerca de una sexta parte del *Digesto* está formada por fragmentos de sus obras, por lo que con sus escritos y los de Ulpiano, llenan casi la mitad de esta obra.

Ulpiano tiene por contemporáneo a Marciano y por discípulo a Modestino a quien se considera como el último de los clásicos. Con estos jurisconsultos termina la edad dorada del Derecho Romano, para principiar en seguida el periodo de la decadencia.

49. EL CASO DE LAS INSTITUCIONES DE GAYO

De Gayo se sabe poco, dice de él R. Sohm que su nombre envuelve un misterio, por el contenido de sus escritos se su-

pone que fue profesor de derecho en alguna provincia oriental del Imperio; fue prácticamente desconocido de sus contemporáneos pues no lo citan, en cambio gozó de extraordinario prestigio posteriormente y alcanzó después de muerto el *ius publica respondendi*.

Sus *Instituciones* son un pequeño manual para principiantes, dividido en cuatro comentarios y fue compuesto hacia el año 161; tiene para nosotros el mérito de ser la única obra de la jurisprudencia clásica que nos ha llegado en forma casi completa y más fiel a su original, pues el manuscrito en que se encuentra data del siglo v y contiene, sin duda, algunas glosas escritas por autores posteriores. Descubrimientos posteriores hechos en Egipto en papiros por Arangio Ruiz, han permitido completar algunas lagunas del manuscrito de Verona y han hecho sospechar que no nos ofrezca completa la obra de Gayo.

El plan de las *Instituciones* es el que sigue: en el primer comentario habla de las fuentes del Derecho Romano y del derecho que pertenece a las personas; en el segundo trata de los derechos reales y de los modos de adquisición *per universionem*, que alcanza al principio del tercer comentario; en el resto del tercero trata de las obligaciones y el cuarto y último de las acciones.

Gayo además fue autor de otras obras en las que se dedicó a comentar el *ius civile* y el *ius honorarium*, en especial el edicto provincial. También escribió otras dos obras de carácter elemental, los *libri regularum* y los *libri rerum cottidianarum o aureorum*.

El descubrimiento de este manuscrito se debió a Niebuhr, considerado como el fundador de la historiografía moderna, quien se encontraba en Italia en 1816 cumpliendo una misión ante la Santa Sede referente a la población católica que había sido añadida a Prusia. En la biblioteca de la Catedral de Verona halló Niebuhr en 1816 un manuscrito con las cartas de San Jerónimo y bajo esa escritura notó que había otra, al remover la capa superior abajo apareció la obra de Gayo. Este descubrimiento dio un gran impulso al estudio del Derecho Romano, por haberse encontrado una obra casi completa, procedente de un jurisconsulto clásico.

LECCIÓN IX

50. Las constituciones imperiales. 51. El Derecho Romano vulgar. 52. Compilaciones postclásicas: Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. 53. La ley de citas. 54. Las leyes romano-bárbaras.

50. LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

Durante la Diarquía el derecho continúa progresando en forma ascendente hasta la muerte de Alejandro Severo, tiempo en el cual florecen los más grandes jurisconsultos romanos. La costumbre continúa como fuente del derecho no escrito; por lo que hace al derecho escrito, sus fuentes sufren modificaciones. Durante la República manifiestan actividad singular los comicios populares, aunque ya los *comitia curiata* estaban representados por treinta lictores y los *concilia plebis* decayeron, pero los *comitia centuriata* y los *tribuna* conservan su actividad.

Bajo Augusto fueron votadas leyes muy importantes como la Aelia Sentia, Iunia Norbana y Fufia Caninia y las dos leyes *lulise ittdiciarii* sobre procedimiento. Los comicios fueron despojados de su poder legislativo y posteriormente perdieron su poder electoral —para designar magistrados— que pasa al senado. Así, insensiblemente los comicios fueron perdiendo sus atribuciones y se les dejó de convocar poco a poco, hasta que finalmente desaparecieron.

La Diarquía había de traer cambios en el poder legislativo. Es evidente que la ciudadanía no podía ya ser convocada para **que** votara las leyes, los amplios límites del Imperio hacían esto imposible; así pues, esta labor pasa al senado y pasa también al emperador, lo que se manifiesta mediante los senadoconsultos y las constituciones imperiales respectivamente. A partir de Adriano el edicto de los magistrados y las respuestas de los prudentes serán también fuentes del derecho escrito.

Se llaman constituciones imperiales a las decisiones emanadas de los emperadores en virtud del poder y potestad que se les confirió por medio de la *lex regia*. El Código de Justiniano no menciona ninguna constitución anterior a Adriano, pero sin duda alguna que hubo ya constituciones desde Augusto. Gayo las define así: *constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epístola constituit* —la constitución imperial es lo que el emperador ordena por decreto, por edicto o por carta.

G.1.5 y D.1.4.1

Hay cuatro clases de constituciones imperiales: a) los *edicta*, que contienen disposiciones o preceptos dados por propia iniciativa imperial, con carácter general y obligatorios para todos, regulando uno o varios puntos de derecho. Los *edicta* tienen vigencia durante toda la vida del emperador, porque sus poderes son vitalicios, y se continúan aplicando por sus sucesores, a menos que sean abrogados expresamente. Según la voluntad del emperador, los edictos son aplicables a todo el Imperio, o a una provincia o ciudad determinadas.

b) Los *mandata*, que son instrucciones dirigidas a un funcionario sobre su actuación, son de carácter político y administrativo, sin interés para el derecho privado por regla general. Los *mandata* constituyeron una verdadera recolección de reglamentos administrativos, sobre las medidas que debían tomar los gobernadores de las provincias.

c) Los *rescripta*, que son respuestas dirigidas a un magistrado, o a un juez en particular, que consultaron al emperador sobre un punto determinado de derecho. Los *rescripta* se subdividen en subscripciones, cuando la contestación se da en el mismo oscuro, *epistolie*, cuando se daba por separado en otro pliego. Los *rescripta* eran redactados con cuidado por la Cancillería de Libelos y en ocasiones remitidos al Consejo del príncipe, que estaba formado por los jurisconsultos más eminentes. Algunos *rescripta* son personales y no pueden alegarse como ejemplo, pues lo que el príncipe concedió a alguno, o si impuso una pena, o sin precedente favoreció a alguien, esto no sale del ámbito personal.

d) Los *decreta* son resoluciones dimanadas del emperador y el consejo imperial, sobre asuntos judiciales. En algunos casos en vez de reenviar el negocio por un *rescripto*, el emperador mismo lo juzga si se han acompañado las suficientes

pruebas. Estos *decreta* no tienen en general valor más que sobre el asunto a propósito del cual fueron redactados. D.1.4.1.2

Sería difícil y extenso explicar en detalle las transformaciones sufridas por el régimen imperial, más conocido por principado, hasta quedar establecido un nuevo gobierno en el que desaparecieron todos los elementos de la República romana y fue concentrada la autoridad en manos del emperador. A partir de Diocleciano se acentuó notablemente la centralización del poder y de esa época en adelante el emperador era el único funcionario con carácter de legislador, por lo que las disposiciones emanadas de él, o constituciones, fueron entonces la única fuente del Derecho Romano.

51. EL DERECHO ROMANO VULGAR

El periodo postclásico del Derecho Romano comprende los siglos iv y v de nuestra era y se caracteriza por la fuerza que van cobrando los derechos provinciales en su pugna con el Derecho Romano que se inició en la época clásica. Y si bien, tanto Dioclesiano como Constantino procuraron mantener la pureza del Derecho Romano frente a los derechos consuetudinarios provinciales, durante sus reinados comienzan a abrirse las puertas a los influjos orientales, lo que se agudiza al trasladarse el emperador de Roma a Bizancio; desde entonces el núcleo de la actividad legislativa estuvo en el Oriente y Bizancio era el centro de la civilización helénica, lugar poco adecuado para que la legislación imperial continuara manteniendo la pureza del Derecho Romano. A esta causa de desnacionalización del Derecho Romano se sumaron, entre otras, la influencia del cristianismo que suavizó varias instituciones jurídicas; la recepción de las concepciones filosóficas greco-bizantinas por las escuelas de los jurisconsultos; la crisis y decadencia económica del trabajo, el comercio, la industria y la agricultura.

Las fuentes del derecho se unifican en el periodo postclásico, la única fuente es la voluntad del príncipe plasmada en las constituciones imperiales. La labor de los jurisconsultos se reduce al asesoramiento en el consistorio del emperador y en los tribunales de justicia, además del ejercicio de la ense-

ñanza. La jurisprudencia también decayó por la abolición del *ius publice respondendi* y porque la actividad intelectual se dirigió a otros campos.

Las obras de los jurisconsultos clásicos y los *rescriptos* de los emperadores son objeto de extractos, resúmenes y prontuarios para facilitar su manejo, lo que aumentó la confusión en los tribunales y obliga a que se dicten algunas constituciones imperiales restringiendo su uso, como la Ley de Citas. El problema que ocupa a los actuales romanistas es precisar qué hay de original y clásico en esas redacciones jurídicas y qué es lo que debe atribuirse a manipulaciones postclásicas.

De entre estas redacciones de obras clásicas estuvieron muy en uso en la época postclásica: los *Pauli sententiarum ad filium libri quinque*, extractada de las obras de Paulo, probablemente a fines del siglo ni; *Ulpiani regularum liber singularis*, compuesto a fines del siglo ni y principios del iv y que según Levy no fue redactado sobre las obras de Ulpiano, sino sobre las *Instituciones* de Gayo. Además de estos extractos en el periodo postclásico se editaron obras de jurisconsultos clásicos, especialmente de los comentarios de Ulpiano y Paulo, pero presentan adulteraciones y modificaciones para ponerlas al día. También las constituciones imperiales son objeto de compilaciones como veremos a continuación.

El proceso de deformación del Derecho Romano sigue una línea distinta en Occidente que en Oriente; en aquél, al no tener jurisconsultos de valía, el derecho sufre un proceso de simplificación que degenera y agosta la antigua finura espiritual de los clásicos; esta forma o tendencia del Derecho Romano ha sido llamada «derecho vulgar». En Oriente el proceso de vulgarización fue más lento, pero se agudizan en él los influjos orientales.

52. COMPILACIONES POSTCLÁSICAS: CÓDIGOS GREGORIANO, HERMOGENIANO Y TEODOSIANO

Compilaciones privadas: Códigos Gregoriano y Hermogeniano. De los autores de estos códigos no se sabe nada, excepto su nombre. Estas codificaciones son valiosas pues nos conservan innumerables rescriptos posteriores a los jurisconsultos clásicos. El Código Gregoriano contiene constituciones imperiales desde Septimio Severo hasta Diocleciano, años 196 a

295. El Código Hermogeniano complementa al anterior con Constituciones desde Diocleciano hasta Valentiniano I, años 291 a 365.

Compilación oficial: Código Teodosiano. El emperador Teodosio II tuvo en 429 una ambición: deseaba compilar todo el «5 —obras de los jurisconsultos— y las *leges*, esto es, las constituciones imperiales dadas bajo la forma de leyes edic-tales. Para este fin nombró una comisión integrada por ocho miembros que desgraciadamente no logró su cometido. En 436 nombró otra comisión de dieciséis miembros con miras menos ambiciosas: reunir las constituciones de Constantino y de sus sucesores. Esta obra se terminó en 438, consta de dieciséis libros y fue publicada en Oriente bajo el nombre de Código Teodosiano, el mismo año fue publicada en Occidente por Valentiniano III. A este Código siguió, hasta la época de Justiniano, una serie de constituciones conocidas con el nombre de novelas post-teodosianas.

53. LA LEY DE CITAS

Hemos indicado que la culminación del Derecho Romano tuvo lugar en la época de los Severos con la pléyade de jurisconsultos a la cabeza de los cuales estaba Papiniano y que terminó con Modestino. Después de éstos ya no volvió a haber jurisconsultos dignos de tal nombre, los posteriores

no hicieron nada notable y sólo trabajaron sobre la enorme producción anterior sin concierto alguno. Por otra parte, los privilegiados espíritus de la época se apartaron del estudio del derecho para dedicarse a la filosofía y a la teología, debido al auge cada vez mayor del cristianismo, en esta forma, en vez de jurisconsultos fueron surgiendo los doctores y padres de la Iglesia como Tertuliano, San Jerónimo, San Agustín, San Ambrosio y otros no menos famosos.

Ante tal olvido del derecho, los jueces consultaban las obras clásicas que les proporcionaban un esquema muy complejo del derecho, pero éstas eran tantas que en ocasiones se dificultaba encontrar una solución adecuada. Constantino (306-337) se dio cuenta de este problema y lo solucionó en parte en el año 321: «Deseando evitar las continuas disputas de los prudentes, mandamos quitar fuerza a las notas de Ulpiano y Paulo sobre los escritos de Papiniano», pues como no siem-

pre eran bien interpretadas, en lugar de aclararlo lo hacían confuso.

En el año 426 viene la llamada Ley de Citas de Teodosio II y Valentiniano III, que se limitó a confirmar los usos de la práctica judicial. Esta ley confirmó su autoridad a los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y a todos los jurisconsultos citados por ellos, además otorga tal honor a Gayo, quien en vida no tuvo el *ius publice respondendi*. En esta forma se delimita el campo de la doctrina clásica, preparando el material para la compilación de Justiniano. El juez en lo futuro hará cuentas, decidirá la mayoría de los jurisconsultos, si hay empate de soluciones, ganará el bando que cuente con la opinión de Papiniano, si éste no dice nada al respecto, la solución quedará al arbitrio del juez.

54. LAS LEYES ROMANO-BÁRBARAS

Los bárbaros invadieron el Imperio Romano de Occidente, pero respetaron la ley de los vencidos; cada pueblo conservó su organización judicial y su legislación, fue el sistema de la personalidad del derecho. Para satisfacer las nuevas necesidades, los bárbaros hicieron redactar para estas naciones las costumbres de sus países, *leges barbarorwn*, haciendo además componer para sus subditos romanos colecciones de reglas tomadas del Derecho Romano, *leges romamv*. Estas leyes *romanee barbáronme* fueron redactadas hacia el año 500 y es muy significativo que los bárbaros se hayan dado cuenta de la necesidad de compilar estas leyes extractándolas de las innumerables fuentes romanas.

El Edicto de Teodorico fue dado hacia el año 500, es la ley romana de los ostrogodos, regía tanto a los romanos como a los bárbaros del imperio ostrogodo, adoptándose por tanto el principio de la territorialidad en lugar del de la personalidad del derecho. Esta colección está dividida en 155 capítulos, constituidos por los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, algunas constituciones posteriores a Teodosio y las *Sentencias* de Paulo. Contenía principalmente derecho penal y derecho público en general; tuvo poca vigencia, pues al reconquistar Narcés a Italia, deja su lugar al *Corpus Inris Civilis*.

La *lex Romana Visigothorum* —*Breviarium Alarici*—, fue promulgada por Alarico II en el año 506 y como lo indica su

nombre regía para los visigodos; fue redactada por una comisión de jurisconsultos bajo la dirección de Goyarico. Está tomada de las *leges* y del *ius* con el siguiente orden: constituciones tomadas del Código Teodosiano, novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo, un compendio en dos libros de una parte de las *Instituciones* de Gayo y un extracto de las *Sentencias* de Paulo, notas sacadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, un fragmento del libro primero de las *Respuestas* de Papiniano, todo esto acompañado de un comentario o *interpretado*, salvo el Epítome de las *Instituciones* de Gayo. Esta compilación estuvo en vigor en España y en el sur de Francia.

La ley Romana de los Borgoñones —ley Gambeta— del rey Gondebardo, fue publicada en 500 y reeditada en 517. Es de poca extensión, comprende 47 títulos y está compuesta por textos sacados de *Breviario* de Marico. Cae en desuso en 534, siendo reemplazada por el *Breviario* de Alarico.

LECCIÓN X

55. La labor legislativa de Justiniano. 56. El *corpus iuris civilis* y sus partes. 57. Carácter y apreciación de la obra de Justiniano. 58. Cómo se consulta el *corpus iuris civilis*.

55. LA LABOR LEGISLATIVA DE JUSTINIANO

Las fuentes del Derecho Romano se encuentran divididas o mejor dicho, reagrupadas, en dos: el *ius* y las *leges*. El *ius* está contenido formalmente en las Doce Tablas, leyes comitales, senadoconsultos, edicto de los magistrados y constituciones imperiales de la primera época del Imperio; pero estas fuentes ya no se usaban directamente, sino que eran citadas las obras de los jurisconsultos que las contenían. Las *leges* son todas las constituciones imperiales de la época posterior, parte de las cuales estaban contenidas en el Código Teodosiano.

Cuando Justiniano sube al trono en 527, el campo jurídico se hallaba delimitado por la Ley de Citas con los jurisconsultos reconocidos oficialmente, por una parte, y por la otra, con las constituciones imperiales en vigor compiladas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y las novelas post-teodosianas. Justiniano no tiene más que escoger a los jurisconsultos idóneos para esta magna labor, afortunadamente los tuvo y pudo dejarnos este legado incomparable que consta del *Codex vetus* —que no llegó a nosotros—, el *Digesto* o *Pandectas*, las *Instituciones*, el *Nuevo Código* o *Codex repetitae praelectionis* y, finalmente, las Novelas o Nuevas Constituciones Imperiales que ya no compiló.

El Codex vetus. Este Código compila las leyes, o sea las constituciones imperiales. A la comisión formada por diez miembros se le encomendó refundir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como las constituciones posteriores; se les facultó para tachar las repeticiones, contradicciones y los preceptos caídos en desuso.

Esta obra se inició en 528 y catorce meses después se terminó, siendo publicada en 529. Constó de doce libros y no llegó a nosotros, se perdió.

56. EL «CORPUS IURIS CIVILIS» Y SUS PARTES

Ese legado que nos dejó Justiniano posteriormente recibió el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, para distinguirlo del *Corpus Iuris Canonici* y consta de las siguientes obras: el *Digesto o Pandectas*, las *Instituciones*, el *Nuevo Código* y las *Novelas*. *Las Quincuaginta Decisiones*. El año siguiente a la publicación del *Codex vetus*, en 530, para facilitar el uso de las obras de los jurisconsultos clásicos, desde el 1^o de agosto a mediados de noviembre, Justiniano publicó varias constituciones destinadas a ayudar a los litigantes, con las cuales se resolvían las diferencias de opiniones existentes entre los jurisconsultos clásicos, sobre puntos controvertidos de derecho. Estas constituciones son conocidas con el nombre de las *quinquaginta decisiones* y fueron publicadas en conjunto hacia fines del año 530.

El Digesto o Pandectas. Una vez compiladas las leyes, Justiniano se vuelve sobre el *tus* y el 15 de diciembre del año 530, por la constitución *Deo auctore*, encarga a Triboniano, que ya era cuestor de palacio, que reúna la comisión respectiva para la redacción del *Digesto*. Esta comisión estuvo integrada por doce abogados, dos profesores de la escuela de derecho de Berito, dos de la de Constantinopla y un antiguo profesor también de Constantinopla: Constantino.

Los escritos utilizados en la compilación debían tener la misma autoridad. Los extractos debían llevar al principio la indicación de la obra utilizada y el nombre de su autor. Como en el caso del *Codex vetus*, se autorizó a la comisión para tachar las repeticiones, las contradicciones y los preceptos caídos en desuso y de adaptar la obra a las condiciones jurídicas y sociales de la época. Gracias al entusiasmo de los compiladores y a la energía de Triboniano, fue posible que el *Digesto* se terminara en menos de tres años. Forman su fondo principal los fragmentos de Ulpiano en una tercera parte y los de Paulo en una sexta parte.

El *Digesto* fue publicado el 16 de diciembre del año 533 y entró en vigor el día 30 de ese mismo mes y año. Consta de

cincuenta libros, cada uno de los cuales se divide en títulos y éstos se dividen en fragmentos o leyes, las cuales se numeran en párrafos. Los libros XXX, XXXI y XXXII no están divididos en títulos.

Las Instituciones. Mientras se elaboraba el *Digesto*, Justiniano encargó a Triboniano, Teófilo y Doroteo confeccionar una obra de derecho destinada a la enseñanza, labor que encomendó en 533 y que se publicó en diciembre de ese mismo año, dándole fuerza de ley. Está dividida en cuatro libros y es un rápido esquema histórico-dogmático del derecho de su tiempo. Para su confección sus autores se basaron sobre todo en las *Instituciones* y *Res quotidianae* de Gayo y otras obras similares como las de Ulpiano y Marciano.

El Nuevo Código. A partir de la publicación del *Codex vetus*, Justiniano había publicado un buen número de constituciones que habían quedado fuera de sus compilación; movido por esto, ordenó que se hiciera una segunda edición del *Código*, misma que fue publicada en diciembre del año 534, es el que conocemos con el nombre de *Codex repetitise prselectionis*. Las constituciones se encuentran numeradas y clasificadas por orden cronológico, cada una principia con la indicación del nombre de su autor y termina con la fecha de su publicación. El *Código* consta de doce libros, el primero dedicado al derecho eclesiástico, a las fuentes del derecho y a las atribuciones de los magistrados; del libro segundo al octavo se tratan las materias referentes al derecho privado; el noveno se ocupa del derecho penal; los libros décimo a duodécimo del derecho público. La constitución más antigua es del emperador Hadriano y la más reciente es de Justiniano, del 4 de noviembre de 534; un gran número de constituciones son de Diocleciano.

Las Novelas. Después de publicado el *Nuevo Código*, Justiniano hizo saber que ya no habría más ediciones y que las constituciones que publicara formarían una obra llamada *Novelice constituciones*. Durante su largo reinado, hasta el año 565, publicó algunas constituciones importantes, sobre todo hasta 545, año en que murió Triboniano, base de sus trabajos de compilación. Sin embargo, esas nuevas constituciones emitidas después del *Codex repetitise prselectionis* —el *Nuevo Código*—, nunca fueron refundidas en una obra oficial, sino que esto fue tarea de los particulares.

La recolección más antigua comprende ciento veinticuatro novelas, que van desde el año 535 al 555 y son conocidas con el nombre de *Epitome Iuliani*; se trata de un resumen en latín, de las cuales dos están duplicadas.

Tenemos una segunda recolección que apareció hacia el año 1100 en la escuela jurídica de Bolonia; comprende ciento treinta y cuatro novelas promulgadas de 535 a 556. Contiene las novelas latinas en el texto original y las griegas en una mala traducción al latín. A esta colección se le conoce con el nombre de *Authentica*, porque en Bolonia se le consideró falsa y posteriormente se convencieron de su autenticidad.

Finalmente, hay una tercera colección que recoge todas las novelas, ciento sesenta y ocho, publicada hacia el año 578, bajo el reinado de Tiberio II. Contiene ciento cincuenta y ocho novelas de Justiniano, cuatro de Justino II y tres que no son constituciones imperiales, sino decretos del prefecto del pretorio.

57. CARÁCTER Y APRECIACIÓN DE LA OBRA DE JUSTINIANO

Para apreciar la obra de Justiniano, debemos colocarnos en la época en que fue hecha la compilación y el objeto para el que fue hecha. A pesar de la acotación del campo jurídico que había hecho la Ley de Citas, las obras de los jurisconsultos formaban un acervo considerable, su lenguaje no siempre era muy claro y comprensible, pues hacía siglos que habían sido escritas, además, por la barbarie que imperaba esas obras se estaban perdiendo. Justiniano se propuso hacer una obra legislativa, aplicable al pueblo que estaba gobernando y no pensó en nosotros, no pensó que esa obra legislaría al mundo moderno, de ahí que ordenara no respetar los textos para ponerlos en el lenguaje de su tiempo.

La obra de Justiniano es una obra de codificaciones completa que abarcó todas las fuentes del derecho: *ius* y *leges*. Además es una obra de legislación, pues dio fuerza de ley a toda su compilación, abrogando toda otra fuente de derecho, Prohibió comentar el *Digesto* para evitar controversias, permitiendo únicamente que fuera traducido al griego literalmente. Arangio Ruiz señala que el *Corpus Iuris Civilis* es una obra paradójica y contradictoria, ya que Justiniano pretende resucitar el Derecho Romano clásico y lo quiere hacer servir para las necesidades de su época.

Con la muerte de Justiniano en el año 565 termina propiamente la historia del Derecho Romano que campea por más de un milenio. Justiniano hace la síntesis del derecho civil y del derecho pretorio, fundando nuevas y más equitativas normas jurídicas. Se le critica no haber respetado los textos y haberlos interpolado —tribonianismos—, pero ya indicamos que no pensó en la posteridad, sino en gobernar a su pueblo con un derecho claro, fácil de interpretar para poderlo aplicar. A pesar de que dicha compilación constituye nuestra fuente principal de estudio, no debemos olvidar que es una mezcla de Derecho Romano helenizado, cristianizado, con reflejos vulgaristas, o sea, debemos ver en ella una obra interpolada.

58. COMO SE CONSULTA EL «CORPUS IURIS CIVILIS»

El *Digesto* o *Pandectas* tiene cincuenta libros —como dijimos—, que se divide en títulos, los títulos constan de fragmentos o leyes, que se encuentran numeradas en párrafos; el primer párrafo de cada ley se llama *principium* y, o no se indica cuando se cita, por ser el principio, o bien se abrevia *pr.*

Vamos a utilizar la forma moderna para dar una cita del *Digesto* y poder localizarla en la fuente original: D.27.6.11.1. La letra D nos indica que se trata del *Digesto* o *Pandectas*, el 27 nos señala el número del libro; el 6 se refiere al título (Sobre el negocio que se diga haberse hecho con la autoridad de un falso tutor); la tercera cifra, el 11, indica el fragmento o ley, que en este caso es un fragmento de Ulpiano tomado de su libro 35 al edicto; la última cifra, el 1, nos lleva al párrafo, y así habremos localizado el texto: «Responde en virtud de este edicto el que prestó su autoridad con dolo malo ...»

La forma antigua de citar al *Digesto* es más complicada, demos un ejemplo: L.1 pr.D., De acq. vel amitt. poss., XLI, 2. Desentrañémosla: L. 1 pr. significa ley —o párrafo— 1, principio. Sigue la Letra D, que significa que se trata del *Digesto* o *Pandectas*; al final está XLI.2, o sea, libro cuarenta y uno, título 2, y las abreviaturas en latín a media cita son la denominación del título 2: de la adquisición o pérdida de la

posesión. Con el método moderno, más sencillo, la anterior cita quedaría así: D.41.2.1.pr.

Cuando en la obra que leemos se indican sólo las dos últimas cifras, seguidas de las abreviaturas h.t., esto significa que se trata del mismo título al que antes se ha hecho referencia, se hace con el objeto de no poner toda la cita completa, pues ya se sabe de qué libro y título se está tratando.

1.2.7.4, nos indica que la cita se refiere a las Instituciones de Justiniano, libro 2, título 7 De las donaciones, párrafo 4: «Había anteriormente también otro modo civil ...»

El Código tiene doce libros divididos en títulos, en los cuales se encuentran numeradas las constituciones imperiales, las que a su vez se dividen en párrafos para su mejor consulta. C.5.35.2.4, significa Código, libro 5, título 35 (cuando la mujer puede desempeñar el oficio de la tutela), constitución 2, párrafo 4.

Las novelas, constituciones adicionales dictadas por Justiniano y sus sucesores inmediatos, se citan indicando el número de la novela, su capítulo y el párrafo correspondiente: Nov. 86,3.10.

LECCIÓN XI

59. Desarrollo del Derecho Justiniano en el Oriente. 60. El Derecho Romano en el Occidente desde la caída del Imperio Occidental. 61. La Escuela de Bolonia. Glosadores y comentaristas. 62. El humanismo jurídico.

59. DESARROLLO DEL DERECHO JUSTINIANO EN EL ORIENTE

La legislación de Justiniano rigió durante toda su vida en el Imperio de Oriente y fue objeto de traducciones, principalmente al griego. Pero a pesar de su prohibición de no comentar al *Digesto*, los comentarios se disimulan bajo la forma de índices.

Las compilaciones de la obra de Justiniano principian en el año 740 con León III, el Isáurico; es reproducida la obra de Justiniano con nuevas y originales disposiciones puestas al lado de los textos. Este trabajo es conocido con el nombre de Ley Isáurica, que fue abrogada en 878 por Basilio y sustituida por otra compuesta por él llamada *Proqueiron nomos*. Pero el emperador Basilio quiso componer una obra que abarcara las cuatro obras de Justiniano, ésta se inició en el año 876, siendo terminada y publicada por su hijo León el Filósofo de 886 a 890. Esta obra más tarde fue conocida con el nombre de las *Basilicas*, contra de seis partes y de sesenta libros, en cada materia reproducen en griego las disposiciones de Justiniano y más tarde el texto fue acompañado de notas o *scholia*. Las *Basilicas* desde el siglo XII fueron reemplazando al *Corpus Iuris Civilis*, quedando solas como base a los estudios de derecho y a la práctica.

Finalmente, viene el *Promptuario* de Harmenópulo, juez de Tesalónica, quien en 1345 publicó un manual de derecho greco-romano, con notas sacadas de las *Basilicas* y un resumen del derecho reciente. Esta obra es calificada despectivamente como «deplorable compendio, extracto de extractos». El *Hexa-*

biblos, como también se le conoce por estar compuesto de seis libros, fue una especie de código del Imperio de Oriente y contribuyó a formar el derecho civil en Grecia cuando Ma-homed II conquistó el Imperio de Oriente en el año de 1453. Por lo expuesto vemos que el Derecho Romano sigue en Oriente una trayectoria inclinada, perdiendo cada día fuerza, hasta ser abandonado su estudio.

60. EL DERECHO ROMANO EN EL OCCIDENTE DESDE LA CAÍDA DEL IMPERIO OCCIDENTAL

En Occidente acaece lo contrario que en Oriente, el Derecho Romano estuvo latente y cuando la semilla encontró campo propicio creció y se desarrolló enormemente, hasta llegar a nuestros días.

A principio del siglo vil cae sobre Francia la barbarie, pero en Italia se conserva la gloriosa tradición humanista en los estudios retóricos y filológicos. Florecen muy pronto en Roma y en Ravena escuelas de derecho, antecesoras de la de Bolonia, que estudiaban el *Corpus Inris Civilis*. Así pues, por una parte, estos estudiosos conservan el interés por el Derecho Romano; por otra parte, los longobardos que hacía tiempo habían ocupado parte de Italia, tenían desde antiguo una habilidad natural para aplicar los textos legales, como puede verse en sus edictos y capitulares. Además, los jueces del tribunal de Pavía fundaron una escuela de derecho longobardo que floreció en los siglos x y XI; esta escuela se basaba en el *liber Papiensis*, que era una compilación de edictos y capitulares longobardos. Sus trabajos determinan hacia el año 1070 un comentario completo al Código Paviano, al que se llama *Expositio*, obra admirable del derecho de ese tiempo. De fines del siglo xi procede también el código llamado Lombardo compilación sistemática de las materias contenidas en el *liber Papiensis*. Esta actividad de los longobardos no hace más que alentar al Derecho Romano, cuya simiente estaba latente como hemos dicho.

61. LA ESCUELA DE BOLONIA. GLOSADORES Y COMENTARISTAS

A fines del siglo xi el método longobardo es aplicado en Bolonia al estudio del *Corpus Inris Civilis* por la escuela de

los glosadores. Fue su fundador Irnerio de Bolonia, maestro de gramática y dialéctica, quien vivió a fines del siglo xi y principios del XII. Sus principales discípulos fueron Martín, Búlgaro, Jacobo y Hugo.

Como representantes de esta escuela les suceden en la primera mitad del siglo xm Azón, Accursio y Odofredo. Los principios de la Escuela de Bolonia son modestos, pero más tarde adquiere fama y gran número de estudiantes acuden para estudiar derecho.

Los glosadores quieren descubrir el sentido de la compilación justiniana, para lo cual se valieron del método exegético, pretendiendo fijar la significación de los pasajes y aclarando su contenido, para lo cual emplean las glosas, que puede ser interlineal cuando se trata de dilucidar una cuestión gramatical o etimológica, o marginal, cuando se trata de desenvolver el pensamiento jurídico plasmado en el texto. Además, hacen alusión a pasajes paralelos y a decisiones contradictorias, procurando superarlas. El deseo de sintetizar y dominar metódicamente la materia, determina la aparición de obras de carácter sistemático, tales como las llamadas *summae*, que son explicaciones ordenadas de algunas materias y en las que plantean *quzeestiones* o problemas, donde exponen los argumentos en pro y en contra, para llegar a la solución más adecuada.

La *summa* del Codex de Azón gozó de gran estima en la práctica jurídica posterior, al grado de que ésta se atuvo al resumen de Azón, desdeñando el tetxo del *Corpus Iuris Civilis*. Accursio publica hacia 1227 la Glosa Grande, que reunía la labor de sus predecesores; también se le conoce con el nombre de Glosa Ordinaria y obtiene gran autoridad en la práctica jurídica.

Toda esta labor fue más teórica que práctica, pero prepara el campo para que vuelva a imperar el Derecho Romano. En posesión de varios manuscritos del *Digesto*, los glosadores han llegado a establecer un texto adoptado desde entonces por regla general y llamado por esta razón la *Vulgata*, *versio vulgata*. Los glosadores sometieron al mismo trabajo de crítica los manuscritos de las otras partes del *Corpus Iuris Civilis*.

El influjo de los glosadores se hizo sentir en otros países. En España, siguiendo el modelo de Bolonia, se abren universidades en Valencia y en Salamanca, a las que sigue la de

Lérida. En Francia, el glosador Rogerius hace escuela por las provincias del sur; en pleno siglo xn Placentino enseña en Montpellier el Derecho Romano; Vaccario lo enseña en Inglaterra, donde funda Oxford y redacta un resumen del *Corpus Iuris Civilis* llamado *Liber pauperum* —El Libro de los Pobres— destinado a los estudiantes.

Tomó tal auge el estudio del Derecho Romano con los glosadores, que en el año 1219 el Papa Honorio III prohibió su enseñanza en la Universidad de París, y ya antes, en el siglo xn, en los concilios de Clermont, Tours y Reims, no se permitió a los monjes que salieran de sus monasterios para ir a estudiar este derecho en las universidades.

Los glosadores alcanzaron mucho éxito debido a circunstancias felices que se conjuntaron en esa época: los glosadores no sólo explicaron el Derecho Romano, sino que al mismo tiempo enseñaron el derecho imperial y como los emperadores del Sacro Romano Imperio se consideraban los sucesores de los grandes emperadores romanos, de ahí que vieran en los glosadores a una especie de aliados para su consolidación en el trono y en su lucha contra la hegemonía papal, por lo que los atraieron bajo su égida.

Los comentaristas. A mediados del siglo xm el estudio del Derecho Romano decae, sus pocos cultivadores se dedican servilmente a la glosa, a la que dan más autoridad que al propio texto. Vienen entonces los comentaristas, postglosadores o bartolistas, quienes no anhelan explicar el *Corpus Iuris Civilis* —porque para ellos el estudio del Derecho Romano termina en la «Glosa»—, sino que quieren construir sobre las bases de la anterior escuela un derecho nuevo, de aplicación factible a toda Italia. Tratan de que el Derecho Romano teórico salga de las aulas y domine la vida jurídica en Italia.

La historia conoce a esta nueva tendencia con el nombre de *mos italicum*, debido a que tuvo su nacimiento en Italia. Posteriormente, se desarrolla por el centro de Europa y llega a extender su dominio hasta el siglo xviii, penetrando el Derecho Romano en la práctica jurídica con mayor eficacia que la que tuvieron los mismos glosadores.

En el siglo xiv esta escuela florece con Cinco de Pislova, que fue maestro de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), Baldo de Ubaldis (1327-1400) y Juan Andrés, y encuentra sus principales sedes en las ciudades de Perusa, Padua, Pisa y Pavía.

Se distinguieron de los glosadores en que donde aquéllos ponían pequeñas notas exegéticas, éstos redactan largos comentarios plagados de distinciones; así, Bartolo, antes de tratar sobre la jurisdicción propiamente dicha, la divide en seis especies, que califica de *máxima, maior, magna, parva, minor y mínima*.

Bartolo gozó de gran prestigio entre los juristas, su opinión era ley y su fama tanta, que en la Universidad de Pavía se creó una cátedra dedicada a comentar su obra. En España, por una pragmática dada en 1449, se decía que ante el silencio de la ley se siguiera la opinión de Bartolo y de Baldo.

Fue fecunda la labor de los comentaristas, dan nueva vida al Derecho Romano que así pudo sobreponerse a los derechos vigentes; sus ideas, definiciones y distinciones le infundieron la fuerza para superar al derecho estatutario y convertirse, mediante su aplicación práctica, en un derecho general que venció a los derechos particulares de las diversas ciudades con su armónica unidad.

62. EL HUMANISMO JURÍDICO

Durante más de tres siglos los italianos tuvieron la hegemonía del Derecho Romano, estudio que ellos mismos habían iniciado. Pero esta preponderancia fue interrumpida por el surgimiento del humanismo, que situó el ideal formativo del hombre en el estudio de la antigüedad clásica pagana, helena y latina, secularizando el estudio del griego y del latín, así como las grandes obras clásicas. El humanismo crea y elabora la idea de la moderna personalidad, de una personalidad que al menos en lo que se refiere a las cosas del espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplar. Fundamenta el humanismo una ciencia que no trabaja con verdades que le han sido impuestas, sino que se afana por descubrir ella misma la verdad utilizando sin limitación los medios disponibles.

Para los humanistas el *Corpus Iuris Civilis* no fue el libro sagrado y autoritario, como lo fue para los glosadores y comentaristas, sino que lo tomaron como una manifestación del espíritu de Roma, como una fuente de conocimiento del Derecho Romano histórico, cuyo sentido debía desentrañarse con los medios disponibles, independientemente del valor

práctico que tuviera. Así se dieron a la tarea de estudiarlo ayudados de sus grandes conocimientos del latín y griego, pero valiéndose también de la historia, de la literatura, de la filología; esto los llevó a una sobreestimación del derecho clásico y a una actitud casi hostil frente a los compiladores justinianos. Este estudio crítico los lleva al descubrimiento de muchas interpolaciones, cosa por lo demás ya sabida, pues el propio Justiniano lo había ya señalado. Un humanista tardío, Antonio Faber (1557-1624), descubrió muchas interpolaciones.

Desde el punto de vista científico el humanismo aportó mucho al estudio del Derecho Romano, pues constituyó un noble empeño al propio tiempo que un principio científico, el liberar las fuentes de la glosa ordinaria y de las innumerables controversias de sus comentaristas, haciendo el estudio directo de las fuentes y procurando encontrar la verdad contenida en ellas no con criterio de autoridad, sino sirviéndose de todos los medios científicos entonces disponibles.

La escuela humanista se sitúa en plena oposición contra el viejo romanismo, particularmente contra los glosadores o comentaristas. A esta dirección se le conoce con el nombre de *mos galileas*, por haberse desarrollado en Francia.

Ángel Poliziano (1454-1494) es uno de los precursores del humanismo, fue un filólogo de la Universidad de Florencia, que encontró el manuscrito de la Paráfrasis de Teófilo a las Instituciones de Justiniano.

Los principales representantes del humanismo fueron Alciato en Italia y Cujas y Doneau en Francia,

Andrés Alciato (1492-1550) nació en Milán, estudió en Pavía y Bolonia, donde alcanzó el grado de doctor. Se dice que cuando contaba quince años escribió un trabajo en el que analizó el significado de las expresiones griegas contenidas en la compilación del Justiniano. Enseñó en Italia y posteriormente en Francia, donde fue llevado por el rey Francisco I.

Cujas (1520-1590) nació en Tolosa y murió en Bourges. Enseñó en Francia y en Italia. Se le tiene como el más célebre de los juristas que haya conocido la humanidad, después de los juristas clásicos romanos. Trató de reunir los fragmentos de los diversos juristas clásicos citados en la compilación de Justiniano, para formar con ellos una sola obra, realizando así lo que ahora se llama palíngenesia, o sea, la

reunión de los materiales dispersos de un mismo autor y obras.

Hugo Doneau o Donello (1537-1591) fue rival de Cujas a pesar de pertenecer a la misma escuela. Enseñó en Burdeos, Bourges y Orleans, su fama trasciende de Francia y va a Heidelberg, Leyden y Altdorf, donde muere. Consideró a los monumentos legislativos y jurídicos romanos como algo vivo y actual, pretendiendo edificar con ellos un sistema susceptible de aplicación práctica. Propúsose Doneau, en efecto, realizar una labor de enlace y sistematización del derecho, que insensiblemente lo alejó de Cujas, a quien sólo le interesaba el análisis exegético de los fragmentos clásicos.

LECCIÓN XII

63. Recepción del Derecho Romano y *usus modernas pandectarum*. 64. Iusnaturalismo y Derecho Romano. 65. El movimiento codificador y el Derecho Romano. 66. El Derecho Romano en la Edad Moderna. La Escuela Histórica. 67. El estado actual de la investigación romanística. 68. La influencia del Derecho Romano en nuestro derecho positivo.

63. RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y «USUS MODERNUS PANDECTARUM»

La recepción del Derecho Romano es la admisión que de él hicieron en su derecho positivo las distintas naciones europeas. La recepción se facilitó porque en los centros de estudio universitarios se estudiaba derecho canónico y el *Corpus Iuris*. De diversa manera y con intensidad distinta estos países fueron recibiendo al Derecho Romano, llegando éste a ser el derecho común en casi toda la Europa continental; fue gracias a este movimiento recepcionista como la ciencia jurídica rompió la estrechez nacionalista.

En los siglos xiii y xiv el Derecho Romano ya era conocido por parte de los emperadores alemanes, pues rastros de este Derecho los encontramos en el Espejo de Suabia y en el Espejo de Sajonia. Las universidades alemanas principian a ser centros de cultivo del Derecho Romano sólo desde mediados del siglo xiv, pero en esta época tiene una importancia subordinada al Derecho Canónico. En la época de la recepción en Alemania se recurre al Derecho Romano para evitar la incomodidad de los múltiples derecho locales.

En Alemania en 1495 el tribunal imperial reconoció al Derecho Romano como el derecho común. En el sur de Francia este derecho rigió desde que fue conquistada por Julio César, a la caída del Imperio de Occidente perdura a través

del *Breviario* de Aladeo y posteriormente del *Brachylogus*, de las *Excepciones* de Petro y Lo Codi, que es un mal extracto del *Codex Iustineaneus*. El Derecho Romano se desborda hacia el norte gracias a los postglosadores franceses como Placentino, a los humanistas como Cujas y a los grandes juristas como Dónelo, Dumoulin y Pothier. A Holanda llega el Derecho Romano por el exilio de romanistas franceses protestantes, que lo hacen florecer en los siglos xvi y xvii. A Inglaterra llegó con poca intensidad este movimiento recepcionista. Por lo que respecta a España después hablaremos.

Esta avasalladora corriente recepcionista se vio atacada por el humanismo jurídico, el iusnaturalismo, la escuela histórica, pero fue el movimiento codificador el que logró quitar al Derecho Romano su carácter de derecho positivo.

Se conoce con la designación de *usus modernas pandectarum*, la tendencia de los juristas alemanes de hacer aplicaciones de la codificación de Justiniano a casos forenses prácticos de la época.

64. IUSNATURALISMO Y DERECHO ROMANO

El concepto del derecho natural no es nuevo en el derecho, tiene su fundamento en la filosofía estoica. Cicerón conoce esta doctrina y la difunde, la conocen igualmente los juristas clásicos, pero no le dan importancia, pues para ellos lo que vale es el *ius gentium* —el derecho de gentes, basado en la *naturalis ratio* —en la razón natural.

Durante siglos permaneció olvidado el concepto del derecho natural, hasta que conquista un puesto cimero debido a la obra *De iure belli ac pacis* (1625) del holandés Grocio. "Para Grocio y Puffendorf (1632-1694), el derecho natural es la base fundamental del pensamiento jurídico, el asiento sobre el que descansa el ordenamiento actual de la vida común y la vida misma moral y cultural del hombre. Por eso Puffendorf intenta ofrecer el derecho natural como un sistema homogéneo y cerrado de verdades de razón."

Thomasius (1655-1728), al igual que Puffendorf, separa el derecho natural de la filosofía y lo construye como disciplina jurídica. Christian Wolf (1679-1754) es el más representativo de esta corriente iusnaturalista, con su obra en nueve volúmenes titulada *Ius naturale*; toma la casuística propia del

Derecho Romano y la prefiere al derecho alemán y a la solución romana añade la solución basada en el derecho natural. Nettelblatt (1719-1791) desarrolla este método, de manera que el derecho natural "se instala en el ámbito del derecho privado, como un conjunto de principios jurídicos que integran una construcción lógica de gran vigor y que, inducidos de principios menos generales, comprensivos de una multitud de casos, vienen a formar como una pirámide cuya cúspide representa los principios y normas de más amplio alcance y generalidad".

Para ampliar lo anterior, es conveniente consultar la obra de Pablo Koschaker *Europa y el Derecho Romano*.

El iusnaturalismo es una faceta del racionalismo que tiene como base y medida del conocimiento a la razón humana; para esta corriente si la base o fundamentación del derecho es la misma razón humana, no había por qué apegarse a un derecho dogmático y extraño, como lo era el Derecho Romano; pero algunos iusnaturalistas como Grocio, Heineccio y Leibniz lo admiraron porque encontraron en él un fondo común con el derecho dimanado de la razón.

65. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR Y EL DERECHO ROMANO

El movimiento codificador quita al Derecho Romano su carácter de derecho positivo en Europa, éste se inició en el siglo xviii con el Código de Prusia y a principios del siglo xix da como fruto óptimo el Código de Napoleón, al que siguieron tomándolo como modelo muchos otros códigos, principalmente los códigos latinoamericanos.

El movimiento codificador tuvo su razón de ser, pues contribuyó a dar unidad a las naciones europeas. Anteriormente, Francia se dividía en región del derecho escrito y región del derecho consuetudinario propio, sin que esto quisiera decir que en los territorios de derecho escrito rigiera solamente el Derecho Romano y no también el consuetudinario. El Derecho Romano fue ganando terreno debido al auge del *mos gallicus* —al cual ya nos hemos referido—, pero de cualquier manera la fuerza de las ordenanzas locales y la costumbre no era pequeña, de manera que no había un derecho común aplicable a todos los habitantes del territorio; cuando se promulga el Código Civil o Código Napoleón, hubo un solo ordenamiento aplicable a todos los ciudadanos.

66. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MODERNA.

LA ESCUELA HISTÓRICA

Las enseñanzas de los comentaristas llegan hasta España y Portugal. La obra de Bartolo prepara en Alemania la recepción del Derecho Romano. Sin embargo, en el siglo xvi surge en Francia una reacción contra los comentaristas, naciendo la escuela histórica y que precisamente marca el renacimiento del Derecho Romano. Sus principales representantes son Al-siato, Cujas, Doneau, los cuales retornan al Derecho Romano puro, atendiendo más a la erudición anticuaría y filológica que a las necesidades jurídicas del momento, preparan el renacimiento de este derecho. Esta escuela estudia el Derecho Romano no sólo en el *Corpus Iuris*, sino en toda otra fuente que pueda dar alguna noticia de él tal como la historia, la poesía, la literatura; con este sistema más de una controversia se borra.

Estos métodos históricos pasan en los siglos xvii y xviii a los romanistas de Holanda. Mientras tanto, por este mismo tiempo, en Alemania se opera la recepción del Derecho Romano al través del *Corpus Iuris Civilis* y los Comentarios de Bartolo y Baldo, ganando terreno al derecho germánico y desplazándolo finalmente al amparo de la jurisprudencia cameral. *La Nueva Escuela Histórica*. En el siglo xviii el estudio del Derecho Romano decae en Francia, su último romanista fue Pothier, muerto en 1772. La escuela del derecho natural racionalista ataca al Derecho Romano, distinguiéndose en esta labor Christian Wolf. A esta escuela del derecho natural o iusnaturalismo se debe el movimiento codificador que avasalla con gran energía durante el siglo xviii y xix. La Nueva Escuela Histórica nace como reacción contra el iusnaturalismo; Savigny (1779-1861) es su fundador en un momento en que el Derecho Romano era atacado por todos; se opuso con éxito al movimiento codificador en Alemania, logrando prorrogar hasta fines del siglo xix la vigencia del Derecho Romano en su país. Su obra *Tratado de la Posesión* expone el derecho posesorio romano basado en los textos del *Corpus Iuris*, culmina en el *Sistema de Derecho Romano Actual*; otra obra notable es el clásico libro de *Pandectas* de Windscheid, perteneciente a esta escuela.

A esta escuela se sumaron los investigadores de Italia y Francia, cobrando impulso por los afortunados descubrimientos de fuentes originales del Derecho Romano, tales como el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo hallado en la Biblioteca de Verona por Niebuhr en 1816; los *Fragmenta Vaticana*, colección compuesta de fragmentos de escritos de Paulo, Ul-piano, Papiniano y de constituciones de Septimio Severo y Caracalla, encontrados en un pergamino en 1821 en la Biblioteca del Vaticano; y por muchas otras inscripciones halladas en Egipto, Asia Menor, Italia.

67. EL ESTADO ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN ROMANÍSTICA

Como el Derecho Romano informa o estructura a gran parte de los códigos modernos, ha continuado su estudio en la actualidad, yendo a la vanguardia la investigación en Alemania y en Italia, lugar menos preeminente ocupan Francia e Inglaterra. En América también se cultiva la investigación romanística, tanto en Latinoamérica como en Estados Unidos. El Japón ha incorporado las obligaciones romanas a su legislación civil. En la URSS, y sus países socialistas, se ha implantado como obligatorio el estudio del Derecho Romano en las universidades, con el fin de comprender la idiosincrasia de los pueblos occidentales.

Han continuado descubriéndose inscripciones y papiros en la antigua zona de influencia romana, lo que ha permitido colmar algunas lagunas en los textos clásicos, principalmente en el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo, y aumentar el caudal del conocimiento de esta materia.

68. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Para apreciar debidamente la influencia de este derecho como fuente del derecho mexicano al través de las legislaciones española, colonial y francesa, sería necesario profundizar un poco más de lo que nos es permitido en este curso sobre algunas nociones históricas de estos derechos.

Al iniciar el periodo de la reconquista en España y al través de las luchas hasta obtener la liberación del territorio

español invadido por los árabes, el derecho fundamentalmente aplicado fue de carácter consuetudinario de origen visigótico. Los concilios de Toledo, que fueron una fuente de legislación mixta religiosa y civil, contribuyeron no poco a la persistencia del Derecho Romano dentro de la legislación visigótica. En las diversas ciudades de España se aplican los fueros locales y la jurisprudencia expuesta por las fazañas o sentencias dictadas por los tribunales, que pueden además sentar precedente para casos posteriores. Entre los cuerpos de derecho de mayor importancia y que en cierta forma tendieron a la unificación, debe citarse al Fuero Juzgo; pero este ordenamiento nunca prescindió de varios elementos de origen romano, debido principalmente a la influencia del derecho canónico, en quien perduró la tradición romana.

Al renacer el Derecho Romano mediante los estudios y tratados de los glosadores y posglosadores, en España se hizo sentir también esta nueva influencia y como demostración de ella se expidieron por el rey don Alfonso X el Sabio, las famosas leyes conocidas como las Siete Partidas, cuerpo legal eminentemente romanista, y fue este el motivo por el cual el Derecho Romano no fue aceptado y aplicado sino como ley supletoria, pues de otra manera hubiera habido necesidad de abrogar toda la legislación anterior, lo que hubiera constituido un verdadero atentado que ni el rey ni el pueblo hubieran permitido. Pero las Siete Partidas dejaron sentir la influencia del Derecho Romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas leyes y pueden citarse algunas de las compilaciones que se aplicaron en la Nueva España, tales como la Nueva y Novísima Recopilación. Algunos preceptos que aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración del origen romano.

Después de la Independencia se siguieron aplicando en México las leyes españolas y las Siete Partidas fueron el texto principal de las leyes en vigor, hasta la promulgación del Código Civil de 1870.

Por lo que hace a la influencia del Derecho Romano en la legislación mexicana al través de la francesa, debe tenerse en cuenta que el Código Civil francés o Código Napoleón, fue el modelo de todas las codificaciones del derecho civil al través del siglo XIX y que nuestro Código de 1870 no fue una excepción. Ahora bien, el Código Napoleón aun cuando tuvo por origen diversas fuentes tales como las costumbres fran-

cesas, las ordenanzas reales de donde fueron tomados todos los preceptos que el citado Código encierra relativos a la propiedad, reglas generales de las obligaciones y preceptos relativos a muchos contratos especiales y régimen dotal, son netamente romanos.

Nuestro Código Civil de 1884 siguió los mismos lineamientos que el anterior, inspirado en fuentes romanas, y el Código Civil vigente a pesar de las diversas modificaciones introducidas a los que le precedieron, predominan en él el Derecho Romano.

Todos nuestros jurisconsultos al través de la segunda mitad del siglo pasado y en los primeros años del actual, tuvieron como fuente de conocimiento tanto para la aplicación del derecho como para la confección de las leyes, a los tratadistas franceses, quienes casi sin excepción, se ocuparon de comentar y explicar el Código Napoleón el que, como se ha dicho, se inspira en su mayor parte en la legislación romana.

LECCIÓN xm

LAS PERSONAS

69. Hombre y persona. Concepto. 70. Capacidad jurídica. 71. Clasificación de las personas. 72. Comienzo y extinción de la persona física (nacimiento y muerte). 73. Evolución de la persona jurídica ó moral. 74. Las corporaciones o asociaciones. 75. La fundación. 76. Los tres requisitos para la personalidad física y las tres *capitis deminutiones*. 77. La infamia.

69. HOMBRE Y PERSONA. CONCEPTO

El *homo* hombre, es el ser dotado de inteligencia, con un lenguaje articulado, clasificado entre los mamíferos del orden de los primates, etc., pero el hombre en este aspecto no interesó a los juristas romanos, sino considerado en su aspecto social como sujeto de derechos políticos y civiles, es aquí como se concibe al hombre como persona. En el Derecho Romano existían dos clases de personas: La persona física y la persona jurídica o moral.

La palabra persona connota en el lenguaje jurídico dos sentidos que es necesario no confundir. En el primero, se llama persona a todo ser real considerado como capaz de ser el sujeto activo o pasivo de un derecho, es decir, que será capaz de tener derechos y obligaciones. A las personas también se les denomina *singulares personae, certi homines* o *singuli*. Como los esclavos no son más que un objeto de propiedad, no se cuentan dentro de las personas, sino que el derecho los cataloga dentro de las cosas *mancipi*. En el segundo sentido, persona señala cierto papel que el individuo desempeña en sociedad, tal como padre de familia, comerciante, magistrado, etc.; la persona así concebida acumulará fácilmente muchos papeles y aquí es donde se aproxima más a su sentido propio y originario la palabra persona, que designaba la máscara que se ponían los antiguos actores.

En cuanto a la etimología de la palabra persona, ésta viene del etrusco *phersu*, que da en latín persona, máscara, personaje de teatro, de donde resultó en nuestra lengua persona. Otros autores derivan persona de *personare*, o sea, resonar.

70. CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad jurídica es la aptitud legal que tiene una persona para ejercitar los derechos cuyo disfrute le competen. Existe la capacidad de goce y la de ejercicio de los derechos, si no se tiene la primera no se es persona; la capacidad de ejercicio no es capital, pues los menores y los locos son personas no obstante que no ejercitan sus derechos sino al través de sus tutores o curadores. La capacidad es la regla general, la incapacidad es la excepción y en cada caso la señala la ley. En Roma pocas personas tenían plena capacidad de goce, bien por no ser libres ni ciudadanas o por estar sometidas bajo potestad.

71. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Et quidem summa divisio de ñire personarían Visee est, quod omnes nomines aut liberi sunt aut servi —y ciertamente, la más grande división de las personas es ésta: que todos los hombres o son libres o son esclavos—, nos dice Gayo en sus *Instituciones*. Esta división tiene como base la posesión o pérdida de la libertad.

La esclavitud es un derecho de propiedad que la ley reconoce a un hombre sobre otro hombre, de donde resulta que la libertad consiste sencillamente en no ser propiedad de nadie. Las *Instituciones* de Justiniano dicen que la libertad es la facultad natural de hacer todo aquello que queramos, salvo los obstáculos resultantes de la fuerza o de la ley. En el *Digesto* se dice que es libertad la facultad natural de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por ministerio de la ley.

G.1.9, 1.1.3.1., D.1.5.4

Las personas libres se subdividen en ciudadanos romanos v no ciudadanos. En esta subdivisión se toma como base la

posesión o no posesión del derecho de ciudadanía romana, que después de la libertad era el don más preciado en la antigüedad.

Las personas libres se subdividen aún en ingenuos y libertinos. Son libertinos los que han sido manumitidos de justa esclavitud. Ingenuas son las personas que han nacido libres y que no han sido esclavas según el derecho. Esta subdivisión comprende a todos los libres, pero tiene poco interés desde el punto de vista de nuestro estudio el distinguir entre un extranjero ingenuo y otro libertino; el interés está situado entre los ingenuos romanos y los libertinos que han obtenido su libertad bien de un ciudadano romano, bien de una persona investida parcialmente del derecho de ciudadanía.

I.1.4.pr., D.1.5.6

Sigue otra división en el derecho de las personas: unas son independientes —*sui iuris*— y otras son sometidas o dependientes —*alieni iuris*. Las independientes son las que no dependen de ninguna otra persona, las sometidas, las que están sujetas a la potestad de otra persona. Las personas independientes pueden estar en tutela o en curatela, o ser completamente capaces. Las personas sometidas se subdividen en esclavos, hijos de familia, personas libres *in mancipio* y mujeres *in manu*.

D.1.6.1

72. COMIENZO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA (NACIMIENTO Y MUERTE)

Las personas se consideran como tales desde el momento de su nacimiento hasta el día de su muerte; de donde el infante simplemente concebido se considere que aún no tiene personalidad y aquel que nace muerto no la tuvo nunca; pero a la inversa, la más fugaz existencia lleva una personalidad de la misma duración.

Por derogación de estos principios los romanos han admitido que el infante simplemente concebido podrá prevalerse de un derecho, debe ser considerado provisionalmente como vivo y debe reservársele su derecho, bajo la condición de que nazca viable. De aquí esta sentencia aún verdadera: *infans conceptus pro iam natu habetur, quotiens de commodis eius*

agitur —el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio. Esta regla tiene importancia sobre todo en derecho sucesorio; pues si bien se exige que el heredero viva al producirse la herencia, puede heredar al *de cius* el simplemente concebido; así, el hijo hereda a su padre muerto antes que él nazca, la madre pudo entrar como consecuencia de este principio en la posesión provisional de los bienes de la herencia paterna —*missio in possessionem ventris nomine*. Así pues, aunque la personalidad jurídica principia con el nacimiento y se extingue con la muerte, en beneficio del infante se le considera en algunas ocasiones como vivo, retrotrayendo su capacidad jurídica al tiempo de su concepción.

73. EVOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA O MORAL

Las personas jurídicas son entes que creamos para dar satisfacción a intereses colectivos. La cuestión que se presenta aquí es saber cómo nacen estas personas morales. Los romanos sin distinguir, como era necesario hacerlo, entre aquellas personas jurídicas que se referían a un interés público y aquellas que sólo expresaban un interés privado, parecen haber admitido su libre constitución en la época de la República, pero posteriormente requerían una autorización legal para su formación: "no se concede a cualquiera el poder constituir una sociedad, un colegio u otra corporación semejante, porque esta materia se encuentra regulada por leyes, senado-consultos y constituciones imperiales. En muy pocos casos se han permitido tales corporaciones; por ejemplo, a los socios arrendatarios de la recaudación de los impuestos, o de las minas de oro y plata, o de las salinas." Esta restricción obedeció a que algunas sociedades o colegios tuvieron una participación activa en los desórdenes que surgieron en Roma el siglo anterior a nuestra era, con motivo de las guerras civiles; sin embargo, cuando representaban un interés social o económico, gozaban de permiso para su constitución: "también existen en Roma colegios, cuya corporación fue confirmada por los senadoconsultos y constituciones imperiales, como el de los panaderos y los de los navieros que también existen en las provincias."

D.3.4.1

Los romanos desde tiempos remotos, formaron sociedades privadas como agrupaciones de un número fijo de personas, tal era el caso de los coherederos, que para no sufrir una desclasificación en el censo, mantenían los bienes de la herencia paterna como fondo social: "Antiguamente, a la muerte de un paterfamilias, existía entre los herederos suyos una sociedad a la vez legítima y natural, que se llamaba *ercto non cito*, es decir, de dominio indiviso." De esta antigua sociedad familiar se pasó posteriormente a aceptar las sociedades constituidas por los ciudadanos con fines privados, hasta llegar a las grandes sociedades de interés privado y de interés público, en la época del Imperio.

G.3.154a

Una vez regularmente constituidas, las personas morales son capaces de tener derechos y obligaciones. Las "que pueden constituirse como colegio, sociedad o cualquiera otra corporación, tienen, como si fueran una ciudad, bienes comunes, caja común y un apoderado o síndico por medio de quien se trate y haga lo que deba tratarse y hacerse en común." La ley les permite establecer los pactos que quieran con tal de no infringir la ley pública. Serán extrañas a todas las relaciones jurídicas que constituyen los derechos de familia, pero podrán tener derechos reales, ser acreedoras o deudoras, tener un patrimonio propio, heredar. Para que la persona jurídica pueda manifestar su existencia le hace falta el concurso de una o varias personas físicas encargadas de velar por sus intereses, así, las corporaciones tienen un *syndicus*, otras sociedades tienen un *magister*, las ciudades son administradas por los decuriones y más especialmente por los *duumviri*.

D.3.4.1.1 y D.47.22.4

74. LAS CORPORACIONES O ASOCIACIONES

La capacidad jurídica de las asociaciones reside en un grupo de personas reunidas entre sí por contrato privado, tiene por base natural una pluralidad de personas físicas a las que el derecho concede personalidad. La capacidad jurídica de las asociaciones de derecho público reside en las normas propias de éste, adquieren su personalidad por imperio general de la ley. Las asociaciones de derecho privado adquieren personalidad jurídica cuando les es otorgada.

Las corporaciones o asociaciones son las únicas personas morales que ocupan un lugar considerable en el derecho clásico. Se ha dicho que implican la reunión de varias personas, los derechos activos y pasivos de la asociación no se confunden con los de los individuos que la componen. La corporación puede perder a algunos de sus miembros o adquirir nuevos, puede cambiar todo su personal sin que ella cambie, es por lo que su existencia es ilimitada^ Lo que es debido a la corporación no debe ser considerado como debido por parte a cada uno de sus miembros, de donde se sigue que éstos no pueden perseguir a los deudores de la corporación sino en tanto que la representen. Las deudas de la asociación no gravan individualmente a sus miembros y por tanto su insolvencia no los expone a ninguna persecución.

D.3.4.7.1 y 2

El Estado como sujeto de relaciones patrimoniales, fue considerado como corporación pública: el *serarium* tesoro público del Estado, se consideraba como propiedad del pueblo romano. Las *civitates* que al incorporarse a Roma habían conservado su independencia política, eran personas jurídicas independientes. También se trataba como personas jurídicas independientes a las ciudades sometidas, pero éstas sufrían considerables restricciones en su personalidad por la soberanía del pueblo romano.

Las corporaciones privadas o universidades son otra especie de personas morales, reúnen a determinado número de personas que se unen para conseguir un fin determinado y a las cuales el Estado otorga los derechos de persona jurídica. Estas corporaciones privadas comprendían a toda clase de asociaciones voluntarias de personas que eran reconocidas por el Estado, tales como los *collegia* y *sodalitates*, los *socii vec-tigalium*, las sociedades de publicanos y otras.

75. LA FUNDACIÓN

Las fundaciones no son otra cosa más que la personificación de un patrimonio destinado a un fin, generalmente piadoso, por la voluntad del constituyente. Se rigen normalmente por sus estatutos y su patrimonio es manejado por una junta o patronato. Mientras que las asociaciones se originan

en la declaración de voluntad plurilateral de varias personas físicas, las fundaciones tienen su causa en un acto jurídico unilateral, basado en la voluntad del fundador, quien afecta todo su patrimonio o una masa de bienes a los fines de la fundación.

Por lo general, las fundaciones son institutos civiles o eclesiásticos con una finalidad de utilidad pública, de beneficencia o pía como dijimos. Durante el Imperio nacieron en Italia las fundaciones de alimentos, creadas para socorrer a los niños pobres, estando organizadas como establecimientos públicos, con autonomía patrimonial.

La fundación no fue reconocida como persona jurídica por el derecho clásico; se miró a las personas que recibían el patrimonio afectado a fines píos, como meras administradoras de esos bienes, más que como titulares de los mismos. Justiniano regula esta materia en C.1.3.48(49).4, pero sin otorgarles personalidad jurídica.

76. LOS TRES REQUISITOS "PARA LA PERSONALIDAD FÍSICA Y LAS TRES «CAPITIS DEMINUTIONES»

El jurisconsulto Paulo señalaba que hay tres clases de *capitū deminutio* —cambio del anterior estado—: la máxima, la media y la mínima, pues tres son los elementos que nos constituyen: libertad, ciudadanía y familia —*Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam*. Estos son los tres elementos que forman el *caput* o registro del ciudadano romano: la libertad, los derechos inherentes a la ciudadanía y los derechos familiares. La libertad era una condición fundamental para los otros dos; los esclavos están desprovistos de *caput*, lo que significa que no tienen personalidad jurídica; en sentido inverso, todo ciudadano romano reúne los elementos constitutivos del *caput*, o sea, que posee una personalidad jurídica completa. Los peregrinos tienen *caput* que es inferior al de los ciudadanos romanos, son libres como ellos, pero no tienen ni la ciudadanía romana ni los derechos de familia.

D.4.5.11

Estos tres elementos constitutivos del estado de las personas son también designados por la palabra *status*, que es

sinónimo de *caput*. Esta sinonimia se pone de relieve por la comparación de dos textos, uno de los cuales dice que los esclavos no tienen *caput*, y otro que dice que sólo a partir del día en que son liberados adquieren *status*. "Porque la persona del esclavo no tiene derecho alguno, y por ello no puede sufrir disminución, ya que el esclavo comienza a tener estado desde el momento actual de la manumisión."

D.4.5.3.1 y 4

Las personas reales se extinguen jurídicamente, lo mismo que físicamente, por la muerte. Pero es posible que sin perder su existencia física sean consideradas en derecho como extinguidas o transformadas. Podríamos definir la *capitis deminutio* como un cambio del estado anterior —*est autem capitis deminutio prioris status commutatio*. La *capitis deminutio* consiste en la pérdida total o parcial del estado que se tenía, pero no siempre implica un perjuicio para la persona, en ocasiones puede resultar benéfica, como cuando al perder sus derechos de familia un ciudadano se torna *sui iuris*, esto es, independiente. D.4.5.1

Como no es posible perder sino aquello que se tiene, la *capitis deminutio* sólo afecta a las personas libres; el esclavo que es manumitido no la sufre; pero sí el peregrino cuyo *status* consta de dos elementos: su libertad y su *ius civitatis*. El ciudadano romano puede sufrir tres clases de *capitis deminutiones*, pues su *status* consta de tres elementos; al perder la libertad perderá también su ciudadanía y sus derechos de familia; puede perder, sin dejar de ser libre, sus derechos de ciudadanía y por consecuencia los de familia; puede permanecer libre y ciudadano y sólo perder sus derechos de familia. Para señalar cabalmente esta gradación, se dice que la *capitis deminutio* es *máxima*, *media* o *minor* y *mínima*.

D.4.5.11

La *capitis deminutio máxima* afecta a toda persona libre que cae en esclavitud *iure civili*; abate completamente la personalidad jurídica, el hombre cae al rango de cosa, no tiene ya *status*, le es quitada su fama, o sea su situación de dignidad ileso, su buen nombre.

D.50.13.5. 1 y 3

La *media* o *minor* es sufrida por toda persona que, permaneciendo libre, pierde su derecho de ciudadanía y por consecuencia los de familia. Ésta no abate nunca la personalidad jurídica, porque supone la conservación de la libertad.

La *capitis deminutio mínima* consiste, según Paulo, en cambiar de familia sin perder ni la libertad ni la ciudadanía, Ésta sólo la pueden sufrir los ciudadanos romanos, porque sólo a ellos reconoce la ley derechos de familia. La sufren los paterfamilias que se dan en adrogación y los que estaban bajo su potestad, los adoptados, los hijos emancipados, las mujeres que caen *in manu*, el hijo legitimado.

77. LA INFAMIA

La infamia es una merma a la *existimatio* de que goza la persona en sociedad. Al principio fue el resultado de alguna decisión de los censores o de la ley y terminó por ser una consecuencia del edicto del pretor.

En tiempo de la República los censores estaban encargados de vigilar las buenas costumbres y con este motivo podían excluir al ciudadano de las centurias, al caballero del orden equestre, al senador del senado. Era esta una nota censoria, nota infamante por mala conducta. Hacia el fin de la República y en el Imperio, la *lex Iulia repetundarum*, la *lex Iulia de vi* y otras, tacharon de infames a los condenados en materia criminal, con graves consecuencias para ellos, pues se les excluía de los cargos públicos, no podían postular, ni ser testigos.

El edicto del pretor tachó de infamia al que fuera dado de baja ignominiosamente del ejército, a los comediantes, a los gladiadores, a los que se dedicaban al lenocinio, por ciertas condenas criminales y algunas civiles que implicaban mala fe del demandado.

D.3.2.1

La nota de infamia duraba de por vida, pero podía ser borrada por el senado o por el emperador.

LECCIÓN XIV

LA ESCLAVITUD

78. La esclavitud; su evolución en la vida social antigua. 79. Sus fuentes. 80. Sus efectos. 81. Su extinción. 82. Limitaciones legales al derecho del dueño. 83. La responsabilidad del dueño por actos del esclavo. 84. Limitación a las manumisiones. 85. Condición jurídica del liberto y los *tura patro-natus*. 86. El colonato y su transición hacia el feudalismo.

78. LA ESCLAVITUD; SU EVOLUCIÓN EN LA VIDA SOCIAL ANTIGUA Por derecho civil, los esclavos no son personas, pero no por derecho natural, pues por lo que respecta a éste, todos los hombres son iguales.
D.50.17.32

La esclavitud es la condición de los hombres que están bajo la potestad y la propiedad de un dueño; es una institución que estaba muy arraigada en la antigüedad; Justiniano reconoce con los jurisconsultos clásicos que es una violación al derecho natural: "la esclavitud es una institución del derecho de gentes por la cual, contrariamente a la naturaleza, una persona se somete al dominio de otra". Deriva del derecho que pertenecía al vencedor de matar al prisionero; en el año 401 de Roma, los romanos usaron de este derecho por represalia en contra de un pueblo etrusco que los había hostigado demasiado; pero por conveniencia el vencedor en vez de dar muerte al vencido, se aprovechaba de sus servicios. La esclavitud arraigó en las costumbres de los pueblos de tal modo que no podía concebirse una sociedad sin ella, es por esto que los grandes espíritus, cegados por la fuerza de este hecho, no vacilaron en justificarla, como Aristóteles entre otros; sin embargo, Alcidas creía que por derecho natural todos los hombres nacían libres y que la esclavitud era incompatible con este derecho.

D.1.5.4.2. y 3 e 1.1.3.3

El amo tenía derecho de vida y muerte sobre el esclavo, pero la ley no se proponía justificar las arbitrariedades y las crueldades del amo, se le confiaba más bien el ejercicio de una magistratura doméstica; así lo entendía Catón el Antiguo, que jamás hacía dar muerte a un esclavo sin conocer la opinión de los demás miembros de la familia, Plutarco refiere que los antiguos amos trataban a sus esclavos con dulzura, lo que se explicaba no sólo por el interés material que tenían en manejar un valor pecuniario, sino por el origen mismo de estos esclavos, nacidos todos en la casa o cautivos de los pueblos vecinos a Roma. Después de las grandes conquistas los esclavos no eran afines a los romanos, eran de otras razas y tenían otra religión, lo que originó extremos de crueldad del amo hacia sus esclavos que dieron lugar a una corriente humanitaria en su favor. Cicerón quiso que se les tratara con la consideración de hombres libres asalariados.

79. SUS FUENTES

En un fragmento de Marciano en el *Digesto*, se dice que la condición de los esclavos es única —*et servorum quidem una est condicio*—, significando que no hay distintas clases de ellos, sino una sola: todos son esclavos, y contraponen a esto la condición de los hombres libres, de los cuales unos son ingenuos —libres de nacimiento— y otros son manumitidos o libertos. Aunque la condición de los esclavos sea única legalmente, en la vida diaria había diferencias: los esclavos generalmente eran utilizados según sus aptitudes y qué distinto era el papel del esclavo preceptor de los hijos del amo, al del esclavo que hacía las tareas domésticas más bajas; cuando el amo tenía varios esclavos, solía dar a algunos de ellos siervos vicarios para que los dirigieran en distintas labores.

D.1.5.5

Justiniano distingue entre los esclavos a aquellos que nacen esclavos y los que se vuelven esclavos por causa posterior, de estos últimos, unos llegan a serlo por derecho de gentes, otros por el derecho civil.

1.1.3.4

Por nacimiento. Cuando se desea saber si un infante nace libre o esclavo, es necesario aplicar dos principios generales:

primero, si el infante ha sido concebido *ex iustis nuptiis*, sigue la condición del padre: "cuando hay nupcias legítimas, los hijos siguen la condición del padre; el concebido fuera de las nupcias legítimas, sigue la condición de la madre"; segundo, la condición del padre se mira en el momento de la concepción porque es cuando se considera que su obra ha terminado, la condición de la madre se mira en el día del parto porque hasta ahí la vida del infante dependía de la vida materna. D.1.5.19

Las distinciones consagradas por estos dos principios presentan interés; en cuanto al primero, cuando el padre y la madre no tienen la misma condición legal; en cuanto al segundo, cuando en el intervalo de la concepción al nacimiento ha cambiado la condición de la madre. Por aplicación de estos principios, la mujer que ha concebido *ex iustis nuptiis* y que alumbró esclava, al igual que aquella que ha concebido esclava y alumbró libre, ambas paren un niño libre. La lógica conduciría a deducir también que la mujer que ha concebido no casada, pero libre, y que alumbró esclava, lo mismo que aquella que ha concebido y parido esclava, pero que ha sido libre durante un intervalo de la gestación, una y otra alumbrarían a un hijo esclavo; pero Adriano rechazó esta lógica inhumana en un caso particular donde se trataba de una mujer encinta condenada a una pena que acarrearía la esclavitud, y su decisión fue generalizada por los jurisconsultos, dando la doctrina definitiva: desde el momento en que la mujer esté libre en cualquiera época de la gestación, el infante nacerá libre, aunque la madre alumbró siendo esclava.

D.40.5.53

Derecho de gentes. Según el derecho de gentes las personas pueden ser esclavas por la cautividad. Entre los romanos y los pueblos que no son sus aliados el derecho del más fuerte impera de una manera absoluta, de donde si aún en tiempo de paz se hacen prisioneros, éstos son legalmente esclavos. Fuera de esta hipótesis para que la esclavitud legal resulte de la cautividad, se requieren dos condiciones: /* Es necesario que el cautivo haya sido tomado en una guerra "de nación a nación; tomado por los bandidos, por piratas o en una guerra civil, permanecerá libre en derecho. 2" Que esta

guerra haya sido objeto de una declaración regularmente hecha o recibida por los romanos. D.49.15.19.2 y 24.pr.

Derecho civil antiguo., Según el derecho civil la libertad es un derecho inalienable, nadie podrá ser esclavo por acuerdo privado o por abandono voluntario de la libertad; pero el derecho civil puede imponer la esclavitud como pena; veamos primero las causas de reducción establecidas por el derecho civil antiguo: 1. Los que no se inscribían en los registros del censo. 2. Los que rehusaban prestar servicio militar eran vendidos en provecho del pueblo. 3. El deudor condenado que no había cumplido la sentencia. 4. El ladrón-sorprendido *in fraganti*. Las dos primeras causas son las más antiguas, las dos últimas están consagradas por las Doce Tablas. |

Derecho clásico. En el derecho clásico las causas de reducción a la esclavitud son las que siguen: 1. La condenación a las minas o el internamiento en una escuela de gladiadores. Tales esclavos se llamaban *servi pccense* porque en realidad no tenían amo, eran considerados como sometidos a su solo castigo. Constantino prohibió los combates de gladiadores y reemplazó la condenación a las bestias por la de las minas, bajo Justiniano esta condena ya no acarrearía la esclavitud. 2. Por disposición del SC Claudiano, la mujer libre que consciente de su condición tenía relaciones con el esclavo de otro y persistía en ellas no obstante tres advertencias que debía hacerle el propietario del esclavo, se hacía su esclava; Justiniano suprimió esta causa. 3. Cómodo, haciéndose eco del sentir de sus antecesores, decidió que el liberto ingrato pudiera ser reducido a esclavitud. 4. El principio de la inalienabilidad de la libertad había sugerido la siguiente especulación: se asociaban dos estafadores, de los cuales uno se hacía pasar por el amo y el otro por su esclavo, éste era vendido como esclavo a un hombre de buena fe, después se repartían el precio y el pretendido esclavo reclamaba su libertad. El comprador tenía recursos contra el vendedor, pero éstos eran ilusorios en contra de estas gentes, por lo que se decidió que cayera en esclavitud el que así se hiciera vender. Sin embargo, el emperador Adriano dispuso en una constitución que el mayor de veinte años que se dejara vender como esclavo, para cobrar el precio, se le impidiera reclamar su

libertad; pero en ocasiones permitió que lo hiciera, si restituía el precio cobrado.

D.48.19.29, D.28.1.8.4, 1.3.12.1, D.40.12.40 y D.40.14.2

80. SUS EFECTOS

Los derechos del amo sobre el esclavo podemos resumirlos en estas tres proposiciones: /" El amo dispone de la persona de sus esclavos, tiene sobre ellos poder de vida y muerte. 2" El esclavo es incapaz de adquirir para sí mismo, pero es un instrumento de adquisición para su amo, a quien puede hacer propietario y acreedor. 3"¹ El esclavo no puede obligar a su amo, a no ser por sus delitos y aún en este caso la obligación del amo se reduce a hacer el abandono del esclavo a la víctima. Tales son los principios del derecho civil; en el derecho de Justiniano sólo el segundo principio no sufrió cambio; el tercero fue suavizado por el pretor mediante algunos remedios, como las acciones *adiectitue qualitatis*.

G.1.52 y D.50.17.133

Por lo que respecta a los bienes, todo lo que el esclavo adquiere pertenece al dueño, pero éste de acuerdo con la aptitud de sus esclavos y con sus preferencias particulares, les asignaba diferentes tareas y a alguno le daba un peculio, que es un conjunto de bienes, para que el esclavo con su trabajo e iniciativa los hiciera producir. Este peculio es para el esclavo una especie de patrimonio, del cual dispone en la medida autorizada por el amo, pudiendo éste quitárselo en cualquier momento. Al peculio se le llama así porque deriva de pecunia pequeña o pequeño patrimonio. Tubero dice que peculio es lo que tiene el esclavo con permiso del dueño y en su cuenta aparte, una vez deducido lo que el esclavo debe al dueño.

D.15.1.5.3 y 4

Situación del esclavo en sociedad. Serviins moni adsimi-latur —la esclavitud se compara a la muerte—, por lo que respecta al derecho civil el esclavo se considera como la nada —*quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur*. Estos textos nos dan una idea acerca de la situación del esclavo en la antigüedad. La condición legal del esclavo en la

puede resumirse así: /. El esclavo no es miembro de la ciudad, de ahí que no pueda aspirar a las magistraturas ni figurar en el ejército. 2. No tiene familia ni puede contraer matrimonio legítimo; de hecho tiene padre y madre y puede tener mujer e hijos, pero estos son hechos desprovistos de efectos legales que sólo engendran una *cognatio servilis* —parentesco servil— de efectos muy limitados. 3. No tiene derechos de propiedad ni de crédito, pero puede adquirir para su amo.

4. No tiene patrimonio pasivo, o sea que no puede contraer ninguna obligación personal; se obliga sólo por sus delitos y aun esta obligación produce efectos el día que se vuelve libre.

5. No puede figurar en justicia ni como actor ni como demandado.

D.35.1.59.2 y D.50.17.32

81. SU EXTINCIÓN

Todo esclavo puede llegar a ser libre por el electo de un acto jurídico llamado manumisión y ningún esclavo adquirirá la libertad sin este acto, salvo los esclavos por cautividad, quienes al recobrar su libertad natural recobran a la vez la libertad legal, gozando de un beneficio llamado *ius postliminii*. Por tanto, la esclavitud se extinguirá en virtud del *ius postliminii* para los cautivos y para los demás por medio de la manumisión.

El postliminium. Según una tradición fundada en la equidad y admitida en el derecho, el prisionero deja de ser esclavo cuando escapa y vuelve a su patria, entonces se dice que disfruta del *ius postliminii*, por cuyo efecto el cautivo vuelto a la libertad recobra en principio todos los derechos que le pertenecían en el día en que fue hecho cautivo, de suerte que tenemos aquí una ficción legal que borra la cautividad y considera no sobrevenidas las consecuencias anexas a la esclavitud, por lo que el hombre conserva su nacionalidad, siendo ingenuo sigue tal, siendo parterfamilias conserva la potestad, las adquisiciones hechas por sus hijos y esclavos durante su cautiverio le pertenecen. Pero la ficción del *postliminium* no llega a borrar los hechos cumplidos, de aquí que no vuelve a poseer los derechos que tienen necesidad de un ejercicio actual, así, si poseía una cosa por sí mismo, su posesión cesa de una manera definitiva y si después la recupera

deberá iniciar una nueva usucapió. "Si has regresado por el postliminio, mientras estuviste en poder del enemigo nada has podido usucapir", a menos que un esclavo lo hubiera poseído, pues las cosas que posee un esclavo nuestro podemos usucapirlas aún sin saberlo. El marido no recupera a su mujer por el *postliminio*, sino que debe reconstituirse el matrimonio por el consentimiento de los cónyuges. D.49.15.5 y 2, 18, 12.1, 14.1 y 29

La manumisión. La manumisión es de derecho de gentes como la esclavitud, lo cual atenúa su vigor. *Est autem manía missio de manu missio, id est datio Ubertatis*, la manumisión es la acción de dar la libertad, porque en tanto que uno es esclavo, está bajo la mano y potestad del señor, del poder de éste se libra por manumisión. Esta disposición toma su origen del derecho de gentes, pues según el derecho natural todos los hombres nacen libres y río había manumisión porque no se conocía la esclavitud; pero cuando el derecho de gentes introdujo la esclavitud, se introdujo también este beneficio, y cuando en los primeros tiempos todos los hombres eran iguales, se principiaron a dividir en tres especies según el derecho de gentes: los libres, en oposición a éstos los esclavos y en tercer lugar los libertinos, o sea, los que habían cesado de ser esclavos.

D.1.1.4

Formas solemnes de manumisión. La manumisión está sujeta a formalidades por parte del derecho civil, sin las cuales el esclavo no podía ser libre en derecho; tres partes estaban interesadas: el amo que perdía su poder, el esclavo que mudaba su condición y la ciudad que lo admitía en su seno como uno de sus miembros. Estas tres partes debían concurrir en el acto, la sola voluntad del señor no bastaba para lograr la manumisión; la ciudad estaba representada por el censor en la manumisión *censu*, por el pueblo mismo reunido en los comicios por curias en la manumisión por testamento y por el magistrado en la manumisión *vindicta*. La manumisión hecha por el propietario solo no era más que un acto privado no reconocido por el derecho civil.

La manumisión *censu* supone la inscripción del esclavo como ciudadano romano en los registros del censo, hecho que podía tener lugar cada cinco años. En las provincias,

donde no había censo, se hacía por las declaraciones —pro-fessiones— que los contribuyentes hacían ante los censitores. Este modo dejó de usarse con los censos y fue reemplazado por Constantino por la manumisión *in sacrosanctis ecclesiis*. Ulp. 1.8., 1.1.5.1

La manumisión *vindicta* es la simulación de un juicio para que el esclavo adquiriera la libertad; intervienen el amo, el esclavo, un tercero llamado *assertor Ubertatis* y el magistrado. El *assertor Ubertatis* en su calidad de actor toca al esclavo y dice: *Aio hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium* —digo que este hombre es libre por el derecho de los Quírites—, después lo toca con la *vindicta*, especie de varita símbolo de la propiedad; hecho esto el magistrado pregunta al amo si él no reivindica a ese hombre, a lo que el amo calla; en seguida el magistrado por la *addictio* pronuncia que ese hombre es libre. Este es un acto de jurisdicción graciosa, por lo cual podía hacerse donde quiera que se encontrara el magistrado.

Ulp. 1.7

La manumisión por testamento se funda en la disposición de la ley de las Doce Tablas que establece que como manifieste el paterfamilias su voluntad, así se cumpla —*uti legassit super pecunia tutelave sme rei, ita ius esto*. El testador puede manifestar su voluntad de manumitir en forma de legado *per indicationem*: *Stichus liber esto* —Estico, sé libre—, en cuyo caso tiene por patrono al difunto y se llama *Ubertus orcinus* —liberto del Orco—; o bien en forma fideicomisaria: *Heres meus, rogo te ut Stichum manumitias*— Heredero mío, te ruego que manumitas a Estico—, teniendo entonces por patrono al heredero.

D.40.5.4.12

El esclavo a quien un amo ciudadano romano liberta por alguna de estas tres formas, se hace libre y ciudadano; si no es así, será libre de hecho, pero no de derecho. El esclavo ha obtenido la vida civil por obra del patrón, de aquí que tome su nombre, origen y nacionalidad; así, el *liberto* de un latino será latino, el de un peregrino será peregrino. Este principio fue aplicado de una manera absoluta durante mucho tiempo y es por lo que la manumisión hecha por un ciuda-

daño romano sin ajustarse a las reglas del derecho civil permanecía sin efecto, y si se ajustaba, el esclavo obtenía libertad y ciudadanía a la vez.

Formas no solemnes de manumisión. Toda manumisión hecha por el propietario solo no era más que un acto privado, pues era un negocio particular entre él y su esclavo, por el cual se comprometía a no ejercer su poder; el esclavo no se hacía ni libre de derecho ni ciudadano y el señor podía, cuando quería, recobrar el poder que había prometido no ejercer ya, porque no se consideraba obligado con su esclavo. Las principales formas no solemnes de manumisión son: 1) *Per epistolam* —por carta—, cuando el esclavo vivía lejos, su amo le enviaba una carta permitiéndole vivir en libertad. Justiniano exigió que la carta manumisora estuviera firmada por cinco testigos. 2) *inter amicos* —entre amigos—, cuando el amo ante sus amistades daba la libertad al esclavo: Justiniano requiere cinco testigos y una acta. 3) Por codicilo, en el cual se podía expresar la última voluntad sobre las dádivas, legados y otras disposiciones que se encomendaban al heredero.

Había otras muchas formas no solemnes de manumitir, como cuando el esclavo iba delante del cortejo fúnebre de su señor llevando el gorro de la libertad —*pileum*—; cuando el señor casaba a un hombre libre con su esclava y la dotaba; cuando en un acto público daba a su esclavo el nombre de hijo; cuando en presencia de cinco testigos le devuelve o rompe los papeles que acreditaban su condición servil. Si el que manumitía no era propietario del esclavo según el derecho civil y sólo lo tenía *in bonis* —en sus bienes—, el esclavo no se hacía ciudadano ni era libre de derecho.

82. LIMITACIONES LEGALES AL DERECHO DEL DUEÑO

Como ya desde el último siglo de la República los esclavos venían de regiones distantes de Roma, se rompió esa antigua comunidad que había entre ellos y sus amos, éstos principiaron a tratarlos mal con grave peligro para la seguridad pública dado su número tan elevado; por esto, entre otras, se votaron las siguientes disposiciones: 1) Una ley Petronia dada bajo Augusto o Nerón, ordena que el amo no podrá más, sin una causa constatada por el magistrado, entregar a su esclavo

para que combata a las fieras; de ahí, Marco Aurelio concluyó a la nulidad de la cláusula insertada a veces en las ventas de esclavos: *ut cum bestiis pugnarent*. 2) Algunos amos avaros abandonaban en el templo de Esculapio a sus esclavos enfermos; Claudio decidió que éstos se volverían libres, pero latinos junianos, y que aquel que los matara en lugar de abandonarlos, sería castigado como homicida. 3) Finalmente, dos constituciones de Antonino el Píadoso decidieron que el amo que matara a su esclavo sin causa sería castigado como si hubiera matado al esclavo de otro, y que el amo que maltratara sin causa a su esclavo sería obligado a venderlo, no pudiendo el antiguo amo volver a comprarlo posteriormente. D.48.8.11.1 y 2, D.40.8.2 y D.1.6.1.2

83. LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO POR ACTOS DEL ESCLAVO

Hemos indicado que el amo utilizaba a sus esclavos según las aptitudes que éstos tuvieran, así algunos celebraban negocios tomando prestada la personalidad suya, por esta virtud hacían a su amo adquirir créditos, pero por una disposición injusta del derecho civil, el esclavo no podía obligar a su amo, por lo que un amo poco honrado podía desconocer los asuntos que comprometieran su patrimonio en detrimento del tercero que había contratado con el esclavo en consideración a la persona del amo; esta situación inequitativa es remediada por el pretor quien ofrece las *actiones adiectitke qualitatis* para obligar al amo a cumplir lo que por medio de su esclavo se había comprometido. Cuando el esclavo comete un delito por orden de su amo, es el amo quien queda obligado *ex delicto*; cuando lo comete el esclavo, éste se obliga civilmente por sus delitos, pero el ofendido no podía perseguir directamente al esclavo, pues éste no podía comparecer en justicia, por lo que se le autorizó a perseguir al amo, éste para liberarse de responsabilidad entregaba al culpable a la víctima, para que con su trabajo resarciera el daño. Este es el llamado abandono noxal, aplicable no sólo a los esclavos sino también a los demás *alieni inris* —dependientes— cuando cometían un delito.

84. LIMITACIÓN A LAS MANUMISIONES

Temeroso Augusto de que por vía de las manumisiones se aumentara el número de los ciudadanos romanos y que adquirieran la ciudadanía elementos indeseables, las gravó con un impuesto del cinco por ciento y además las restringió. Las leyes referentes a esta materia son las que siguen:

Ley Aelia Sentia. Esta ley del año 4 d. C, restringía las manumisiones y creó una nueva clase de latinidad: la de los *dedicticios*. Antes de esta ley el esclavo regularmente manumitido por joven que fuera, se hacía ciudadano. Por los términos de esta ley todo manumitido menor de treinta años sería latino, a menos que la manumisión hubiera sido hecha vindicta, en virtud de una causa justa examinada y aprobada por un consejo que en Roma se componía de cinco caballeros y de cinco senadores y en provincia se integraba con veinte recuperadores, todos ciudadanos romanos.

G.I 18 a 20, Ulp.1.12 y 13a

Antiguamente el más vil esclavo podía ser ciudadano por medio de una manumisión regular; esta ley hace inaccesible el derecho de ciudadanía a todos aquellos esclavos que hubieran sido condenados a las fieras, aherrojados, sometidos a tortura por un delito del cual fueron confesos, al ser manumitidos no podían ser más que peregrinos *dedicticios*; éstos eran habitantes de los pueblos que se habían rendido a discreción y les estaba prohibido aparecerse en Roma o en un radio de cien millas a su alrededor, bajo pena de perder sus bienes y ser reducidos a esclavitud sin esperanza de una nueva manumisión; tampoco podían obtener la ciudadanía ni recoger ninguna liberalidad testamentaria. Estos manumitidos *dedicticios* estaban en el límite de los hombres libres y los esclavos —*pessima libertas*—, pero sus hijos nacían peregrinos ordinarios y podían llegar a ser ciudadanos.

G.I.13, 14, 25 a 27, Ulp.1.1T

Por disposición de esta ley no se permite que el menor de veinte años manumita, para evitar que dejándose llevar por su inexperiencia otorgue la libertad a esclavos poco dignos de ella. Sin embargo, la ley no se aplica cuando hay un motivo justo de manumisión y ésta se hace vindicta, previa apro-

bación del consejo, en cuyo caso se hacía ciudadano, o si el esclavo era manumitido *inter amicos* se hacía un latino. Son causas justas de manumisión dar la libertad a los padres, al preceptor, al hermano de leche, al hermano natural, a una esclava para casarse con ella. Ulp. 1.13, G.I.19

La ley Aelia Sentia anulaba las manumisiones hechas en fraude de los acreedores —*nam is qui in fraudem credito-rum . . . manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem*—, en efecto, si alguno manumite en fraude de sus acreedores ... tal acto es nulo, puesto que la ley Aelia Sentia impide que el manumitido adquiera la libertad. Una disposición del edicto del pretor permitía a los acreedores pedir la revocación de los actos hechos por su deudor en fraude o perjuicio de sus derechos; pero las manumisiones, actos irrevocables por su naturaleza, escapaban a esta disposición, de aquí que fuera necesario dejarles su plena validez o declararlos nulos de pleno derecho. El pretor, guardián del derecho civil, había debido apartarse de este último partido. La ley Aelia Sentia le quitó sus escrúpulos, pues permitió, en interés de los acreedores nulificar las manumisiones fraudulentas, pero sin definir las, aunque posteriormente la doctrina fijó las condiciones: 1) Es necesario que efectivamente causen un daño a los acreedores por volver insolvente al deudor o por aumentar su insolvencia. 2) Es necesario que el deudor haya obrado con la conciencia del perjuicio que iba a acarrear a sus acreedores. Hay que notar que esta prohibición era aplicable también a los peregrinos, pues los derechos de los acreedores exigían el mismo trato sea cual fuere la nacionalidad del deudor; las demás disposiciones de esta ley no son aplicables a los peregrinos porque sus manumitidos no son ciudadanos romanos.

G.1.37 y 47

Por derogación de la regla, la manumisión *in fraudem creditorum* —en fraude de los acreedores— vale cuando el amo manumite a un esclavo por testamento y lo instituye heredero; es necesario ver aquí un favor para el amor y no para el esclavo, que devenía *heres necessarius* —heredero necesario—, obligado a aceptar una herencia cargada de deudas.

Las disposiciones de esta ley no son odiosas como lo estimó Justiniano, puesto que eran una medida de seguridad en interés de la ciudad para evitar que esclavos indignos obtuvieran la libertad. Por otra parte, se evitaba que se perdiera una porción considerable del patrimonio del difunto en perjuicio de sus herederos, para satisfacer un vano deseo de renombre y ostentación postuma.

Ley lunia Norbana. No todos los amos manumitían a sus esclavos mediante una de las tres formas solemnes exigidas por el derecho civil, sino que los manumitían por las formas no solemnes; pero estos que permanecían libres por la voluntad del señor, eran esclavos según el derecho civil, y si los manumisores intentaban reducirlos nuevamente a la esclavitud empleando la fuerza, intervenía el pretor y no lo toleraba. (Fr. Dosith. 5). Esto trajo como consecuencia la incertidumbre acerca de la condición de los manumitidos irregularmente y pleitos innumerables, pues el amo podía arrepentirse de haber otorgado la libertad e intentar volver a reducir a esclavitud a su libertino, aunque, como decimos, el pretor se oponía a ello. Para terminar con estos litigios, la ley lunia Norbana del año 19 d. C. se ocupa de los esclavos libres de hecho pero no conforme a derecho y los considera a todos libres de derecho, pero no ciudadanos, sino que los asimila a los latinos de las colonias, reglamentando su situación y dándoles ciertas facilidades para la obtención de la ciudadanía; éstos fueron los llamados latinos junianos.

G.1.29 y Ulp.3.3

85. CONDICIÓN JURÍDICA DEL LIBERTO Y LOS «IURA PATRONATUS»

Son libertos los que han sido manumitidos de esclavitud legal, y es necesario considerar su situación bien como miembros de la sociedad, bien en sus relaciones con su antiguo amo, ahora su patrón. El manumitido es inferior a los demás miembros de la sociedad, a los ingenuos. En el derecho público esta inferioridad se manifiesta en que tienen un derecho de voto ilusorio, que sólo ejercían en los comicios por tribus; sabemos que dentro de las cuatro tribus urbanas se les confinó en la Esquilina; además, están privados del *tus honorum* —derecho a desempeñar cargos públicos—, la ley Visellia dada bajo Trajano se los prohibía, pero ya desde antiguo la costumbre había sancionado esta prohibición. En el derecho privado esta inferioridad se acusaba bajo la República por la falta de *connubium* —facultad para contraer matrimonio legítimo— con los ingenuos, disposición que desaparece bajo Augusto. En el derecho clásico el liberto permanece inferior bajo un punto de vista secundario: la adquisición del *ius liberorum* —derecho dado por los hijos—, que era una serie de ventajas que obtenía el ingenuo según el número de hijos.

D.1.5.6

Clases de libertinos en el derecho clásico. Como consecuencia de las leyes que hemos estudiado, a partir de ellas hubo tres clases de libertinos: a) los que eran ciudadanos romanos, b) los latinos junianos, que debieron su nombre de la ley lunia Norbana y c) los dedicticios, creados por la ley Aelia Sentia.

a) *Libertinos ciudadanos romanos.* A pesar de su inferioridad legal, los libertinos lograban por su talento, la fortuna o la intriga conquistar de hecho un lugar de consideración en la sociedad. Los verdaderos romanos se indignaban contra esta situación, pero la opinión de la masa tendía a borrar estas desigualdades. La legislación terminó por hacerse eco de esta corriente y creó ciertos medios para borrar esta inferioridad del libertino; de ahí el *ius aureorum annulorum* y la *restitutio natalis* —derecho de llevar el anillo de oro y la restitución de la ingenuidad—, beneficios que eran acordados por el príncipe; el primero da al libertino el derecho de usar el anillo de oro y le procura las ventajas de la ingenuidad

con respecto a terceros, como miembro de la sociedad, pero no en sus relaciones con el patrón —el que ha conseguido el derecho de llevar el anillo de oro, es tenido por libre de nacimiento, aunque no se excluya de su herencia al patrono—; el segundo borra por completo la calidad de libertino, volviendo al hombre legalmente ingenuo y sin *iura patronatus* —derechos de patronato—, por lo que se exigía el consentimiento expreso del patrono o de sus hijos, porque es considerado como si hubiese nacido ingenuo y el patrono no puede entrar en su sucesión, por lo que no acostumbran los emperadores conceder esta restitución en la ingenuidad sin el consentimiento del patrono. D.40.10.5, D.40.11. 2, 4 y 5

b) *Libertinos latinos junianos*. Éstos se llaman así porque fue la ley Iunia Norbana la que los creó, latinos porque los asimiló a la condición de los *latini coloniarii*; de donde se sigue que están privados de derechos políticos, en el orden privado no tienen el *connubium*, pero poseen el *ius commercii* aunque limitado, pues no tienen el *ius capiendi* directo *ex testamento* —derecho de adquirir directamente del testamento— a menos que se hagan ciudadanos romanos mientras viva el testador o a los cien días de su fallecimiento; no tenían el derecho de testar, sus bienes pasaban al patrón o a sus herederos como si se tratara del peculio de un esclavo.

c) *Libertinos dedictios*. Fueron los menos favorecidos como ya lo hemos señalado; fueron asimilados a los peregrinos que se rindieron a discreción a Roma, no poseían de rechos políticos, ni gozaban de las prerrogativas que confería la ciudadanía en el orden privado.

En cuanto a las relaciones del liberto con el patrón, se resumen en lo que los romanos llamaban *iura patronatus*, que comprendían: 1) Derechos a la tutela y a la sucesión del liberto. 2) Derecho a su respeto y consideración —*obsequium vel reverentia*—, con las siguientes consecuencias: el *liberto* no puede intentar una acusación en contra del patrón, a menos que el magistrado lo autorice, ni testimoniar en su contra. 3) Debe alimentos a su patrón en caso de necesidad. 4) Puede ser vuelto a la esclavitud por ingratitud. 5) Debe prestarle los servicios que se estimen convenientes a la edad, dignidad, salud, necesidad, tomando en cuenta las circunstancias del caso; pero queda liberado el liberto de la obliga-

ción de prestar servicios cuando tenga en potestad a dos o más hijos o hijas.

D.38.1.41, 16.1 y 37 pr.

La condición de los libertos no era hereditaria y sin duda alguna tanto en el derecho antiguo como en el clásico, sus hijos nacían ingenuos, aunque privados del *ius honorum* —derecho a desempeñar cargos públicos— durante mucho tiempo.

86. EL COLONATO Y SU TRANSICIÓN HACIA EL FEUDALISMO

En la época clásica no había medio entre la esclavitud y la libertad, pero más o menos en tiempo de Constantino aparece una condición mixta llamada colonato con estas características: el colono, situado sobre una tierra que no le pertenece, la cultiva con la condición de pagar al propietario una renta periódica en especie o en dinero; está atado a la tierra de tal modo que no puede abandonarla voluntariamente; su persona no está sometida al dueño de la tierra, el colono no es esclavo, puede casarse, obligarse, ser propietario, pero le está prohibido vender sus bienes sin el consentimiento del dueño de la tierra, puesto que esos bienes garantizan el pago de la renta; la condición del colono es hereditaria.

G.4.147 y 153

La creación del colonato se atribuye a Constantino, quien por dos constituciones prohibió a los labradores que ocuparan puestos municipales y que cambiaran de tierra. El colonato fue sobre todo una medida de interés fiscal y agrícola tendiente a asegurar a la vez el pago del impuesto raíz y el cultivo de las tierras. Esta medida parece natural para quien sabe que la tendencia general del gobierno de esta época consistía en volver las condiciones sociales inmóviles y hereditarias.

LECCIÓN XV

LA CIUDADANÍA 87. Los ciudadanos y sus prerrogativas. 88. Figuras intermedias entre la plena ciudadanía y la plena extranjería (latinos y peregrinos). 89. Adquisición y pérdida de la ciudadanía. 90. La Constitución Antoniniana.

87. LOS CIUDADANOS Y SUS PRERROGATIVAS

La ciudadanía romana o *ius civitalis* confiere a sus titulares ventajas en el orden público y en el orden privado. Podemos distinguir tres especies de derechos públicos: *a)* Los derechos políticos propiamente dichos, que comprenden el *ius suffragii*, o sea el derecho de votar en los comicios, y el *ius honorum*, o sea el derecho de ejercer las magistraturas, *b)* Los derechos públicos que tienen por objeto proteger la libertad individual, por ejemplo, la *provocatio ad populum* —apelar al pueblo—, el derecho de invocar el auxilio tribunicio, exiliarse para escapar a una condena inminente, *c)* Ciertos derechos cívicos que al mismo tiempo eran cargas: el derecho a tomar parte en las ceremonias religiosas, de figurar en los registros del censo, la obligación de pagar impuestos, el derecho a formar parte del ejército.

En el orden privado el ciudadano romano goza del *connubium*, o sea la aptitud para contraer *iustum nuptiae* y el *commercium*, o sea la capacidad para obtener la propiedad por los medios establecidos por el derecho civil, y su consecuencia: el derecho activo y pasivo de testar —hacer testamento y tener capacidad para ser instituido heredero.

UIp.5.3 y 19.5

Al ciudadano romano se le aplica plenamente el *ius civile* en todo lo ventajoso o desventajoso que pueda tener para él; en cambio, el peregrino no goza de ventajas en el orden público y en la esfera privada no está sometido al derecho civil sino al derecho de gentes.

88. FIGURAS INTERMEDIAS ENTRE LA PLENA CIUDADANÍA Y LA PLENA EXTRANJERÍA (LATINOS Y PEREGRINOS)

Entre la plena ciudadanía y la plena extranjería tenemos la siguiente escala:

a) El ciudadano romano ingenuo que goza de todos los privilegios que hemos señalado.

b) Los *lañini veteres*, que son los habitantes del antiguo Latium reunidos en una poderosa liga de la cual formó parte Roma en muchas ocasiones y a la que terminó por destruir. En el derecho público disfrutaban del *ius suffragii* y con facilidad obtienen la ciudadanía romana, como cuando se establecían en Roma dejando descendencia en su patria, cuando hacían condenar a un funcionario romano por concusión y cuando habían ejercido una magistratura en su país.

c) Los libertos manumitidos en forma solemne, que no tienen el *ius honorum* y sin *eonnubium* con familias senatoriales.

d) Los *latini coloniarii*. Cuando Roma sometió a los latinos principió a fundar colonias que afianzaban su dominación, según testimonio de Cicerón y de Gayo; comprendían tres clases de personas: voluntarios que renunciaban a su patria, personas condenadas a una multa y que así evitaban pagarla, e hijos de familia enviados por sus padres. Todas estas personas perdían su calidad de ciudadanos romanos, salvo cuando la colonia era romana. Más tarde el *ius latini-tatis* —el derecho de latinidad— se adquiere bien por emigración a una colonia existente, bien por concesión del príncipe, como lo hace Vespasiano al concederlo a los habitantes de España. Una vez adquirida, la condición de *latinus colonia-rius* —latino colonial— se transmite por nacimiento. La condición de los *latini coloniarii* no es más que una reducción de la de los *latini veteres*, pero están sobre los *peregrini*; en efecto, si se les rehusan los derechos políticos en Roma, se les conceden en su municipio y si no tienen el *ius connubii*, el *ius commercii* les pertenece. Además, es muy probable que obtuvieran la ciudadanía romana por los mismos medios que los *latini veteres*.

e) Los *latini iuniani*, creados por la ley Iunia Norbana. Estos latinos podían adquirir con alguna facilidad la eluda-

danía romana: 1) Por concesión del príncipe, pero sin quitar al patrono sus derechos sobre la sucesión del manumitido. 2) Por *causas probado o liberi* —por haber probado una causa justificada, o por el número de hijos—, con estos supuestos: *a)* que el manumitido latino se haya casado con una romana o con una latina; *b)* que se haya casado con el fin de tener hijos; *c)* que el matrimonio se hubiera celebrado en presencia de siete testigos ciudadanos romanos; *d)* que de esa unión nazca un infante de uno u otro sexo. Realizadas estas condiciones el latino se presenta ante el magistrado para hacer la prueba —*probare causam*— y adquirir para sí, para su mujer —si no la tiene ya— y para sus hijos la ciudadanía. La ley Aelia Sentia fue la que introdujo este favor en beneficio de los manumitidos latinos que debían su inferioridad a la falta de edad. G.1.66

l) Los peregrinos. En el latín arcaico a los extranjeros se les llamaba *hostes*, que significa igual, al decir de Festus, pues Roma estaba circundada de pueblos tanto o más poderosos que ella, por lo que les reconocía su igualdad y derecho a la independencia. Al cambiar esta situación ya no se les ve así y la palabra *hostes* cambia de sentido y termina por reemplazar a la vieja palabra *perduell.es*, que significaba a aquellos con los que se estaba en guerra regular. Posteriormente hubo necesidad de distinguir entre el extranjero y el enemigo, es cuando aparece la palabra *peregrinus*, que se aplica a los habitantes de los pueblos independientes y más usualmente a los extranjeros que están sometidos a la dominación romana. Entre estos peregrinos, la mayoría pertenecen a una ciudad determinada, los demás no tienen ningún derecho de ciudadanía, como son aquellos que la han perdido por efecto de una condena y también los libertinos dedicticios. Es grande el interés de esta distinción; a los peregrinos que no tienen una ciudadanía cierta no se les puede aplicar más que las reglas del *ius gentium*; a los que pertenecen a una ciudad se les aplica a más del *ius gentium* el derecho propio de su ciudad. Los peregrinos no gozan de ninguna de las ventajas que confiere la ciudadanía romana, pero su afluencia fue tanta en Roma que hubo de designarse un pretor peregrino para que les administrara justicia.

g) Los libertos dedicticios, que nunca podían obtener la ciudadanía romana ni acercarse a Roma. *h)* Finalmente, los bárbaros. D.50.16.234

89. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA CIUDADANÍA

La ciudadanía romana se adquiere por el nacimiento o por causas posteriores al nacimiento. Cabe indicar que los romanos no aceptaron el *ius soli*, esto es, que por el hecho de nacer en Roma nadie era ciudadano; siguieron en esta materia el *ius sanguinis*, en términos generales era ciudadano romano quien nacía de ciudadanos romanos.

Para saber cuáles son los romanos de nacimiento, se aplican los mismos principios señalados en el número 79, de acuerdo con los cuales se determina si una persona nace libre o esclava. De estos principios dimanaban las consecuencias siguientes: 1) Suponiendo que una mujer conciba romana y alumbrase peregrina, el infante nacerá romano si proviene *ex iustis nuptiis* —de matrimonio legal—; nacerá peregrino si ha sido *vulgo concepti* —en unión irregular. 2) El infante *vulgo concepti* de una peregrina que más tarde llega a ser romana y sigue tal hasta que alumbrase, nacerá romano. 3) El infante concebido de un matrimonio de peregrinos o de un romano y un peregrino, nace peregrino, puesto que tal matrimonio no es *iustum* —legal. Por aplicación de estos mismos principios se deberá decidir que la mujer casada con un peregrino que alumbrase romana, el infante será romano; pero una ley Minicia de fecha desconocida decidió que si alguno de los progenitores era peregrino, el hijo siempre fuera peregrino; pero a propuesta de Adriano el senado abrogó esta ley, volviéndose al derecho común.

G.1.74 y ss.

Dada la importancia que tenía la prueba de la ciudadanía, Marco Aurelio ordenó a los ciudadanos que declararan el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días a los *praefecti aerarii* y en provincia a los *tabularii*.

En cuanto a la manera de llegar a ser ciudadano romano por causas posteriores al nacimiento, los esclavos lo eran cuando habían sido manumitidos regularmente por un amo

romano, pues es un principio que la nacionalidad del patrón se comunica de pleno derecho al liberto. Con respecto a los hombres libres, no adquieren la calidad de ciudadanos más que en virtud de una concesión expresa acordada por los comicios, por un se, o por el príncipe, concesión que podía comprender todas las ventajas de la ciudadanía o sólo algunas; se daba al individuo y a veces se extendía a su mujer e hijos. También a veces se concedía a ciudades o aún a regiones enteras, como en el año 338 a. C, en que muchas ciudades latinas la obtuvieron y después de la guerra social en el año 90 a. C, una ley *lidia*, propuesta por el padre de Julio César, confirió este derecho a todos los latinos. Ya hemos indicado como podían obtener la ciudadanía los *latini valeres*, los *latini coloniarii* y los *latini iuniani*.

También se otorgaba la ciudadanía a los libertos latinos que habían prestado servicios a la metrópoli, como el haber contribuido a su avituallamiento transportando trigo, por haber construido un edificio de determinado valor, por haber prestado servicios en la guardia urbana, al ser licenciados del ejército, etcétera.

Del mismo modo que un hecho posterior al nacimiento puede dar la ciudadanía, también puede quitarla. En esta materia hay tres principios: 1) Nadie puede tener dos nacionalidades simultáneamente. 2) Nadie pierde a pesar suyo su derecho de ciudadanía, a menos que devenga esclavo, sea condenado a la interdicción de agua y fuego —a la deportación bajo Tiberio— o a trabajos forzados. 3) A ninguno se obliga a que conserve su ciudadanía, puede adoptar otra yendo a otro país, obteniendo los derechos de ciudad en su nuevo domicilio.

D.48.19.2.1, G.1.128 y Ulp.10.3

90. LA CONSTITUCIÓN ANTONINIANA

Desde sus principios Roma concede la ciudadanía a las gentes sin asilo y a los vencidos de los cuales podía esperar utilidad. Frecuentemente ciudades enteras la obtuvieron; en 338 a. C, se concede a los latinos, después se le da a toda Italia. Bajo los primeros emperadores no se prodigó la ciudadanía. Augusto y Trajano se mostraron parcos; Claudio la concedió a gran número de galos; Marco Aurelio también

hizo algunas concesiones; finalmente, Caracalla otorgó el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, pero esta concesión fue hecha con fines fiscales; en efecto, en ese tiempo, las manumisiones hechas por los ciudadanos, así como las sucesiones, estaban gravadas con un impuesto correspondiente a la vigésima parte de su importe. Caracalla para rendir estos impuestos más productivos encontró dos medios sencillos: doblar la tasa al décimo y multiplicar a los contribuyentes concediendo la ciudadanía a todos.

Aun después de esta concesión hay en el Imperio no ciudadanos: las personas que estaban privadas de la ciudadanía por alguna condena, los libertos *dedititii* y *latini iuniani*. Bajo Justiniano todos los libertos son ciudadanos y sólo no lo son los bárbaros, los esclavos y los que sufrían alguna condena.

salieron de la misma casa y gente." Podemos, pues, considerar a la familia civil como a las personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único y que están ligadas por la agnatio. D.50.16.195.1

En el mismo fragmento se dice: "Se llama paterfamilias a aquel que tiene el señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo, pues el término no es sólo de relación personal, sino de posición de derecho .. ." Es paterfamilias el varón que es *sui iuris* cualquiera que sea su edad y este vocablo connota que puede ser titular de un patrimonio y que tiene o puede tener a otras personas bajo su potestad. En su *domus* —casa— era dueño absoluto de sus actos, era el soberano que impartía justicia a los suyos y el sacerdote que ofrecía los sacrificios a sus antepasados.

D.50.16.195.2

El jefe de familia tiene bajo su potestad a sus hijos y demás descendientes sobre los cuales ejercerá la *patria potestas*. También se encuentran bajo su potestad su esposa si la tiene *in manu*, sus esclavos y a una persona libre cuando la tiene *in mancipium*.

Compartiendo el hogar con el paterfamilias, pero desempeñando un lugar secundario, tenemos a la materfamilias, que es la que vive honradamente, pues se distingue de otras mujeres por sus costumbres, y lo mismo da que sea casada o no lo sea, pues ni el matrimonio ni el nacimiento hacen a un mujer de familia, sino las buenas costumbres.

D.50.17.2 y D.50.16.46.1

92. MATRIARCADO Y PATRIARCADO

Refieren los sociólogos que las más antiguas sociedades vivieron en la promiscuidad y que por este motivo el parentesco no podía determinarse más que por la línea materna, lo que da lugar al dominio exclusivo de la mujer sobre sus descendientes, produciéndose la ginecocracia. Posteriormente el matriarcado va declinando paulatinamente y va surgiendo el patriarcado, lo que acontece en un estado más avanzado de civilización, cuando se pudo inferir que la causa del naci-

LECCIÓN XVI

LA FAMILIA

91. Familia. Concepto. 92. Matriarcado y patriarcado. 93. Parentesco: *agnatio* y *cognatio*. 94. Clases y grados de parentesco. 95. El poder del paterfamilias: sus diversas facetas.

91. FAMILIA. CONCEPTO

La familia está organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, los persas, los galos. De aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario. Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido,

Hay un fragmento de Ulpiano en el *Digesto* donde se indican las diversas acepciones de la palabra familia (en un caso el vocablo se refiere a las cosas) y ahí se dice que las Doce Tablas la aplican al conjunto del patrimonio: *adgtatus próximas familiam habeto* —que el agnado próximo tenga para sí la familia. En los demás casos el vocablo se refiere a las personas y así vemos que se aplica este nombre al conjunto de los esclavos que pertenecían a un mismo amo; pero estos significados no nos interesan, sino los que siguen: "Decimos por derecho propio familia a muchas personas que están bajo la potestad de otro . . . como el paterfamilias, la materfamilias, el filiusfamilias, la filiafamilias y los demás descendientes." Esta noción de familia es completada poco más adelante: "En el derecho común llamamos familia a todos los agnados, pues aunque haya muerto el paterfamilias, cada uno de ellos tendrá familia, pues los que estuvieron b/jo su potestad se llaman con rectitud de su misma familia, pues

miento fue un acto que se efectuó meses atrás, entonces el parentesco ya pudo ser regulado por la vía paterna.

93. PARENTESCO: «AGNATIO» Y «COGNATIO»

Parentesco viene de *parens, parentis*, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende. Los romanos entendían el parentesco en dos sentidos: el parentesco del derecho civil y el natural; cuando concurren ambos derechos, se contrae un parentesco natural y civil a la vez. Se entiende por parentesco natural el que deriva de las mujeres, cuando tienen hijos ilegítimos; participa el parentesco de ambos derechos —natural y civil— cuando deriva de un matrimonio legítimo. El parentesco natural se llama simplemente así, o también se le denomina *cognatio*, y el civil es designado corrientemente agnación, que es el que viene por línea de varón.

D.38.10.4.2

La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. En efecto, podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción; además, podía "hacer ingresar a extraños en su familia mediante la adrogación y la adopción. Podemos decir que la estructura toda de la familia civil romana está organizada en beneficio del paterfamilias, sin tomar en cuenta el interés de las demás personas sujetas a su autoridad. Resumiendo, son parientes agnados, en términos generales, los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad o que lo estarían si viviera. Cuando muere el cabeza de familia, los que le estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias, pero continúan unidos por el parentesco agnaticio. El derecho civil concedía grandes prerrogativas a este parentesco, sobre todo en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

D.50.16.195.2

La *cognatio* es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de sexo. Este es el parentesco natural o de la sangre, aceptado desde Justiniano y al que

el pretor principió a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil. D.38.10.4.1

En un fragmento de Paulo se dice que son también cognados los que la ley de las Doce Tablas llama agnados, pero éstos lo son por vía paterna y dentro de la misma familia, en tanto los parientes por vía femenina se denominan sólo cognados. Así pues, entre agnados y cognados hay la misma relación que entre el género y la especie: el agnado es también cognado, pero el cognado no es siempre agnado, pues la agnación es civil y la cognación es natural.

D.38.10.10.2 y ss.

94. CLASES Y GRADOS DE PARENTESCO

Tenemos el parentesco natural y el parentesco por afinidad. En el primero se distingue: a) el parentesco en línea directa, o recta, que se divide en dos: la ascendente y la descendente, de la primera derivan por el segundo grado las líneas colaterales. El parentesco en línea recta es aquel que une a dos personas, de las cuales una desciende de la otra y b) el parentesco colateral, que es aquel que une a dos personas que descienden de un mismo autor, sin que la una descienda de la otra, como los hermanos, las hermanas y sus descendientes y los tíos y tías paternos y maternos. El parentesco por afinidad es el que se origina por el matrimonio y lo forman los parientes de uno de los esposos y los parientes del otro. Hay que decir que en el parentesco por afinidad no hay grados y que es ilícito contraer matrimonio entre los que están como ascendientes y descendientes a causa de afinidad.

D.38.10.4.3

La proximidad del parentesco se fija por el número de grados y éstos se determinan de la siguiente forma: en línea directa cuando se quiere saber en qué grado son parientes dos personas, se cuenta el número de generaciones que sea necesario, no comprendida la del ascendiente, para llegar a la del descendiente; así, el padre y el hijo están en el primer grado, el abuelo y el nieto en el segundo. En la línea colateral, estando señaladas las dos personas a las cuales se les

quiere determinar el grado de parentesco, es necesario sumar los dos números que expresan el grado de parentesco de cada uno en relación con el autor común; sean, por ejemplo, dos hermanos: cada uno está en el primer grado con respecto al autor común, entonces ellos estarán, sumando, en el segundo grado; sean ahora un tío y un sobrino: el autor común será el padre de uno y el abuelo del otro, de donde, por referencia a este autor común, el tío está en el primer grado, el sobrino en el segundo, por lo que, sumando, el tío y el sobrino serán parientes en el tercer grado. D.38.10.10.9 y ss.

95. EL PODER DEL PATERFAMILIAS: SUS DIVERSAS FACETAS

La patria potestad pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. "El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias", esto dice Justiniano en sus *Instituciones*. Además puede estar bajo la potestad paterna el adrogado v el adoptado. 1.1.9.2

Vista en su primitiva sencillez, esta potestad puede resumirse en tres proposiciones: 1) El jefe de familia es el jefe del culto doméstico. 2) Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias. 3) La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aun darles muerte. Dados estos efectos, es fácil reconocer que la potestad paterna no podía ser clasificada en el derecho de gentes, pues está organizada en interés del padre, no del hijo, por eso la reglamenta el derecho civil. Julio César y Gayo nos informan que en la Galia y con los gálatas en el Asia Menor, la *patria po-testas* estaba organizada bajo los mismos principios y con la misma energía que en Roma.

D.1.16.9.3, D.48.8.2 v G.1.55

Como esta potestad está organizada en interés del padre, no podrá pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre. Para tener esta potestad es necesario ser *sai inris*, de aquí que el menor que tiene varios ascendientes varones en la línea paterna, estará bajo la potestad del más lejano —abuelo, bisabuelo. No hay edad que libere al hijo de esta potestad, pero aunque está sometido en el orden privado, no le afecta en sus derechos públicos, lo que hace su situación superior a la del esclavo; además puede realizar algunos actos jurídicos con su peculio castrense, ejercitar la acción de injurias, la de depósito, la de comodato, algunos interdictos, las acciones por el hecho —*in factum*—, puede obligarse civilmente por sus delitos.

D.44.7.9 y 13

LECCIÓN XVII

96. Fuentes de la patria potestad. 97. La filiación. 98. La evolución de la adopción. *Adrogatio*. 99. *Legitimatio*. 100. Aspecto patrimonial de la *patria potestas*. Los peculios. Surgimiento de la capacidad patrimonial del *filiusfamilias*. 101. *Ac-tiones adiectitice qualitatis*. Responsabilidad noxal. 102. Extinción de la patria potestad referida especialmente a la emancipación.

96. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

La principal fuente de la potestad paterna son las *iustse nuptise* —el matrimonio legítimo—, pero cuando de ellas no nacen varones que perpetúen la descendencia, el antiguo derecho civil permitía la adrogación y después vinieron la adopción y la legitimación. Haremos primero el estudio de éstas para posteriormente examinar la *iustse nutise*, pero previamente expondremos el tema de la filiación para mejor comprensión de la materia.

D.I.6.3

97. LA FILIACIÓN

La filiación, esto es, el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, produce efectos más o menos extensos según la naturaleza de la unión de donde resulta. De donde la filiación más plena es sin duda aquella que emana de las *iustse nuptise* y que vale para los hijos la calificación de *liberi iusti* —hijos legítimos.

D.I.6.6

La filiación para producir cualquier efecto debe ser legal-mente cierta; según los principios romanos esta certidumbre existe siempre con respecto a la madre porque el parto es

un hecho fácil de constatar. En cuanto a la paternidad, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministra y éste es su gran fin social, un medio de determinarla legalmente con una versosimilitud que, en la mayoría de los casos será cierta. Combinando estas dos ideas: que la mujer ha debido cohabitar con su marido y que no ha debido hacerlo con otro, los romanos presumieron la paternidad del marido —*pater is est quem nuptise demonstrant*. Dice Juliano que no ha de consentirse que aquel que vivió asiduamente con su mujer, no quiera reconocer al hijo como si no fuera suyo. D.I.6.6

Para saber si la mujer ha podido concebir durante el matrimonio, los jurisconsultos determinaron los límites extremos de la duración del embarazo basados en los estudios de los médicos griegos. Según esto, el límite menor del embarazo será de ciento ochenta días y el mayor de trescientos; de suerte que el hijo será *iustus* si nace después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de las *iustse nuptise* —del matrimonio legítimo—, plazos que han pasado a las legislaciones modernas.

Los principales efectos de la filiación legítima son los siguientes: 1) da lugar a la agnación o parentesco civil; 2) crea una obligación recíproca de darse alimentos y que para el hijo comprende además el beneficio de la educación; 3) el infante debe respeto a sus ascendientes; 4) el padre comunica a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.

98. LA EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. «ADROGATIO»

No sólo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones. El vocablo adopción es genérico, pues hay dos clases de adopciones, una de las cuales se llama adopción y la otra adrogación. Son adoptados los que son hijos de familia, los dependientes; son adrogados los que son indepen-dientes-sttí *iuris*.

D.I.7.1 y pr. y 1

La adopción es un acto solemne y personalísimo, que hace caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro ciuda-

daño, estableciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación *ex iustis nuptiis* —de matrimonio legítimo. Su finalidad misma indica que esta institución pertenece al derecho civil. La adopción presenta en Roma un lugar importante debido a los intereses políticos y religiosos; como la familia civil sólo se desarrollaba por los varones, podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse, para evitarlo se acudía a la adopción, por ésta el hombre perpetúa su nombre, su familia y su culto privado; además, era más ventajoso para el romano tener herederos suyos —*heredes sui*—, que herederos extraños —*heredes extranei*.

D.1.7.25.1, D.38.10.4.2

Formas de la adrogación. La adrogación es designada así, porque el que adroga es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él hijo según el derecho, y el que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga.

En la adrogación podemos distinguir tres épocas. En la primera el colegio de los pontífices debe estudiar el proyecto de la adrogación, para ver si se llenaban los requisitos de edad, si no se trataba de una especulación pecuniaria y si efectivamente era necesaria para perpetuar a una familia. Después el proyecto es aprobado por los comicios por curias, ante las cuales se hacen tres preguntas o *rogationes*: una al adrogante: ¿Quiere tener al adrogado por *iustus filius*? La segunda al adrogado: ¿Consiente en que el adrogante adquiera sobre él la *patria potestas*? La tercera *rogatio* se hacía al pueblo para saber si consagraba la voluntad de las partes.

D.1.7.2

En la segunda época los comicios por curias estaban representados por treinta lictores y es evidente que sólo la voluntad de los pontífices fue la que decidió. Tácito resume fielmente esta situación cuando se refiere a la adrogación de Pisón por Galba como hecha *lege curiata apud pontífices* —por la ley curiada ante los pontífices. En la tercera, la voluntad del príncipe termina por imponerse y substituir a la de los pontífices. Este cambio es manifiesto bajo Diocleciano y se dice que la adrogación se opera

auctoritate imperatoris —por potestad del emperador. La investigación ahora es hecha por los magistrados. D.1.7.2

La adrogación en un principio sólo podía ser hecha en Roma, donde se reunían los comicios por curias, siendo excluidos los impúberes y las mujeres. Posteriormente, Antonino el Piadoso permitió que se adrogara a los impúberes por *rescripto*, pero antes debía hacerse una cuidadosa investigación, no fuera que la propiciaran los tutores para liberarse de la tutela; hecho esto, todos los tutores debían dar su *auctoritas*. Para proteger los intereses de los herederos del pupilo, el adrogante debe prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado si éste muere impúbero. Pero había otras garantías para el pupilo adrogado: si llegado a la pubertad no le convenía la adrogación podía hacer gestiones ante el magistrado para romperla; si era emancipado sin motivo por el adrogante, éste debía devolverle su patrimonio, también tenía derecho a la cuarta parte de la sucesión del adrogante —cuarta Antonina.

D.1.7.18, 19, 22 y 33, D.38.5.13

Efectos de la adrogación. El adrogado cae bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido *ex iustis nuptiis*, también pasan a la nueva familia sus descendientes y todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante; los bienes del adrogado pasan a poder del adrogante, posteriormente Justiniano dispuso que sólo tuviera el usufructo de ellos, quedando la *nuda proprietas* para el adrogado. La adrogación no altera el derecho de origen a efectos de desempeñar los cargos y de participar en las cargas municipales, pero el adrogado queda obligado además a las cargas del municipio del adrogante. Si más tarde fuera emancipado, no sólo deja de ser hijo del adrogante, sino también ciudadano de aquella ciudad.

D.1.7.15 y D.50.1.15.3 y 16

La adopción. Cuando se trata de una adopción se producen dos resultados: la extinción de la *patria potestas* del padre natural y la creación de una nueva *potestas*, mientras que en la adrogación sólo se pretende la creación de la *patria potestas*.

Formas de la adopción. Según las Doce Tablas el padre perdía definitivamente su potestad cuando había mancipado tres veces a su hijo. Por tanto, para la adopción tiene que romper primero su *patria potestas*, lo que se logra del siguiente modo: mancipa a su hijo bien al mismo adoptante, bien a un tercero, el adquirente lo manumite y el hijo recae de pleno derecho bajo la potestad de su padre; interviene enseguida una segunda mancipación y una segunda manumisión con el mismo resultado; el padre hace entonces una tercera mancipación, pero el adquirente en vez de responder con una tercera manumisión que volvería al hijo *sui iuris*, lo remancipa al padre; en adelante, la potestad del padre natural se extingue y es reemplazada por aquella potestad que se llama *mancipium*. En esta situación el padre natural, el adoptante y el adoptado se presentan ante el magistrado, el adoptante afirma que es suyo el hijo, el padre al ser interrogado calla y el magistrado por la *addictio* confirma la pretensión del adoptante. Se dice que esta adopción es *imperio magistratus* —por potestad del magistrado— y se ha hecho aplicando la *in iure cessio*.

Con Justiniano las cosas son más simples, bastó que el padre natural declarara su voluntad ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado y que se hiciera constar en el acta pública, para que la adopción fuera consumada.

Efectos de la adopción. En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba con que no se opusiera: "Mas cuando un hijo es dado en adopción por su padre, entonces se ha de atender a la voluntad de uno y otro, bien consintiendo, bien no contradiciendo", pues seguiría siendo *alieni iuris* —dependiente—, sólo cambiaba de familia y tomaba el nombre del adoptante, perdiendo su parentesco civil o de agnación con su anterior familia, aunque conservando con ella su calidad de cognado: "el que ha sido adoptado ... retiene la cognación ... pero pierde los derechos de agnación."

D.1.7.5, D.38.10.4.10

La adopción no era sin riesgos para el adoptado, pues perdía sus lazos de agnación con su antigua familia y con ello la esperanza de la sucesión, y si el padre adoptivo lo emancipaba después, perdía también esta sucesión, por lo que se

dispuso que se le restituyeran sus bienes y en caso de muerte del adoptante, el adoptado tenía derecho a la cuarta Antoniana, esto es, a recibir la cuarta parte de los bienes del padre adoptivo; además, si el adoptado al llegar a la pubertad prueba que no le conviene la adopción, se consideró justo que fuera emancipado y que así recuperara su antigua condición. D. 1.7.22 y 33

Justiniano decidió que siendo el adoptante un *extraneus*, esto es, una persona que no fuera su ascendiente, continuaría la autoridad paterna, no saliendo de su primitiva familia el adoptado y adquiriendo tan sólo derecho a la sucesión *ab intestato* del adoptante. Si el adoptante es un ascendiente del adoptado que no tenía la *patria potestas*, como un ascendiente materno, como el abuelo paterno que había emancipado a su hijo y que adopta a su nieto, en estos casos la adopción conserva sus antiguos efectos, pues si el adoptado es emancipado queda unido con el adoptante por un lazo de sangre que el pretor tomará en cuenta en la sucesión; en este caso se le designa como *adoptio plena*, la *adoptio mitius plena* es cuando el adoptante es un *extraneus*.

1.1.11.2

Reglas generales a la adrogación y a la adopción. Hemos indicado que el adrogado debe consentir en su adrogación; el consentimiento del adoptado en un principio no era necesario y después bastó con que no se opusiera. El adrogante debía tener sesenta años, edad a partir de la cual las leyes caducarias consideran que el hombre ha perdido la aptitud para la reproducción, que no tenga hijos nacidos *ex iustis nuptiis*, ni hijos de una precedente adrogación; no solamente el que adopta, sino también el que adroga, debe ser mayor que aquél al que hace hijo suyo y llevarle el tiempo de la plena pubertad, esto es, dieciocho años, como consecuencia de la regla *adoptio imitatus naturam* —la adopción imita la naturaleza. Tanto para adrogar como para adoptar, es necesario tener la capacidad para obtener la *patria potestas*, de donde serán incapaces los esclavos, los hijos de familia y las mujeres; sin embargo Diocleciano permitió que una madre pudiera adoptar en virtud de haber perdido a sus hijos.

D.7.15.2 y 40.1

99. «LEGITIMATIO»

La legitimación presupone una relación natural de padre a hijo, pero que excluye la idea de una potestad adquirida por efecto del nacimiento. Constituye pues, por tanto, para el padre una manera de obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido *sui iuris*. Es la legitimación más plena en sus efectos que la adopción, pues engendra en principio relaciones idénticas a aquellas que resultan del nacimiento *ex iustis nuptiis*. Es una institución que pertenece al derecho civil, no aplicable a la madre por no ser titular de la *patria potestas*, y que implica la certidumbre legal de la paternidad, por lo que no se extendía a los hijos vulgo *gwíESzVí*-espúrios.

La legitimación de los hijos habidos de una concubina pudo llevarse al cabo mediante el matrimonio subsecuente. Desde la época clásica los hijos nacidos de un matrimonio del derecho de gentes, caen bajo la potestad paterna mediante la *causse probado* —demostración de una causa justificada— y cuando el emperador daba la ciudadanía tanto a un peregrino como a su familia. Falta estudiar una tercera hipótesis conocida con el nombre de *erroris causse probatio* —prueba de la causa de su error—, que acontecía cuando un ciudadano romano tomaba como mujer a una latina o a una peregrina, creyéndola ciudadana, y engendraban un hijo, éste, al no haber *connubium* —facultad para contraer matrimonio legítimo— entre sus padres, no caía bajo la potestad del padre, sino que seguía la condición de la madre; uno o varios sena-doconsultos decidieron que la prueba del error hecha después del nacimiento de un hijo, implicaría la conversión de esa unión en *iustse nuptise* —matrimonio legítimo—, lo que daría al padre la *patria potestas* sobre su hijo.

G.1.67

La legitimación, tal como la concebimos ahora, fue instituida en el Bajo Imperio en favor de los hijos nacidos del concubinato, pues el cristianismo lo consideró como un desorden legal y una mancha para los hijos. Desde entonces se juzgó equitativo que el padre pudiera lavar esa mancha reparando su propia falta; de ahí la legitimación por matrimonio subsiguiente de los concubinos.

Constantino fue el primero en concebir la legitimación, pero no la permite más que en favor de los hijos naturales,

siendo también acordado esto por Zenón. Justihiano, finalmente, la reglamenta exigiendo tres condiciones. 1) Hace falta que en el día de la concepción no exista obstáculo legal para el matrimonio, lo que excluye la legitimación de los hijos adulterinos o incestuosos, así como de los nacidos en contubernio. 2) Es necesario que haya sido redactado un *instru-mentum dótale* o *nuptiale*, sin duda alguna a fin de volver manifiesta la transformación del concubinato en matrimonio. 3) Como la potestad paterna no obstante las ventajas que lleva para los hijos no está establecida en su interés, ellos deben consentir. Cuando el matrimonio era imposible, por ejemplo, cuando la madre había muerto o se había casado con otro, el padre podía dirigirse al emperador para que por rescripto legitimara a sus hijos. C.5.27.5 a 7

Legitimación por oblación a la curia. Finalmente, bajo la influencia de motivos menos elevados, se introdujo una tercera forma de legitimación: por oblación a la curia, señal profunda de la opresión y de la miseria del Bajo Imperio. Esta forma de legitimación parece que data del año 443, más de un siglo después de la legitimación por matrimonio, pero entra inmediatamente en la legislación a título de institución fija. Se inspiró en las dificultades que presentaba el reclutamiento de la curia debido a la penuria del fisco. Permitió al padre que tuviera un hijo natural legitimarlo ofreciéndolo a la curia y si se trataba de una hija casándola con un decurión. No era grato ser miembro de la curia, pues ésta se encargaba de la recaudación de los impuestos y sus integrantes respondían con sus bienes del éxito de su labor.

C.5.27.3

100. ASPECTO PATRIMONIAL DE LA «PATRIA POTESTAS». Los
PECULIOS. SURGIMIENTO DE LA CAPACIDAD
PATRIMONIAL DEL FILIUSFAMILIAS

Hemos indicado que la constitución de la familia civil romana gira en el interés exclusivo del paterfamilias, el hijo de familia no puede tener nada en propiedad, todo lo que adquiera pasa a engrosar el patrimonio único del paterfamilias. El sometido es sólo un instrumento útil de adquisición

para el titular del patrimonio, tal como lo sería un esclavo, puede, pues, hacer acreedor al padre, pero no puede obligarlo a comprometer su patrimonio haciéndolo deudor, aunque esta situación es reformada más tarde por el pretor por medio de las *actiones adiectitiae qualitatis*, dadas en favor de los terceros que contrataban con los hijos de familia y con los esclavos.

El hijo con su actividad contribuye a acrecentar ese patrimonio familiar, sobre el cual se considera que tiene una copropiedad latente, por eso, cuando muere el paterfamilias, su titular, recoge esos bienes a título de *heredes sui* —herederos suyos.

El padre acostumbraba dejarle al hijo, como lo hacía con sus esclavos, ciertos bienes que formaban un peculio profecticio y sobre los cuales tenía cierta libertad de administración para conservarlos y tratar de acrecentarlos con su industria, conservando siempre el padre la propiedad de ellos. Si el hijo es emancipado, el peculio le puede ser recogido o le puede ser dejado, a opción del paterfamilias.

Este carácter tan rígido que normaba el aspecto económico del patrimonio, debe haber tenido algunas repercusiones en la vida pública, pues a partir del reinado de Augusto se admite que los hijos de familia sean propietarios de los bienes adquiridos con ocasión del servicio militar y que forman para ellos un verdadero patrimonio con el nombre de peculio castrense. Constantino en el año 320 organizó el peculio quasicastrense en beneficio de los hijos de familia que tenían un puesto en el palacio del emperador, pudiendo guardar para sí sus salarios y regalos. Posteriormente este favor se extendió a los emolumentos que obtenían los hijos de familia en el ejercicio de las profesiones liberales.

D.49.17.11 y 15.1

Con Constantino también se inició el llamado peculio adventicio, formado por los bienes que el hijo heredase de la madre; sobre estos bienes el pater sólo tenía el usufructo y la administración, estando reservada la propiedad al hijo. Después la capacidad adquisitiva del sometido se va ampliando, comprendiendo no sólo los *bona materna*, sino* que se da el mismo tratamiento a los bienes recibidos de ascendientes maternos hasta que, finalmente, Justiniano declara como propiedad del hijo los bienes que adquiriera por cualquier modo,

sin importar la procedencia, reservando al paterfamilias su disfrute y administración.

101. «ACTIONES ADIECTITIAE QUALITATIS». RESPONSABILIDAD MORAL

Anteriormente el hijo era un instrumento útil de adquisición para el paterfamilias, pues por medio de él podía adquirir los derechos reales tales como la propiedad y la posesión; después se amplía la esfera de actividad del filiusfamilias y pudo válidamente contratar y obtener créditos para su paterfamilias, pero por una peculiaridad del derecho civil el *alieni iuris* podía celebrar sólo actos que redundaran en beneficio del patrimonio del pater, de manera que cuando un acto podía comprometerlo éste podía negarse a reconocerlo en detrimento del tercero que había tratado con el sometido. Por otra parte, con la creación de los peculios el sometido fue adquiriendo una capacidad patrimonial limitada, pues pudo operar con otras personas teniendo como patrimonio su peculio.

Con objeto de que los terceros pudieran constreñir al paterfamilias a cumplir lo que por medio de la actividad de su sometido se había comprometido, el pretor ofreció en su edicto una serie de acciones conocidas con el nombre de *actiones adiectitiae qualitatis*. Así, por medio de la acción *quod iussu* —acción de lo que se hizo con autorización— permite que el tercero accione contra el pater cuando éste autorizó a su hijo a que celebrara el acto. En virtud de la autorización del paterfamilias, se da fundadamente contra él una acción, pues se contrata en cierto modo con aquél que ha dado su autorización. Si el negocio lo celebró el hijo como ererfargado de una nave, el tercero tendrá la *actio exercitoria* —acción ejercitoria—, tendrá la institoria cuando el hijo está al frente de un comercio o de una industria. La acción de peculio se da cuando el tercero contrata con el sometido considerando al peculio como la prenda de sus créditos, los terceros acreedores podrán cobrar hasta donde alcance el activo del peculio. La acción tri-butaria se da también con motivo de operaciones comerciales efectuadas con el peculio. Por la *actio in rem verso* —acción de provecho obtenido— se demanda al pater cuando el sometido volvió a depositar en el patrimonio paterno lo que obtuvo

en el negocio con el tercero, el pater está obligado en la medida de la ganancia que vino a aumentar su patrimonio. **D.15.4.1, D.14.1.1, D.14.3.1, D.15.1.1, D.14.4.1** y D.15.3.1

Cuando el sometido a potestad causa un daño, el paterfamilias está sujeto con la *actio noxalis*, pero se libera de la obligación mediante la *nox deditio* entregando temporalmente al culpable a la víctima, para que con su trabajo repare el daño causado (ver número 83). Se dice entonces que el individuo está *in mancipio*, como esclavo de hecho, obligado a trabajar para el adquirente, no adquiere derechos de propiedad ni de crédito más que por cuenta de aquél, es incapaz de obligarse civilmente por contrato, conserva su calidad de hombre libre.

D.47.10.17.4 y 6

102. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD REFERIDA ESPECIALMENTE A LA EMANCIPACIÓN

La *patria potestas* se extingue: a) por acontecimientos fortuitos, b) por actos solemnes.

a) *Acontecimientos fortuitos*:

1) La muerte del paterfamilias, en cuyo caso los que estaban sometidos directamente se harán *sui iuris*.

2) La pérdida de la ciudadanía del padre.

3) La reducción a la esclavitud del padre. Cuando el padre está cautivo la condición de los hijos está en suspenso y no se fija de una manera definitiva más que por el regreso o por la muerte del pater. Si éste vuelve, por el *ius postliminii* se considera que la potestad no ha dejado de existir; si, por el contrario, muere con el enemigo, se consideraba que los hijos eran *sui iuris* desde el momento de la cautividad.

4) La elevación del hijo a ciertas dignidades tanto religiosas como políticas.

5) La caída en esclavitud del hijo. 6) La hija por caer *in manu*.

D.49.15.12.1

b) *Actos solemnes*. Los actos solemnes que ponen fin a la *patria potestas* son la entrega en adopción —ya estudiada— y la emancipación. Recordemos que en el derecho de Justiniano la adopción hecha por un ascendiente es la única que extingue la potestad del padre.

La emancipación no es necesariamente una ruina o un castigo para el hijo, ya que en lugar de pasar a una nueva potestad se torna *sui iuris* y puede tener patrimonio propio.

Vista en sus procedimientos, la emancipación no es más que una combinación de la manumisión vindicta y de la mancipación. Es una aplicación de los tres principios siguientes: 1) La potestad paterna da derecho para vender al hijo y someterlo al *mancipium* de un tercero. 2) Cuando se trata de un hijo varón en el primer grado, la potestad paterna se rompe por tres mancipaciones sucesivas, con respecto a los otros descendientes basta con una. 3) El *mancipium* se disuelve, como la *dominica potestas*, por una manumisión vindicta.

Vista en sus efectos, el emancipado se vuelve *sui iuris*, conservando sus derechos anexos a la cognación, aunque no los de la agnación. El pretor le conserva sus derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos. Si se le deja el peculio, lo tendrá como de su propiedad. Esta es la teoría clásica de la emancipación; en el Bajo Imperio sufrió algunas modificaciones: 1) Valentiniano, Valente y Graciano decidieron que la emancipación podría ser revocada en caso de ingratitud. 2) Anastasio decidió que el hijo ausente podría ser emancipado por rescripto del príncipe. 3) Justiniano puso la teoría de acuerdo con la práctica suprimiendo las antiguas formas; en adelante, la emancipación se hizo por una simple declaración ante el magistrado, siendo en adelante innecesario vender tres veces al hijo para que se rompiera la *patria potestas* y éste quedara liberado de ella.

C.8.49(50), C.8.48(49)5

LECCIÓN XVIII

LOS ESPONSALES

103. *Sponsalia* (Esponsales). 104. El matrimonio en Roma.
 105. Matrimonio *cum mannt* y *sine mana*.
 106. Definición del matrimonio según Modestino. Su crítica.
 107. Requisitos para contraer *iustce nuptice* (Matrimonio).
 108. Impedimentos para celebrar el matrimonio. 109.
 Consecuencias jurídicas de las *iustce nuptice*. 110. Régimen
 patrimonial del matrimonio. 111. Disolución del
 matrimonio. El divorcio en tiempos de Justiniano. 112.
 Otras uniones matrimoniales. El concubinato. Su distinción
 con las *iustce nuptice*. 113. Legislación caducaría. 114.
 Influencia del cristianismo.

103. «SPONSALIA» (ESPONSALES)

Los *sponsalia* son una promesa recíproca de que en un futuro próximo contraerán matrimonio los esposos. Antiguamente se celebraban mediante dos *sponsiones* recíprocas, pero no creaban la obligación jurídica de contraerlo debido al principio de que *libera esse deben! matrimonia* —los matrimonios deben ser libres. Los esponsales, lo mismo que el matrimonio, se realizan por el consentimiento de los contrayentes. Pero el vínculo de los esponsales impide que se hagan esponsales o que se contraigan nupcias con otras personas, en tanto' ese vínculo no se extinga. Para contraer esponsales no está determinada la edad de los contrayentes, como en el matrimonio; por lo que se pueden contraer desde los primeros años, con tal que ambas personas comprendan lo que hacen, es decir, que no sean menores de siete años..Pueden celebrar los esponsales los mismos contrayentes, o por medio de olía persona que los represente. En el siglo i\ de nuestra era los esponsales se celebraban con la formalidad del beso, que daba derecha a la mujer a retener la mitad de los obsequios que

le hubiera dado el esposo cuando éste moría posteriormente. Después se acostumbraron las *arria*, que podía retener la mujer cuando el hombre sin razón rehusaba contraer matrimonio; si es la mujer la que se niega a casarse, debe devolver el cuádruplo, si al celebrar los esponsales era mayor de doce años. Justiniano suavizó estas consecuencias limitándolas a los casos en que la mujer fuera mayor de veinticinco años, debiendo restituir el doble o el *simplum* cuando se rompían los esponsales para que abrazara la vida monástica. Los *sponsalia* no son requisito previo para la celebración del matrimonio, sino una simple costumbre que podía ser seguida o no seguida.

D.23.1.1, 2. 4, 11, 14,18 C.5.3.15 y 16

104. EL MATRIMONIO EN ROMA

El matrimonio romano no exige ni solemnidades de forma ni la intervención de autoridad alguna, sea ésta civil o religiosa; la ley misma no nos ofrece un modo regular de constatarlo. Cuando dos personas hacen vida marital, es una cuestión muy delicada saber si su unión constituye un matrimonio o se trata de un concubinato. De hecho, sin duda alguna, las pruebas no faltarán, pues los esposos habrán redactado un 'escrito —*tabula*', *instruments dótale*— con el fin de constatar la dote de la mujer o bien otras convenciones matrimoniales. Aún más, ordinariamente el matrimonio habrá estado rodeado de pompas exteriores y solemnidades que la ley no ordena pero que las costumbres imponen y entonces habrá sido objeto de ostentación. Los esposos o los terceros interesados encontrarán bien en el acta escrita, bien por el testimonio de las personas que asistieron a las solemnidades, una prueba suficiente del matrimonio. Cuando esos elementos de prueba faltan, los emperadores Teodosio y Valentiniano decidieron que entre personas de la misma condición, siendo ambas honorables, la vida en común llevaría la presunción de matrimonio.

D.23.2.24

105. MATRIMONIO «CUM MANU» Y «SINE MANU»

La *manus*, potestad modelada bajo la *patria potestas*, pertenece como ella al derecho civil, pero sólo es aplicable a las

mujeres. Puede ser constituida: a) por matrimonio, en cuyo caso pertenecerá al marido o al ascendiente que tenga la *patria potestas*; b) *fiducial cansa* —por pacto de buena fe—, siendo en este caso temporal. Antiguamente la *manns* acompañaba casi siempre al matrimonio para que la mujer pudiera entrar a la familia civil del marido, caer bajo su potestad y ocupar con respecto a él el lugar de una hija, participar en su culto privado y poder heredarlo como *heres sna* —heredera suya. La *manas* se constituía por *confarreatio*, *cuemptio* o por *asas* —venta o por uso.

La *confarreatio* estaba reservada a los patricios, era una ceremonia en la que intervenía el gran pontífice o el flamen de Júpiter, en la cual se pronunciaban palabras solemnes, teniendo la mujer en la mano un pan de trigo —*farrenm*—, símbolo religioso de su asociación a las *sacra prívata* —culto privado— y a la vida del marido.

Esta ceremonia fue cayendo en desuso, pero antiguamente era muy importante, pues sólo los hijos nacidos de nupcias *confarreativae* podían desempeñar los altos cargos religiosos, tales como el ser flamines diales, *martiales* o quirríales, así como el de *rex sacrorum* —rey de los sacrificios— y las mujeres ser vestales. La *coemptiu* o venta debe haberse ideado para que los plebeyos obtuvieran *manas* sobre la mujer, pues a ellos estaba vedada la *confarreatio*. La *cuemptiu* es una venta de la mujer al marido hecha por el paterfamilias si la mujer es *alieni iuris* —dependiente—, o autorizada por el tutor si es *sui iuris* —independiente. También la *manas* se adquiría por el *usus*: la posesión continuada de la mujer durante un año daba al marido la *manas*, pero la ley de las Doce Tablas dispuso que si ella no quería quedar sujeta a esta potestad, se ausentara tres noches de la casa en cada año, para de esta manera interrumpir la posesión. G.1.110 a 115

En el matrimonio *sine manu* la mujer no salía de su familia natural, no haciéndose por tanto agnada de la familia de su marido, éste no adquiría sobre ella ninguna potestad; la mujer ocupaba ante el marido el mismo plano de igualdad, no se le consideraba con respecto a él —como en el matrimonio *in manu*— *loco filiae* —en el lugar de una hija. Este matrimonio *sine manu* —*in manu*— comenzó a lomar auge

a fines de la República y señala la decadencia de la familia romana.

106. DEFINICIÓN DEL MATRIMONIO SEGÚN MODESTINO. SU CRÍTICA

Según Modestino el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos —*nuptiae sunt coniunctio iuris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Esta definición de matrimonio del último de los jurisconsultos clásicos, si la analizamos con un poco de rigor, llegaremos a la conclusión de que nunca fue exacta y menos en la época en que fue dada. En efecto, en los primeros siglos de Roma al matrimonio acompañaba generalmente la *manus* y ya sabemos que ésta colocaba a la mujer bajo la potestad del marido *loco filiae* —en el lugar de una hija—; por tanto, la mujer no tenía igual condición que el marido. Por lo que hace a la comunicación de derechos divinos, en la antigüedad sí fue válida esta parte de la definición: la mujer participaba de las *sacra prívata* del marido; pero en el tiempo de Modestino la religión había perdido su fuerza y ya poco se hablaba de *sacra prívata*. Por lo que respecta a la comunicación de derechos humanos, en la sociedad la mujer goza del mismo rango que el marido, los mismos títulos, de manera que según lo nota Paulo, ella se eleva o se abate por el matrimonio.

D.23.2.1

107. REQUISITOS PARA CONTRAER «RJST/E NUPTIAE» (MATRIMONIO)

Cuatro son las condiciones requeridas para la validez del matrimonio: 1) la pubertad, 2) el consentimiento de los contrayentes, 3) el consentimiento del paterfamilias, 4) el *connubium*.

1. La pubertad. Con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la de concebir. La exigencia de la pubertad se explica por el fin mismo del matrimonio que consiste en la perpetuación de la especie. La edad de la pubertad se fijó para las mujeres a los doce años. Por lo

que respecta a los varones hubo disidencias: los proculeyanos la fijaron a los catorce años; los sabinianos no estimaban púbero más que a aquel que realmente podía engendrar, el problema para ellos era entonces una cuestión de hecho que era necesario resolver *ex habita et inspectione corporis* —por la conformación física y el reconocimiento corporal—, sistema a la vez dudoso en sus resultados y poco decente en su ejecución; Priscus no tenía por púbero más que a aquel que había cumplido catorce años y parecía presentar aptitudes físicas para la procreación, sistema ecléctico con la desventaja del método sabiniano; Justiniano, finalmente sancionó la opinión de los proculeyanos fijando la pubertad a los catorce años para los varones, las mujeres eran núbiles a los doce.

2. *El consentimiento de los contrayentes.* El consentimiento recíproco de las partes es necesario para contraer "matrimonio, de donde se sigue: a) que un loco no se casará válidamente, si no es en un intervalo lúcido; b) un paterfamilias no puede, al menos en el derecho clásico, imponer a su hijo o hija un matrimonio que ellos no quieran; c) un patrón no puede bajo el pretexto de la reverencia que le debe su liberta, obligarla a contraer matrimonio. D.23.2.2, 5 y 21

3. *El consentimiento del paterfamilias.* El derecho de los ascendientes para consentir o prohibir el matrimonio de sus descendientes deriva de la potestad paterna, de la cual es un atributo. Puede acontecer que gracias a la manera en que sea ejercido este derecho redunde en beneficio del hijo, pero no es menos cierto que está organizado en interés del padre y de aquí las consecuencias siguientes: a) los ascendientes maternos y la madre misma jamás son consultados; b) tampoco lo son los ascendientes paternos que ya no tienen la potestad; por lo que respecta a las nietas, basta el consentimiento del abuelo; por lo que atañe a los nietos, se requiere el consentimiento tanto de abuelo como del "padre, porque un día estarán bajo su potestad y es un principio establecido que nadie puede tener herederos suyos a su pesar; c) cualquiera que sea la edad del hijo necesitará el consentimiento del paterfamilias; d) en sentido contrario, el *hijo sui iuris* púbero se casará válidamente sin consultar a nadie. Sin embargo, en el Bajo Imperio una constitución de Valente, Valentiniano y Graciano y otra de Teodosio el Joven y Honorio,

dispusieron que las mujeres *sui iuris*, viudas o solteras no podrían casarse libremente más que a la edad de veinticinco años, antes de esa edad deberían tener el consentimiento de su padre o madre o de los parientes más cercanos.' Sin el consentimiento del paterfamilias no hay *matrimonium* y si existe una unión de hecho, el infante no será *iustus* —legítimo—, no cayendo, por tanto, bajo la potestad paterna. El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres años, puede contraer matrimonio. Cuando el padre está ausente y se ignora su paradero, si transcurren tres años, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio conforme a la ley. D.23.2.16.1, 9.1 y 10

Hasta Augusto la ley no intervino para solucionar la negativa del paterfamilias. Este abuso de la potestad paterna se hizo intolerable el día en que las leyes caducarían penaron al celibato con ciertas desventajas y dieron a la paternidad legítima alicientes. La ley Iulia autorizó la intervención del magistrado a fin de forzar el consentimiento del padre que se opusiera sin motivo serio al matrimonio de su descendiente.

D.23.2.19

4. *Et connubium.* Esta palabra que el lenguaje literario emplea frecuentemente para designar al matrimonio mismo, designa en un sentido propio la aptitud legal para contraer las *iustae nuptiae*—*connubium est uxoris iure ducendae facultas*. Como hemos visto, es una de las ventajas que confiere en el orden privado la ciudadanía romana, por tanto, tendrán *connubium* los ciudadanos romanos, los *latini veteres* y aquellas personas a quienes por concesión especial se otorgue esta ventaja.

Ulp. 5.3

108. IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

5
Puede ocurrir que alguna pareja reúna los requisitos para contraer las *iustae nuptiae*, pero no pueda hacerlo por mediar impedimentos que emanan del parentesco, la afinidad o por motivos de moral o de política.

impedimentos que resultan del parentesco. No se puede distinguir aquí entre la agnación y la cognación. En línea recta o directa el matrimonio está prohibido *in infinitum*, cualquiera que sea el número de grados que separen al ascendiente y al descendiente. En línea colateral, es decir, entre parientes que descienden de un mismo autor común, el matrimonio está prohibido entre hermanos sin distinguir si son de los mismos padres o solamente de uno de ellos; también entre el tío y la sobrina, tía y sobrino, prohibición motivada porque los tíos están en cierto modo en el lugar de los padre_sj Sin embargo, para que Claudio pudiera casarse con Agripina, hija de su hermano Germánico, se derogó este principio, pero los hijos de Constantino retornaron al derecho antiguo. D.23.2.53 y 54, 1.1.10.2, D.23.2.17.2, G.1.62

Los matrimonios entre primos hermanos ignorados en la práctica durante mucho tiempo; si hemos de creer a Tácito, fueron prohibidos por los primeros emperadores cristianos, pero los emperadores Honorio y Arcadio en el año 405 levantaron la prohibición.

1.1.10.4

Como la adopción crea un lazo de agnación entre el adoptado y su nueva familia, de ahí se sigue que el matrimonio les debe estar prohibido en la medida precisa de las prohibiciones que atañen a los parientes según la naturaleza: "de tal manera que aun en el caso en que la cualidad de ascendiente y descendiente sólo se deba a la adopción, no pueden unirse en matrimonio; de tal modo que aun disuelta la adopción, subsiste siempre la prohibición". Por lo que se refiere a las personas unidas por parentesco colateral, Justiniano dice lo que sigue: "Mas cuando una mujer ha llegado a ser tu hermana por adopción, no puedes casarte con ella mientras dure la adopción; mas si se disuelve la adopción por la emancipación, puedes casarte con ella. Y si tú te hallas emancipado, no hay ningún impedimento para las nupcias."

1.1.10.1 y 2 G.1.61

Impedimentos resultantes de la afinidad. La afinidad es el lazo que une a un esposo con los parientes del otro, pero esta prohibición no toma su sentido sino cuando la afinidad ha sido disuelta por la terminación del matrimonio del cual

resulta. El matrimonio está prohibido entre afines en línea directa *in infinitum*: "así pues, es ilícito contraer matrimonio entre los que están como ascendientes y descendientes a causa de afinidad". En cuanto a la afinidad por línea colateral, en la época clásica no fue obstáculo para el matrimonio; posteriormente el emperador Constantino lo prohíbe entre cuñado y cuñada, sosteniendo Justiniano esta prohibición. D.38.10.4.7

¿Cuál es la sanción de las prescripciones anotadas? Desde luego, la unión es nula, no se ve ahí un matrimonio, no hay *ni vir ni uxor* —marido ni mujer—, pudiendo recaer sobre ellos las penas más severas en caso de incesto, es decir, de matrimonio entre parientes en grado prohibido. A los hijos se les considera *vulgo concepti* o *spurii* —nacidos de unión pasajera o espurios— y los contraventores pueden sufrir penas corporales y pecuniarias. Sin embargo, estos rigores estaban dispensados a los contrayentes de buena fe que descubriendo su error rompían la vida en común.

Otros in.pedimentos. Había otras causas que impedían la celebración del matrimonio, como el matrimonio anterior no disuelto; el religioso que haya hecho voto de castidad y los que liayan recibido órdenes mayores. El matrimonio entre padrino y ahijado estuvo prohibido por razón del parentesco espiritual originado en el bautismo. El tutor, su paterfamilias, y sus descendientes con su pupila, en tanto no haya rendido cuentas de la tutela. Pueden verse muchos otros impedimentos en D.23.2.12 v 14.

Nov.5.8, C.5.4'.26.2

El adulterio y el rapio. La ley Julia de *adidteriis* prohibía el matrimonio entre la mujer condenada por adulterio y su cómplice., pero esta prohibición perdió su sentido el día en que Constantino castigó con la pena de muerte el adulterio. Este emperador también prohibió el matrimonio entre el raptor y la mujer, bien que ella haya resistido o consentido en el rapto. El emperador Constantino extendió esta prohibición al caso de rapto de una viuda o de una religiosa. Estas prohibiciones se fundan en el respeto debido a la mujer y por razones de orden y tranquilidad pública.

D.23.2.43.12 y 13 Ulp.13.2

Impedimentos por razones políticas y sociales. Independientemente del parentesco y la afinidad, hay otros casos donde los ciudadanos romanos no podían contraer matrimonio. Hasta la ley Canuleia del año 445 a. C, estuvo prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos; esta prohibición fue tan antigua como la misma distinción entre estas dos clases. El matrimonio entre ingenuos y libertinos estuvo prohibido durante mucho tiempo, pero fue suprimida esta disposición por las leyes caducadas sin duda porque éstas, combatiendo al celibato, debían favorecer las uniones; las leyes Iulia y Papia Poppaea mantuvieron la prohibición del matrimonio entre los manumitidos y los senadores, sus descendientes en el primer grado y sus demás descendientes *per masculinos* —por vía de varones. Estas mismas leyes asimilaron a los libertos, a los comediantes, a las meretrices, prohibiendo el matrimonio con la clase senatorial, prohibición que en parte fue derogada por Justino, tío de Justiniano, para que éste pudiera casarse con Teodora.

C.5.4.23

Los emperadores prohibieron a los funcionarios con cargos en una provincia casarse o dejar casar a sus hijos con mujeres de la localidad, para sustraer a las familias de la presión y violencia del funcionario y para que éste, ya poderoso por sus atribuciones, no acrecentara más su poder.

D.23.2.38,57 y 65.1

Bajo el reinado de Marco Aurelio y Cómodo un senado-consulta prohíbe el matrimonio entre el tutor y su pupila, entre el curador y la mujer menor de veinticinco años colocada bajo su vigilancia. La misma prohibición se dirigía al padre del tutor y del curador. Estas prohibiciones se fundaban en el temor de que el tutor y el curador no buscaran por el matrimonio eludir la necesidad de rendir cuentas. Esta prohibición se desvanecía cuando la mujer había alcanzado la edad en que ya no podía invocar la *in integrum restitutio*, es decir, a los veintiséis años.

D.23.2.59

109. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS «IUSTI-E NUPTIAE»

Efectos del matrimonio con respecto a los cónyuges. El

—comunidad de vida—, cuyas principales consecuencias hemos indicado, Los cónyuges se deben, mutua fidelidad, cuya violación constituye el adulterio; éste da en todos los casos al ofendido una causa justa de divorcio; cuando es cometido por la mujer se le considera más grave porque existe el peligro de introducir en la familia sangre extraña. De la obligación recíproca de fidelidad se desprende como corolario la imposibilidad para toda persona casada de contraer un segundo matrimonio antes de la disolución del primero.

El matrimonio produce la alianza o afinidad, o sea el lazo que se forma entre los cónyuges mismos, los parientes del otro y entre los parientes de ambos. Si el matrimonio es *cum rrañil los* bienes de la mujer pasan a poder del marido y ella ocupa con respecto a él el lugar de hija

Efectos del matrimonio con respecto a los hijos. Los efectos de la filiación *ex iustis nuptiis* son los siguientes: da desde luego a los hijos la calidad de *liberi iusti*, sometidos a la *patria potestas* del padre o del ascendiente paterno que la tenga. Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados, serán también agnados de su madre si el matrimonio fue *cum manu*, de lo contrario sólo serán sus cognados. Toman los hijos el nombre, domicilio, la ciudad de donde su padre es oriundo y la condición social de él. El matrimonio crea una obligación recíproca de darse alimentos y que para los hijos incluye el derecho a la educación[^]

LU.6.3, D.50.1.3, 4, 6.1, D.37.10.6.5. D.25.3.5.1 a 3, 10. 12 y 16

110. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

En el desarrollo histórico de la familia romana, encontramos tres formas de contraer matrimonio, cuyos efectos repercuten en el aspecto económico patrimonial del mismo.

En la antigüedad, al matrimonio seguía la *manus*, por la cual la mujer era agnada del marido y se encontraba con respecto a él en el lugar de una hija, por tanto, todos sus bienes eran absorbidos por el marido, o por el ascendiente que tuviera la *patria potestas*.

Después, al caer en desuso la *manus*, viene un régimen de separación de los bienes en el matrimonio libre,; cuando la

mujer conserva su agnación con su familia natural, guardando la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, si es independiente, al ser independiente, también pertenecerá a la mujer lo que obtenga por herencia, legado, etc. Como sobre estos bienes tiene la mujer independiente plena disposición, puede ella administrarlos o ceder la administración al marido, quien debe atenerse a las recomendaciones que se le hayan hecho, siendo él responsable del manejo de estos bienes extra dótiales, de los cuales no tendrá comunidad cuando no lo quiera la mujer, ni podrá gravarlos con obligación alguna. C.5.14.11.4 y 8

Cuando en estos bienes extra dótiales hay créditos, el marido puede ejercitar las correspondientes acciones, sin que se le pida ratificación. Puede disponer de los intereses en compañía de su mujer, sin tocar el capital. Al disolverse el matrimonio, el marido debe regresar estos bienes extra dótiales, pudiendo la mujer ejercitar las acciones correspondientes.

c) Toca considera!" ahora cuando al matrimonio sigue la dote. "La causa de la dote es permanente y con la voluntad conyugal del que la da se constituye para que siempre permanezca en poder del marido." No puede hablarse de dote en los matrimonios nulos, pues no puede haber dote donde no hay matrimonio: "Debe haber dote donde haya cargas del matrimonio." La dote es el conjunto de bienes que la mujer u otra persona entregan al marido para ayudarlo a soportar las cargas del matrimonio. Respecto a los bienes dótiales, el marido responde tanto por dolo como por culpa, pues recibe la dote en su propio beneficio y deberá poner en su administración la misma diligencia que ponga en sus propios asuntos. Si la dote fuere estimada, el marido responderá de su pérdida. A la disolución del matrimonio, deberá regresarla, pues "es de interés público que las mujeres tengan a salvo la dote, merced a la cual puedan casarse".

D.23.3.1 a 3, 56.1, 17, 10

La dote surge desde tiempos muy antiguos en Roma. Cuando al matrimonio seguía la *manus*, el padre entregaba bienes a su hija como compensación de la pérdida de sus derechos hereditarios derivados de la *agnado* perdida. Esta costumbre

siguió cuando cayó la *manus* en desuso, considerándose los bienes dótiales como propiedad del marido, pero al relajarse las costumbres y aumentar los divorcios, se consideró que los bienes dótiales los tenía entre sus bienes —*in bonis*—, de modo que al disolverse el vínculo matrimonial estaba obligado a restituirla. D.23.3.75

Clases de dotes. Según la persona de la cual proceden los bienes dótiales, la dote se denomina profecticia o adventicia.

Dote profecticia es la que procede del padre u otro ascendiente, sea de sus propios bienes o por un acto suyo. Así pues, la dote es profecticia cuando la da el padre, su procurador o un gestor de sus negocios.

La dote es adventicia cuando la constituye persona distinta al paterfamilias, aunque sea pariente de la mujer. Esta dote adventicia también se llamaba recepticia, cuando el constituyente se reserva el derecho de pedir la devolución para el caso en que la mujer muriera.

D.23.Y.5.pr. y 1

Las donaciones entre cónyuges. Hasta el principado, las donaciones entre cónyuges no eran permitidas: "Se encuentra admitido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges", para que no cese en ellos la dedicación preferente de educar a los hijos y para que no llegaran a mercantilizarse los matrimonios. Y en un fragmento de Ulpia no se dice: "Ciertamente, si el matrimonio es válido conforme a nuestras costumbres y leyes, la donación no será válida." "Ha de saberse que la donación entre cónyuges está prohibida con el efecto de que el acto sea inválido de propio derecho"; por lo cual, si se donare algo, la entrega no valdrá y si se prometió por estipulación o se canceló por aceptación, no valdrá, "pues es nulo de propio derecho todo lo que los cónyuges hagan entre sí a causa de donación".

D.24.1.1, 2, 3.1 y 10

En las donaciones prohibidas por la ley, lo donado se puede revocar por el donante o la donante, de modo que, si la cosa subsiste se reivindique y si se consumió se pueda reclamar por la *condictio* en la medida en que el donatario se

haya enriquecido. Hay que mantener como principio general, que no vale lo que se haga a causa de donación entre los mismos cónyuges o los de su misma potestad o mediante personas interpuestas por ellos. D.24.1.5.18 y 5.2

Por el contrario, se admiten las donaciones entre cónyuges a causa de muerte, porque la donación se realiza cuando ya han dejado de ser marido y mujer; pero las cosas no se hacen del donatario, sino tan sólo cuando sobreviene la muerte del donante.

D.24.1.9.2, 10 y 11.pr.

Las costumbres y la legislación anterior cambian en la época postclásica, por el influjo de los usos orientales del Imperio, donde se hacían donaciones a la novia como contrapartida de la dote, *si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donado, quare non etiam ea simili modo .et matrimonio contracto dabitur* —por lo tanto, ¿si la donación por motivo de matrimonio no difiere nada ni en el nombre ni en la substancia de la dote, por qué no también se ha de dar la donación de manera semejante cuando se contrae el matrimonio?—, por lo que pudieron hacerse estas donaciones a la mujer antes o durante el matrimonio y pudieron ser aumentadas. Estas donaciones a causa del matrimonio refuerzan a la dote y dan estabilidad económica a la familia.

C.5.3.20.3 y 4, C.5.3.19

Se volverá sobre esta materia en el Segundo Curso de Derecho Romano, cuando se expliquen los pactos sancionados por las constituciones imperiales, Lección XXIV.

111. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. EL DIVORCIO EN TIEMPOS DE JUSTINIANO

El paterfamilias tuvo durante siglos el poder de romper el matrimonio de los sometidos a su autoridad, Antonio el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar el abuso. El matrimonio se disuelve: 1) Porja esclavitud como pena del derecho civil —*capitis deminutio máxima*— y por la pérdida de la ciudadanía —*capitis deminutio media*. 2) Por cautividad, pero el ma-

trimonio se considera subsistente si los dos esposos son hechos prisioneros y juntos obtienen la libertad. Hace falta suponer que sólo uno cae cautivo, o que sólo uno regresa del cautiverio; en el derecho de Justiniano la cautividad de uno de los esposos no disuelve el matrimonio sino hasta pasados cinco años. 3) Por muerte de uno de los esposos. La viuda debía guardar luto durante diez meses —plazo aumentado a doce por los emperadores cristianos— con el fin de evitar confusión de parto —*turbatio sanguinis*—; la mujer que se casaba antes y las personas que tuvieran autoridad sobre ella, así como el segundo marido, incurrían en infamia; pero subsistía el matrimonio; en cambio, el viudo podía contraer matrimonio cuando quisiera. 4) Por divorcio. En Roma fue un principio generalmente admitido que el matrimonio podía disolverse con entera libertad, tal como se contraía. Sin embargo, mientras las costumbres romanas conservaron su vigor el divorcio no se practicó, Roma contaba más de cinco siglos cuando vio el primer divorcio: el de Spurius Carvilius Ruga por causa de esterilidad de su mujer. Tres siglos más tarde las costumbres habían cambiado, el divorcio se permite sin restricción y llega a ser bajo el Imperio el modo ordinario de disolución del matrimonio. D.3.2.8 y 9, D.49.15.8 y 14.1

El matrimonio se disuelve por el divorcio y se llama divorcio porque supone una divergencia de pareceres. El divorcio no es otra cosa sino la ruptura voluntaria del lazo conyugal; puede resultar o del consentimiento mutuo de los cónyuges y se dice que tiene lugar *bona gratia*, o de la voluntad de uno solo en cuyo caso se dice que es por repudio» El divorcio *bona gratia* no fue jamás regulado y hasta el reinado de Augusto aconteció lo mismo para el divorcio por repudio. En la práctica, sin embargo, el esposo que renunciaba a la vida en común lo hacía del conocimiento del otro por medio de un liberto y solía manifestarlo por una de estas dos fórmulas: *Tuas res tibi habeto* —Ten tú lo tuyo para ti—, si emanaba del marido; *Tuas res tibi agito* —Arréglate tú tus cosas—, si provenía de la mujer. La ley Iulia de *adulteriis* exigió que la voluntad de repudiar fuera manifiesta ep presencia de siete testigos ciudadanos romanos., fijando, con precisión la fecha del divorcio para que la mujer no estuviera expuesta a la acusación de adulterio y pudiera contraer nuevas nupcias.

D.24.2.1, 2 v 9 •

El cristianismo apoya la indisolubilidad del matrimonio rechazando el divorcio, pero esto no influye sensiblemente en el divorcio *bona gratia*, que al principio del reinado de Justiniano permanece gobernado por la convención de las partes, hasta que en el año 542 lo prohibió. El divorcio *in iudicio* subsiste bajo Justiniano, puede hacerse cuando hay motivo legal: infidelidad, atentado contra la vida del cónyuge; y cuando no hay causa para repudiar, en cuyo caso se castiga al cónyuge generalmente con pérdidas patrimoniales.

C.5.17.8 a 13

112. OTRAS UNIONES MATRIMONIALES. EL CONCUBINATO, SU DISTINCIÓN CON LAS «IUST/E NUPTIAE»

El concubinato debió sin duda su frecuencia a las disposiciones que prohibían el matrimonio entre los ingenuos y los libertinos. Se tomaba por concubina a aquella con quien el matrimonio estaba vedado. Fue bajo Augusto cuando el concubinato obtuvo su sanción legal, apareciendo como un matrimonio inferior —*in iure coniugium*—, pero sin nada de deshonoroso y que se distingue de las *iustae nuptiae* sólo por la intención de las partes y por un afecto menos digno en su vivacidad y menos respetuoso para la mujer.

D.25.7.1 y 3

De que el concubinato sea un verdadero matrimonio, aunque de orden inferior, se sigue: 1) que se contrae sin las formalidades de las *iustae nuptiae*, 2) es necesaria la pubertad de las partes, 3) no se requiere el consentimiento del paterfamilias, 4) no podrá contraerse entre personas cuyo parentesco o afinidad los volverían incapaces para contraer *iustae nuptiae*. El concubinato es incompatible con un matrimonio no disuelto, no pudiéndose tener a la vez una esposa y una concubina.

Efectos del concubinato. Este matrimonio es inferior a las *iustae nuptiae*, así, no da a la mujer el rango social del marido, ni a éste da la *patria potestas* sobre sus hijos, quienes nacerán *sui iuris* —independientes—, pero el padre, por matrimonio subsecuente, podrá hacer que caigan bajo su potestad. Esta unión produce la cognación o parentesco natural entre

el hijo, la madre y los parientes maternos; en el Bajo Imperio y desde Constantino se reconoció un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos de concubinato, designándolos con la nueva apelación de *liberi naturales*, a los que el padre pudo legitimar; Justiniano terminó dando como efecto a esta filiación natural la obligación de alimentos y determinados derechos sucesorios.

113. LEGISLACIÓN CADUCARÍA

Se conoce con el nombre de legislación caducaria a dos leyes que hizo votar Augusto con el interés de restaurar la pureza de las antiguas costumbres y para fomentar el incremento de la población, diezmada por las luchas civiles. En el año 18 a. C, ejerciendo Augusto su poder tribunicio rogó la ley Iulia de *maritandis ordinibus* y en el año 9 de nuestra era la *lex Papia Poppaea*. Estas leyes fuerzan al célibe a contraer matrimonio, la *lex Iulia* impone este deber al varón cuya edad esté comprendida entre los 25 y los 60 años y a las mujeres entre los 20 y los 50. La *lex Papia Poppaea* exige que los casados tengan hijos legítimos y premiaba la tenencia de ellos, pues la ingenua que tuviera tres y la liberta con cuatro, quedaban libres de la tutela de las mujeres.

Septimio Severo y Antonio Caracalla, reformando las disposiciones de esta legislación, castigaron el aborto, disponiendo que la mujer que se lo provocara deliberadamente, debía ser desterrada, pues parece indignante que haya defraudado en los hijos a su marido. Por otra parte, los célibes y los casados sin hijos no podrían recoger liberalidades testamentarias, siendo éstas para los padres, esto es, para los que sí tuvieran hijos.

D.47.11.4

114. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO

La influencia del cristianismo en la sociedad romana fue sucesiva, estuvo sometida a la ley temporal del progreso de las cosas de este mundo; el paganismo se defendió algún tiempo en las leyes y en las costumbres de esa sociedad, pero

finalmente cedió su lugar a la nueva religión. Hugo sostuvo que el establecimiento del cristianismo no ejerció sobre el Derecho Romano una influencia tan considerable como hubiera podido esperarse. Montesquieu asevera que "el cristianismo dio su carácter a la jurisprudencia, porque el Imperio tiene siempre relación con el sacerdocio. Se puede ver el Código Teodosiano, que no es más que una compilación de las ordenanzas de los emperadores cristianos."

Por la influencia del cristianismo se dulcifica la suerte de los esclavos; durante el principio hay una serie de medidas tendientes a humanizar su trato, Constantino establece la manumisión en la Iglesia, Justiniano borra las distinciones entre los libertos: la libertad plena fue la consecuencia necesaria de todas las manumisiones y éstas fueron más fáciles en su procedimiento.

Los hijos de familia adquieren bajo Constantino más capacidad patrimonial, pues tuvieron una mayor libertad para la disposición de sus bienes con el peculio cuasi castrense y con los bienes procedentes de la madre o de parientes maternos. Por lo que respecta al matrimonio, Augusto lo favorece con la legislación caducaría, estimula las segundas nupcias, pero el matrimonio se degrada por la avaricia; muchas veces se contrae para poder recibir las liberalidades testamentarias. Constantino suprime las penas contra los célibes para que impere la más completa libertad al contraerlo. Augusto prohija las segundas nupcias, el cristianismo tiende a conservar la familia existente, a asegurarle su patrimonio, a guardarla de las disputas que desencadenan las luchas de intereses cuando hay ulteriores matrimonios. El cristianismo no rechazó las segundas nupcias, pero Teodosio el Grande extiende a un año el plazo durante el cual estaba prohibido a la mujer volverse a casar y si lo contravenía perdía lo recibido en su primer matrimonio. El cristianismo se preocupa por el interés de los hijos en la organización del sistema de las segundas nupcias, interés desconocido antes. Por lo que toca al concubinato, muy arraigado en la antigüedad, el cristianismo lo ataca con una serie de medidas dictadas por los emperadores cristianos, sin lograr desterrarlo de las costumbres. D.3.2.1, 8 y 11.1

LECCIÓN XLX

INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL INCAPAZ

115. La tutela. Definición. 116. El tutor. 117. Clases de tutela. 118. Funciones del tutor. La *aucto-riatís interpositio* y la *gestio negotiorum*. 119. Medidas represivas y preventivas a favor del pupilo. 120. *Actio tutelae* directa y contraria. 121. Fin de la tutela. 122. Historia de la tutela de las mujeres *tute/a miiüerum*.

115. LA TUTELA. DEFINICIÓN

Por el solo hecho de ser *sui iuris* no todas las personas son capaces, algunas son incapaces bien por: 1) falta de edad, 2) o por razón del sexo —las mujeres en el derecho antiguo estaban en tutela perpetua—, 3) por locura, y 4) por pródigos. En los dos primeros casos se les asiste de un tutor, en los dos últimos se les nombra un curador, lo mismo que al menor de veinticinco años.

G.1.142

Definición: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter letatem sua sponte se defenderé nequit, iure avile data ac permisa —la tutela es, como la definió Servio, una autoridad y un poder que el derecho civil da y confiere sobre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en que se encuentra de Jiacj́ rJc. sl mismo a causa de su edad. Esta definición da una idea falsa de lo que era la tutela en el derecho antiguo, pues los tutores entonces no estaban obligados a administrar o a defender los intereses del menor, sólo j;e dedicaban a conservar los bienes que por sucesión algún día serían suyos, sin preocuparse dcl pupilo j pero más tarde esta idea egoísta cambió y *-•! t u t o r fue obligado a administrar en beneficio del pupilo. Gayo no nos da la definición de tutela, pero al aludir a ella dice: "Hay unas personas que están en tutela o en cu-

ratela y hay otras que se hallan libres de estos derechos." Así, para este jurisconsulto la tutela no es una fuerza y potestad, sino un derecho, opinión que nos parece muy acertada, pues las potestades familiares son cuatro: la *dominica potestas*, *patria potestas*, *manus* y *mancipium*. D.26.1.1 y G.1.142

La tutela se aplicaba a los impúberos *sai inris* de ambos sexos y a las mujeres púberas *sui iaris* por razón del sexo, pero seguían siendo libres y *sui iuris*, pues el poder concedido al tutor no era una verdadera potestad. La tutela se abre por todo acontecimiento que vuelve *sui iaris* al impúbero, como cuando muere su padre natural o adoptivo pierde la ciudadanía o es hecho esclavo *iure civili*; cuando el hijo de familia impúbero es emancipado, cuando un esclavo impúbero es manumitido.

116. EL TUTOR

Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut seditui dicuntur qui sedes tuentur —los tutores son aquellos que tienen esta autoridad y este poder y su nombre deriva de la naturaleza misma de su misión: se les llama tutores, es decir, protectores y defensores, del mismo modo que se llama sacristán al que guarda los templos. La tutela generalmente es un oficio que corresponde a los varones, las mujeres no pudieron ser nombradas tutoras; sin embargo, en el derecho posterior, el emperador podía acceder a su solicitud.

D.26.1.1.1, 16 y 18

Siendo la tutela un cargo público, puede ser impuesta a todas las personas, aun a los hijos de familia, pero como es en interés del pupilo, no podrá en determinados casos darse a cualquier clase de personas, como es el caso del sordo o del mudo, que no podrían intervenir con éxito en los asuntos del pupilo. Por este mismo interés se admite que el tutor no podrá ser dado sólo para ciertos actos ni para ciertos bienes, sino que deberá llevar todo el patrimonio y hacer todos los actos que beneficien al pupilo. El tutor no se ocupa

del cuidado y educación del incapaz, sólo da las cantidades necesarias para que se le asista y eduque de acuerdo con su posición.

D.50.16.239.3, D.26.1.1.2 y 3, D.26.2.12 y 14-, D.27.2.1, 2.1. 3.pr. y 5

117. CLASES DE TUTELA

La designación del tutor fue hecha en un principio por la ley, después su designación fue hecha por testamento y posteriormente por el magistrado, de manera que tenemos tres clases de tutela: la tutela legítima, la tutela testamentaria y la tutela dativa.

Tutela legítima. La ley llama a la tutela legítima en primer término a los agnados y después a los gentiles.

a) *Tutela legítima de los agnados*. Las tutelas deferidas por la ley están fundadas sobre el llamamiento del tutor a la sucesión legítima del pupilo, puesto que la buena administración de su patrimonio interesa particularmente a las personas que algún día pueden ser llamadas a heredarle. Esta tutela está consagrada por las Doce Tablas, se defiere al agnado más próximo, quien excluye a los demás, si hay varios en el mismo grado, todos la ejercerán; "más es cierto que también éstos quedan obligados a dar la caución de dejar a salvo el patrimonio del pupilo."

D.26.4.1 y 5.1

Pluralidad de tutores. Si hubiera varios agnados, el más próximo obtendrá la tutela, pero si son varios en el mismo grado, todos ellos podrán desempeñar la tutela. Si todos administraron conjuntamente la tutela y todos son solventes y hubieren incurrido en alguna responsabilidad, la acción que se ejercite en su contra se dividirá proporcionalmente entre ellos; pero si no todos ellos fueren solventes, la acción se dividirá entre los que lo sean y podrán ser demandados en la medida de su solvencia.

D.26.4.9, D.27.3.11 y 12

Otro tanto acontece con los tutores testamentarios. Si el padre declaró quien quiere que administre la tutela, el señalado será quien administre y los demás no lo harán, sino que

serán los que vulgarmente se llaman tutores honorarios, a los que en caso de responsabilidad también se podrá demandar, una vez hecha excusión en los bienes del que haya administrado, por que fueron nombrados como observadores o vigilantes de la conducta del que administra. D.26.7.3.1, 2 y 6

A veces era conveniente la pluralidad de tutores, sobre todo cuando el pupilo tenía bienes en distintos lugares; pero como la buena administración depende en ocasiones de una dirección única, podía administrar un solo tutor, quedando los demás vigilantes de su gestión. Bajo Justiniano los derechos de la familia natural aventajan a los de la civil, por lo que la tutela legítima es deferida al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado, y puede ser deferida a la madre o al abuelo con preferencia a los colaterales.

b) *Tutela—legítima de Jos gentiles*. Gayo nos dice que en ausencia de agnados los gentiles eran llamados a la sucesión, de donde debería de serles impuesta también la tutela. Por otra parte, las Doce Tablas deferían la curatela de los locos a los gentiles cuando no había agnados, entonces, por analogía, debían tomar en la tutela el lugar de los agnados faltantes.

Hay otras tutelas legítimas de menor importancia: a) *La tutela legítima del patrón*. Los libertos tienen por tutor a su patrón en tanto viva, después de su muerte la tutela pasa a sus descendientes. Los libertos latinos tenían por tutor a aquel que en el último instante de la esclavitud tenía sobre ellos el derecho quirritario. b) *Tutela legítima del ascendiente emancipador*. Se concede a imitación de la del patrón y es la que se reserva el ascendiente cuando emancipa al hijo después de la tercera mancipación, teniéndolo bajo mancipio.

D.26.4.3 y G.1.165

Tutela testamentaria. En la ley de las Doce Tablas se permitió que los padres nombraran tutores para sus hijos impúberes en el testamento, con tal que éstos estuvieran bajo su potestad, por tanto, nadie puede nombrar tutor en su testamento si no para el que al morir tenía como heredero de propio derecho, o le tendría si viviera. El *testamentarius* debía ser señalado nominativamente y en forma imperativa; su designación debía ser hecha antes de la institución del heredero —según los proeulevanos— y el heredero también po-

día ser nombrado tutor. El tutor testamentario necesita tener la *testamenti factio* con el testador, de lo que se sigue que las personas calificadas como inciertas no podían ser designadas como tutores.

G.1.144, 2.231, Ulp.11.14 a 16

Debemos considerar también como tutores testamentarios a aquéllos que fueron designados en codicilos confirmados en el testamento; y consta que los tutores así nombrados no han de ser obligados a caucionar su manejo, esto no obstante, cuando alguno ofrece fianza para administrar él solo, ha de ser oído.

D.26.2.3

Si no se siguen las normas anteriores la designación de tutor podía ser nula, pero se reaccionó favorablemente y se comprendió que no había razón seria para subordinar la validez de la disposición al empleo de las fórmulas o a la designación del tutor en tal o cual parte del testamento: la designación estaba garantizada por la calidad misma del pater y su afecto hacia el hijo, por lo que el tutor designado por la ley o por el magistrado no debía ser siempre preferido sobre el señalado por el paterfamilias. Estas ideas se tradujeron en la práctica por las decisiones siguientes: 1) El tutor dado irregularmente por el pater a sus hijos legítimos debe ser confirmado pura y simplemente por el magistrado sin información sobre la persona designada. 2) El tutor nombrado por el padre natural al hijo nacido de concubinato debe ser confirmado mediante información si el padre no le ha dejado bienes, si se los ha dejado, se le confirma en su cargo sin información. 3) La confirmación previa información está admitida con respecto al tutor dado tanto por el patrón a su liberto, como por un *extraneus* a un impúbero cualquiera. 4) El tutor nombrado por la madre es confirmado mediante información.

D.26.2.4

Como los padres de familia suelen designar como tutores de sus hijos a las personas más leales e idóneas, el magistrado los confirma sin información alguna sobre su solvencia y costumbres y no les pide que otorguen la caución de llevar bien las cosas del pupilo.

D.27.1.36

Tutela dativa. Ésta tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni legítimo o cuando hay necesidad de nombrar un tutor *certa?* causas. EjlJRgnia-este nombramiento era hecho por el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe en virtud de la *ley Atilia*; en las provincias el nombramiento lo hacía el presidente por disposición de la *ley Julia* del año 31 a. C; posteriormente Claudio transfiere estas atribuciones a los cónsules y la designación debía ser precedida de una información sobre la moralidad, capacidad y fortuna del tutor. Más tarde Marco Aurelio quita esta atribución a los cónsules para darla a un pretor especial que se llamó *praetor tutelaris*. En las provincias siguieron los presidentes haciendo el nombramiento de tutores, pero Marco Aurelio por un *senatus-consulto* da esta facultad al *legatus proconsularis* —legado del gobernador. Al principio del reinado de Justiniano, cuando el pupilo no tenía fortuna o ésta era pequeña, el tutor era dado por el magistrado bajo una orden especial o general del presidente* sin información, pero exigiendo caución que no era difícil conseguir por los escasos bienes del pupilo; cuando éste tenía una fortuna regular, el magistrado mismo nombraba tutor después de información, pero sin exigir caución. Justiniano simplificó esta legislación por dos decisiones: 1) los magistrados municipales pudieron en adelante nombrar los tutores sin ser autorizados por una orden del presidente; 2) no pudieron nombrar tutor más que a los pupilos cuya fortuna no excediera de quinientos sólidos.

D.26.5.1, Ulp.11.18, G.1.185, C.1.4.30 y C.5.30.5.2

Incapacidad y excusas para el desempeño de la tutela. Las incapacidades son deducidas bien de una consideración general de orden público, bien por el interés del pupilo, afectando a clases enteras de personas y no implicando ninguna desconfianza especial a la posición de las personas. Las causas de excusa se establecen en favor del tutor.

En el derecho clásico hay cinco categorías de personas incapaces: 1) los peregrinos, 2) los esclavos, 3) los impúberos, a menos que se trate de una tutela legítima, 4) los sordos y los mudos, 5) las mujeres. Justiniano generaliza la incapacidad de los impúberos y añade nuevas causas que afectaron a los menores de veinticinco años, a los militares, a los obispos; permitió tutelar a la madre y a la abuela a falta de tutor testamentario. Son causas de excusa para el desempeño de

la tutela: la enfermedad, la extrema pobreza, el desempeño de un cargo público, el número de hijos, por encontrarse en campaña, por tener un proceso pendiente en contra del pupilo, por analfabetismo, por estar ya desempeñando tres tutelas o tres curatelas, por haber cumplido los setenta años. Vacan del desempeño de la tutela los gramáticos, los sofistas, los retóricos y los médicos que se llaman ambulantes. Da exención de la tutela también la enemistad manifiesta del nombrado tutor, con el padre de los huérfanos. D.27.1.2, 3, 6.1, 10.8 y 6.17

118. FUNCIONES DEL TUTOR. LA «AUCTORITATIS INTERPOSITIO» Y LA «GESTIO NEGOTIORUM» ^

Las obligaciones y los poderes del tutor no se refieren más que al patrimonio pupilar el cual debe conservar el tutor y, si es posible, acrecentarlo. Como garantía de estas obligaciones el tutor debe: 1° estar si es acreedor o deudor del pupilo, bajo pena de perder su crédito y si es deudor no puede prevalerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela; 2° debe hacer, inven [ario de los bienes del pupilo, por su omisión puede ser considerado culpable de fraude; el tutor que no hizo la relación de los bienes, parece haber obrado con dolo, a menos que pudiera alegarse alguna causa necesaria y justísima por la que no se haya hecho; 3° debe dar *l'auc}QLjr:ejn_j?iipilli salvam jare* >1_ífar_urio o varios fiadores; sin embargo, no están obligados a dar esta caución los tutores testamentarios y los nombrados después de información. Satisfechos estos requisitos entra el tutor en funciones, pudiendo proceder a vender las cosas susceptibles de depreciación y las improductivas; Constantino exceptuó las casas y los muebles de cierto valor, salvo autorización del magistrado. El tutor debe recobrar los créditos del pupilo y responde de la insolvencia de los deudores sobrevenida por no haberlos perseguido oportunamente. Las sumas provenientes de la venta de bienes, cobro de créditos, herencias, donaciones, no deben permanecer improductivas, deben depositarse en un templo mientras se invierten, si el tutor lo olvida deberá al pupilo los intereses, tiene un plazo para su colocación de seis meses cuando comienza la tutela y de dos meses para las demás, pues debe prever la fecha en que dispondrá de ellas. El tutor

debe pagar las deudas del pupilo cuando sean ciertas y exigibles, debe preocuparse de la conservación material de los bienes.

D.26.7.30 y 1, D.26.2.17, D.26.7.15 y 7.11

Para cumplir esas funciones Ulpiano señala dos poderes: *pupillarum pupillarumque tutores el negotia gerunt et auctoritatem interponunt*, el tutor lleva o administra los asuntos del pupilo o interpone su *auctoritas* en los actos hechos por el pupilo. Tocamos aquí lo más original e interesante de la tutela romana.

Ulp.11.25

Cuando el tutor administra —*gestio*— él solo aparece en la escena jurídica, juega el papel de parte en el acto aunque en el fondo se jueguen los intereses del pupilo. Por el contrario, cuando se habla de *interpositio auctoritatis*, se supone al pupilo en el escenario, el acto es su obra personal, es él quien consiente, él quien cumple las formalidades y si el tutor aparece también, no será como parte, sino sólo para suministrar al pupilo su concurso, sin el cual el acto no valdría nada, debe pues estar presente el tutor y dar inmediatamente su autoridad personándose en el negocio jurídico, si da después su autoridad, o la da por carta, de nada vale, y cuando el tercero le pregunte: *Auctor fis?* —¿Interpones tu autoridad?—, él responda: *Auctor fio.* —La interpongo. Siendo así la *auctoritatis interpositio* un complemento a la capacidad del pupilo, debe darse pura y simplemente, "aunque ¿_£_ Jiaga con el pupilo un contrato condicional, el tutor debe dar su autoridad pura y simplemente, pues para que se confirme el contrato condicional la autoridad no se ha de dar bajo condición". Caracterizada así la naturaleza de la *auctoritatis interpositio*, es fácil comprender el sentido de la regla *tutor persoms, non rei vel causee datur*, que significa en su único sentido que la función de *auctor* —autorizador— constituye la función distintiva y original del tutor, por la que se le distingue del administrador, y que si se tratara sólo de administrar los bienes del pupilo, bastaría entonces con un curador.

D.26.8.8 y 9.5

Hay algunas medidas legales que protegen al pupilo en contra de su tutor, así, por ejemplo, el tutor no puede inler-

poner su autoridad en asunto propio que realice con el pupilo, por tanto, éste no puede obligarse en favor de su tutor mediando la autoridad de éste; pero si fuesen varios los tutores, hay que decir que, si interpone la autoridad uno de ellos, el pupilo puede obligarse a favor del otro. D.26.8.1

En virtud del viejo principio que excluía la representación, es decir, que no admitía que los actos hechos por una persona pudieran ser considerados como hechos por otra, era conveniente para el tutor que la mayor parte de los actos, si no es que todos, recayeran en la persona del pupilo. Era, pues, mejor para el tutor mediar con su *auctoritatis interpositio* que intervenir con la *gestio*, pero desgraciadamente el dar su *auctoritas* o intervenir con la *gestio* no dependía tanto de él sino de la edad que tuviera el pupilo.

Para tener ideas precisas sobre la capacidad de los pupilos es necesario distinguir entre los infantes y los *maior infantiiv* —que han pasado la infancia— y entre éstos a los *infantim proximi* —cercanos a la infancia— y a los *pubertati proximi* —cercanos a la pubertad.

Cuando el pupilo es *infans* —que no puede hablar— en vista de que está desprovisto de todo discernimiento, es considerado del todo incapaz, por tanto, ni aun con la *interpositio auctoritatis* del tutor puede figurar en los actos jurídicos. En este período la regla es que administre el tutor, aunque puede sufrir excepciones en beneficio del pupilo.

El pupilo que ya ha cumplido los siete años, ha salido de la infancia, pero el *infantix proximus* —cercano a la infancia— no tiene aún más discernimiento que el *infans*; al *pubertati proximus* ya se le considera capaz de obligarse por sus delitos por tener un mayor discernimiento. En efecto, Juliano ha escrito en varias de sus obras que los pupilos próximos a la pubertad son capaces de cometer dolo y, por tanto, el impúbero puede cometer un hurto si ya es capaz de obrar con dolo, pero a los que no han pasado de la infancia no se les aplica esa responsabilidad. Gayo reafirma lo escrito por Juliano, al asentar que el pupilo que está próximo a la pubertad tiene capacidad para hurtar y cometer el delito de injurias.

Desde la época de Gayo el *infantix proximus* está asimilado al *pubertati proximus* desde el punto de vista de la ca-

pacidad. Todo pupilo que ha salido de la infancia puede hacer él solo, sin el consentimiento del tutor, válidamente los actos que mejoren su condición, pero para los actos que puedan comprometer su patrimonio necesita de la *autoritatis inter-positio* del tutor. Podrá entonces él solo adquirir la propiedad, un derecho de crédito, dejar de ser deudor; pero necesitará dar el tutor su *auctoritas* para que el pupilo se obligue, deje de ser acreedor y figure en un proceso. El tutor es libre de interponer su *auctoritas* o de no interponerla, él es el juez, él sabrá si el acto conviene o no conviene a los intereses de su pupilo, como también será responsable ante el mismo pupilo por su obstinación en negarla. "Si un tutor no quisiera dar su autoridad al pupilo, el pretor no debe obligarlo, por ser injusto que interponga su autoridad contra la conveniencia del pupilo, y porque, aunque le convenga, el pupilo puede resarcirse de este perjuicio mediante la acción de tutela."

D.44.4.4.26, D.47.2.23, D.50.17.111, D.46.3.15 y D.26.8.17

\ 119. MEDIDAS REPRESIVAS Y PREVENTIVAS A FAVOR DEL PUPILO

El tutor que gestiona la tutela debe ser tenido como propietario de los bienes del pupilo en lo que respecta a su cuidado. El poder de administrador general que tenía el tutor en un principio, ponía en gran peligro los intereses del pupilo, pues el tutor sólo estaba ligado por lazos morales para devolver los bienes al término de su gestión, ningún vínculo jurídico lo obligaba debido a la abstención del estado en cuestiones familiares. Pero a veces el mismo interés de la sucesión garantizaba al pupilo una buena administración. Sin embargo, las Doce Tablas reprimen el fraude del tutor, pero sin ir más lejos: no exigen cuentas por una mala administración; en contra de los malos manejos del tutor autorizan durante el curso de la tutela una persecución llamada delito del tutor sospechoso —*crimen suspecti tutoris*— que tiene por objeto separarle de la tutela como suspectus —sospechoso. Pueden ser declarados sospechosos todos los tutores, bien sean testamentarios o de otro género, el patrono también puede serlo. Como esta acción se considera como si fuera pública, de ahí se sigue que cualquiera puede ejercitarla. Un tutor puede acusar como sospechoso al cotutor, tanto si el que acusa con-

tinúa siendo tutor, como si hubiera dejado de serlo. Es lícito acusar de sospechoso o por dolo cometido en la tutela si, actuando ya como tutor, defraudó los bienes en tutela, u obró perniciosamente para el pupilo o sustrajo algo del patrimonio pupilar. Los tutores que no llegaron a gestionar no pueden ser acusados de sospechosos, pero pueden ser removidos por desidia o negligencia. Esta acción estaba abierta a todos, como dijimos, menos al pupilo; acarrea la nota de infamia y la destitución del tutor, a menos que fuera un ascendiente o un patrono.

D.26.7.27, D.26.10.1.5 y 6, 3.5 y 4.4

Otra acción que daba la ley de las Doce Tablas al pupilo al término de la tutela, es la *actio de rationibus distrahendis*, por la cual el tutor es condenado a pagar el doble del valor de los objetos que retenía indebidamente. Esta acción es más bien penal y procura proteger al pupilo contra las sustracciones indebidas del tutor.

D.26.7.55.1

Restringidas al caso de fraude las acciones anteriores, resultaban insuficientes, pues no reglamentaban las responsabilidades del tutor por las faltas cometidas en el curso de la tutela; pero el edicto sobre la gestión de negocios permite ver en el tutor a *un negotiorum gestor* —gestor de los negocios—, autorizándose a obrar en su contra por la *actio negotiorum gestorum directa* —acción directa de la gestión de los negocios. La idea de una responsabilidad se abría paso, pero limitada a cuando el tutor administraba. La obligación de dar *cautio* —caución o fianza— antes de que entrara en funciones, fue una segunda manifestación de la intervención del pretor en favor del pupilo. La *cautio* o fianza era obligatoria para los tutores legítimos y los nombrados por el magistrado, pero no para los testamentarios. El tutor por estipulación se comprometía *rem pupilli salvam fore* —a llevar a salvo los negocios del pupilo— y la *cautio* garantizaba este compromiso, pudiendo el pupilo proceder en contra del tutor por la *actio ex stipulatu* —acción de lo estipulado—, o contra los fiadores y aun en contra del magistrado poco cuidadoso— por una acción subsidiaria— que había admitido fiadores insolventes. El pupilo tenía además en contra del tutor un *pri-vilegium exigendi* —prerrogativa de exigir—, que le permitía

cobrar sus créditos antes que los demás acreedores, excepto los hipotecarios. Constantino dio al pupilo una hipoteca tácita sobre los bienes del tutor. Finalmente, se le concedió al pupilo la *in integrum restitutio* —devolución completa—, por la cual se rescindía el acto perjudicial a su interés. D.27.8.1 y 1.4, D.26.3.5

Hemos visto cuáles son los actos que el tutor puede y debe hacer para conservar y aumentar el patrimonio del pupilo, falta señalar los actos que no puede hacer. Le está vedado al tutor hacer él mismo cualquier acto que tienda a disminuir la fortuna del pupilo, ni autorizar a éste a que lo haga. Esto excluye de una manera absoluta hacer donaciones y, en principio, también las manumisiones. Bajo Septimio Severo y Caracalla estas restricciones se acentúan, un senadoconsulto prohíbe que los bienes rurales o urbanos del pupilo puedan ser vendidos, salvo por causas determinadas; esta decisión fue extendida por Constantino a las casas y a los muebles preciosos. Las ventas hechas en contravención de esta disposición se declaraban nulas y el comprador no podía usucapirlas para evitar que se burlara la prohibición. Esta prohibición tenía sus excepciones: 1) el padre por una cláusula expresa de su testamento o por codicilo, puede permitir la venta; 2) cuando el inmueble ha entrado en el patrimonio del pupilo gravado con prenda o hipoteca; 3) cuando se trata de un inmueble indiviso, el senadoconsulto no permite al tutor pedir la división, pero puede solicitarla el copropietario; 4) cuando el pupilo tiene deudas que pagar y es imposible hacerlo sin vender un inmueble, en este caso el pretor autoriza la venta.

D.26.7.22, D.27.9.1 y 5.9

Cuando termina la tutela el tutor debe rendir cuentas al pupilo de los bienes que le fueron confiados y que administró. Esta rendición de cuentas se justifica por ambos lados, en efecto, cuando el tutor administra todos los actos que realiza, recaen en su persona y es equitativo que al finalizar la tutela se descargue de estas responsabilidades en la persona del púbero, que es el verdadero interesado. Por otra parte, al rendir cuenta el tutor al púbero, éste podrá ver si aquél no hizo uso indebido de sus bienes y si tuvo la diligencia debida para acrecentarlos, para en caso contrario fincarle responsabilidades.

120. «ACTIO TUTELÆ» DIRECTA Y CONTRARIA

El tutor que lleva los negocios del pupilo no ha contratado con él, pero el edicto pretorio consideró que estaba obligado a administrar en virtud de las funciones que se le habían impuesto, bien por el testamento del paterfamilias, por la ley o por el magistrado. Se consideró que estas obligaciones nacían de un cuasi contrato y se las sancionó por medio de las acciones *tutelse* directa, a favor del pupilo y en contra del tutor para obligarlo a rendir cuentas y que informara de su gestión, y la *tutela* contraria a favor del tutor y en contra del pupilo, para hacerse indemnizar de los gastos que hubiera hecho en el transcurso de la tutela. Con esta acción *tutelse* contraria el pretor introdujo en la práctica una mayor facilidad para que los tutores accediesen a la administración de los bienes del pupilo, pues sabían que éste quedaría también obligado a consecuencia de la administración de su tutor, se ha admitido, pues, que el pupilo quede civilmente obligado frente al tutor, sin la autoridad de éste, a consecuencia de la administración de la tutela.

D.26.7.7.2, D.27.3.1.3, 19 y 24, D.27.4.1

121. FIN DE LA TUTELA

La tutela termina por parte del pupilo o por parte del tutor. En el primer caso, al no haber ya pupilo no se necesita ya tutor; en el segundo, es necesario nombrar un nuevo tutor.

La tutela cesa por parte del pupilo cuando éste llega a la pubertad, cuando muere, cuando incurre en esclavitud, pierde la ciudadanía o cambia de familia.

La tutela cesa por parte del tutor cuando muere, cuando llega el término o la condición se realiza, cuando le acepta el magistrado una excusa, por *capitis deminutio máxima* y *inedia*, en la tutela legítima por *capitis deminutio mínima*, cuando es destituido por *suspectus*.

D.26.1.14 y ss.

122. HISTORIA DE LA TUTELA DE LAS MUJERES

«TUTELA MULIERUM»

Durante siglos la mujer—púbera que no estaba sometida bajo la *patria potestas* ni bajo la *manus*, caía en tutela per-

petua. Los jurisconsultos justifican esta situación por la ligereza de las mujeres —*levitas o infirmitas sexus*— y por su ignorancia en los negocios —*ignorantia rerum forentium*—, pero la realidad es que se las tenía en tutela perpetua para que no influyeran en la sociedad y por desconfianza: para que no dilapidaran sus bienes. Esta tutela es una institución de derecho privado inspirada en un móvil político y social. G.1.144, 145, 148 y 190

La mujer púbera en tutela no es incapaz, puede obrar sola y no tiene necesidad de ser asistida por el tutor, así es que éste no es llamado para que administre, sólo presta su *auctoritas* para ciertos actos en que la mujer es tratada como infante: aquellos que comprometen su patrimonio como la *conventio in manu* —caída *in manu*—, el testamento, la venta de una cosa *mancipi*, toda obligación. Como el tutor no administra, no se da en su contra la *actio tutelae*.

Desde el siglo v a. C, el marido pudo dejarle tutor a la mujer que tenía *in manu* por medio de testamento. Más tarde para que la mujer pudiera escapar a la tutela de sus agnados, con la *auctoritatis interpositio* —autorización del tutor— hacía una *caemptio fiduciie causa* —venta con pacto de buena fe—, siendo después emancipada por el *coemptionator* —comprador— a la persona que ella ha elegido, ésta la manumite y la tiene como tutor fiduciario.

Bajo Augusto, estando incapacitado el tutor de la mujer, podía darse uno en caso de urgencia. Las leyes Iulia y Papia Popptea dispensaban de la tutela a la mujer ingenua que tenía tres hijos y a la manumitida que tenía cuatro. En el año 410 Honorio y Teodosio por una constitución, conceden a todas las mujeres el *ius liberorum* que llevaba consigo el fin de la tutela. *Nemo post htec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus* —Nadie nos pida después de ésta el privilegio dado por los hijos, el cual concedemos de una vez a todas por esta ley. G.1.194 y 3.44 y C.8.58(59).1

La tutela de las mujeres decayó porque ya no estuvo en armonía con las nuevas costumbres, con la nueva organización de la familia romana y la fueron debilitando más aún las disposiciones que hemos reseñado, hasta darle fin.

LECCIÓN XX

123. Concepto de curatela. 124. Clases de cura-tela. 125. Evolución de la *cura minomm xxv annis* (la curatela de los menores de 25 años): a) la *lex Plaetoria*. h) La *in integmm restitutio*. c) La curatela. 126. Curatela de los pupilos. 127. Reglas comunes a las diferentes curatelas. 128. Curatelas especiales. 129. Comparación de curatela con tutela en el Derecho Romano y en el Derecho Civil actual.

123. CONCEPTO DE CURATELA

La curatela, como la tutela, es una carga pública establecida para proteger a las personas que no pueden hacerlo por sí mismas, aunque cuenten con la mayoría de edad; pero difiere de la tutela tanto por su naturaleza cuanto por las personas a las cuales se aplica.

El tutor se da a la persona, el curador se da para los bienes; esto significa que el curador está investido de los mismos poderes de gestión que el tutor, pero él no autoriza, la *auctoritatis interpositio* está reemplazada por un simple *con-sensus* que da a la persona en curatela cuando figura en un acto jurídico. Este *consensus* no tiene nada de solemne y puede ser dado antes, en o después del negocio, en este último caso vale como ratificación. Por otra parte, a diferencia del tutor, el curador se ocupa tanto de los bienes como de la persona física del incapaz, por tanto, si éste se encuentra enfermo debe procurar los medios para su restablecimiento.

D.27.10.7

124. CLASES DE CURATELA

La curatela puede ser legitima, cuando la ley —las Doce Tablas— la otorga al agnado más próximo y a falta de éste

a los gentiles, o bien puede ser honoraria, cuando el magistrado, a falta de curador legítimo, hace la designación. Ulp.12.1

Por disposición de las Doce Tablas, se da un curador a las personas púberas y *sui iuris* afectadas de locura o interdictas por prodigalidad. Después esta curatela fue extendida a los sordos, mudos, *mente capti* y a los enfermos graves. Comúnmente se da también curador a los menores de veinticinco años y excepcionalmente a los pupilos.

D.27.10.1, í.1.23.4, Ulp.12.2

Curatela de los Juriosos y de los pródigos. Dispone esta curatela las Doce Tablas para el *furiqsus* y esta expresión no se aplica más que al hombre cuyos trastornos mentales se manifiestan por ideas extravagantes y sin ilación, pero que tiene intervalos lúcidos; la curatela se abría en cuanto se manifestaba la locura. El pródigo, según el lenguaje de las Doce Tablas, es aquel que disipa tontamente los bienes provenientes de la sucesión legítima de su padre u otro—ascendiente *paterncs*—*bona paterna avitaque*. El pretor tenía que declararlo interdicto para que se abriera la curatela. A los más próximos agnados y en su defecto a los gentiles era a quienes se deferían estas curatelas, a falta de ellos en un principio, no había curatela. Por lo que se ve, sólo se trataba de proteger a los presuntos herederos y no al *furiosas* o al pródigo, pues si éste disipaba los bienes adquiridos por su trabajo o de un tercero, sus herederos no perdían nada sobre lo cual ellos pudieran contar. Aun, si el pródigo disipaba la sucesión testamentaria de su padre, éste, al testar, había señalado que quería excluir la aplicación de las leyes relativas a la sucesión legítima.

Ulp.12,3, D.27.10.1.1, 1.1.23.3

Esta legislación, falsa en su punto de partida e incompleta en sus disposiciones, fue corregida por el pretor con las siguientes innovaciones: 1) Se asimila a los *furiosi* a las personas cuya locura es permanente —*mente capti*— y extiende la curatela a los sordos, a los mudos y a todos aquellos a quienes una enfermedad grave les impide administrar sus bienes. 2) Se tiene por pródigos a todos aquellos que despilfarran sus bienes cualquiera que sea su procedencia. 3) No hace

falta que el loco y el pródigo tengan parientes para ser puestos en curatela, porque en adelante es a ellos mismos a quienes se trata de proteger, se les nombrará un curador designado por el magistrado, llamado por ello *curator honorarii*. 1.1.23.4

Cuando los locos tenían un intervalo lúcido se consideraban como plenamente capaces, no siendo así, son nulos sus actos sin distinguir si hacen mejor o peor su condición. Mientras el loco tiene intervalos lúcidos el curador conserva su título, pero pierde sus funciones, para asumirlas en cuanto vuelva a manifestarse la locura. Debe rendir cuentas el curador al final de la curatela y aun cada vez que el loco recobre la razón si éste así lo exige. En cambio, con los pródigos, la curatela presenta un carácter de continuidad; como el pródigo no pierde ni su inteligencia ni su voluntad, se admite que él no puede volver peor su condición —comprometer su patrimonio— sin el consentimiento del curador, pero conserva el derecho de hacer solo los actos que mejoren su condición. D.27.3.4.3

125. LA EVOLUCIÓN DE LA «CURA MINORUM XXV ANNIS»

(LA CÚRATELA DE LOS MENORES DE 25 AÑOS):

a) LA LEX PL^ETORJA. b) LA «IN INTEGRUM RESTITUTIO». c) LA CÚRATELA

El antiguo derecho no distinguía entre el hombre maduro y el joven inexperto que acababa de llegar a la pubertad; pero pronto se dieron cuenta los romanos que al desarrollo físico no correspondía el intelectual y en buena hora se distinguió entre las personas púberas a aquellas que aún no habían alcanzado la edad de veinticinco años y' las que sí la habían pasado, a esta última se le llamó perfecta o *legitima jetas* —edad legal o mayoría de edad. A los menores de veinticinco años se les dio una protección especial que comprende estas fases:

a) *La lex Plsetoria*. Una ley Plaetoria de 191 a. C, da contra toda persona que haya abusado de la inexperiencia del menor de veinticinco años un *iudicium publicum rei privatse* —juicio público sobre un asunto privado—, persecución abierta a todos y que llevaba la nota de infamia para el condenado.

Más tarde el menor podía oponer por vía de acción o de excepción la nulidad del acto que le perjudicaba, pero la ley dejaba subsistir el efecto perjudicial. La represión exagerada del *iudicium publicum* ahuyentó a los terceros, quienes no querían ya contratar con los menores, por lo que el pretor concedió el beneficio de la *in integrum restitutio*. D.44.1.7.1

b) *La in integrum restitutio* —la devolución completa. Considerando el pretor que los menores sin ser engañados podían haber sido lesionados, crea en su favor este beneficio en virtud del cual sus actos, aunque válidos en derecho civil, podían ser rescindidos en caso de lesión. Los menores no obtienen la *in integrum restitutio* más que con una doble condición. Es necesario: que hayan sufrido lesión y que no dispongan de otro recurso. Esto último implica desde luego la inutilidad de la *in integrum restitutio* contra todo acto nulo según el derecho civil, pues lo que no existe no podrá ser rescindido, como cuando el pupilo realiza actos que comprometen su patrimonio sin el *consensus* —asentimiento— del curador o la *auctoritatis interpositio* —interposición de autoridad— del tutor, cuando él hace donaciones y otros actos hechos por un tutor o un curador fuera de sus poderes, cuando hay ventas prohibidas por el senadoconsulto de Septimio Severo. Esta segunda condición lleva una exclusión del beneficio todas las veces que el menor encuentre una plena y eficaz protección en sus acciones, tanto contra los tutores o curadores como contra las fianzas dadas por estas personas o contra los magistrados. El beneficio de la *in integrum restitutio* puede ser pedido bien durante la minoría de edad, bien durante un año útil a partir de la mayoría de edad.

D.4.4.1.1, 3.1 y 4, 5, 6, 7.4, 6, 11, 8

De la venia aetatis. Paulo señala que la *in integrum restitutio* quitaba en cierta medida a los menores la facultad de contratar, de ahí que se ideara un recurso introducido en la segunda mitad del siglo ni, al que se llamó *venia iuris*. Este beneficio puede ser concedido por rescripto a las mujeres desde la edad de dieciocho años y a los hombres a partir de los veinte y producía estos efectos: 1) quita el beneficio de la *in integrum restitutio*; 2) con respecto a los actos anteriores del menor, hace correr el plazo en el cual podía ser pedida la *in integrum restitutio*; 3) hace cesar la *cúratela*.

En una palabra, el menor adquiere los derechos del mayor, con la excepción referente a la venta de los inmuebles prohibida por el senadoconsulto de Septimio Severo. C.2.44(45). 1 y 2

La *in integrum restitutio* daba una mejor protección que la *lex Plaetoria*, pero se excedía en su finalidad y no daba seguridad a los terceros que contrataban con un menor, por eso anuló su crédito, para lo que hubo otro remedio: la *cúratela*.

c) *La cúratela*. Antes de Marco Aurelio sólo había *cúratela* para la demencia, la prodigalidad, o en virtud de la *lex Pupura* sólo para asuntos determinados —*redditis causis*—, pero a partir de su reinado todo púbero pudo recibir un curador permanente. Esta *cúratela* se aplica a ambos sexos, siendo útil para las mujeres púberas, pues su tutela perpetua tendía a desaparecer. Pero esta *cúratela* no quita al menor ni la excepción fundada sobre el dolo de la parte que había tratado con él, ni el beneficio de la *in integrum restitutio*, cuya aplicación se hace más rara.

Por un progreso natural se llegó a establecer una diferencia entre los adultos sin curador y los que lo tenían; los primeros son considerados plenamente capaces en derecho civil, salvo el beneficio de la *in integrum restitutio*; los segundos devinieron incapaces de hacer peor su condición sin el *consensus* del curador, haciendo solos los actos que mejoraran su patrimonio.

Falta señalar las excepciones a la regla según la cual los menores de veinticinco años sólo tienen curador cuando lo querían, estaban obligados a procurarse curador: 1) Cuando el púbero recibe las cuentas de la tutela, el mismo tutor debe pedir que se le suministre un curador. 2) Cuando el menor tiene un proceso debe pedir un curador *ad litem* y la parte contraria tiene derecho a exigirlo. 3) Siendo acreedor el menor, el deudor que le paga corre el riesgo de una *in integrum restitutio*, por lo que se le autoriza o a depositar la suma en un templo, o a exigir el nombramiento de un curador con cuyo *consensus* pagará.

1.1.21.3, G.1.184

126. CÚRATELA DE LOS PUPILOS

El impúbero en tutela puede por excepción tener un curador en los siguientes casos: 1) Cuando el tutor logra excusarse temporalmente da lugar al nombramiento de un curador, que sólo administra; si hiciere falta autorizar, entonces se procede a nombrar un tutor especial. 2) Cuando ha sido rechazada una excusa al tutor y éste apela al magistrado superior, mientras se resuelve su apelación se da un curador al pupilo. 3) Cuando el tutor sostiene un proceso contra su pupilo. 4) Cuando un tutor es incapaz, aun siendo fiel, se le adjunta un curador.

1.1.23.5

127. REGLAS COMUNES A LAS DIFERENTES CÚRATELAS

El curador, lo mismo que el tutor, debía hacer un inventario de los bienes; los curadores legítimos y los que eran nombrados sin información debían dar *satisdatio*. El senado-consulto de Septimio Severo que prohibía la enajenación de los predios rústicos y suburbanos del pupilo, también se aplicaba a los sujetos a cúratela.

Ll.24.pr. D.27.9.1.pr y ss.

La obligación de administrar y de rendir cuentas era un tiempo sólo estuvo sancionada por la costumbre; pero el crimen *suspecti tutoris vel curatoris* —delito de tutor o de curador sospechoso— establecido por las Doce Tablas, garantizó al menor en contra de los manejos del curador. Más tarde la obligación de rendir cuentas fue sancionada por la acción *negotiorum gestorum directa* —directa de la gestión de los negocios— y el curador tuvo la acción contraria para obtener que el ex incapaz le reembolsara de los gastos incurridos en la cúratela. Como en caso de tutela, el menor tuvo las mismas garantías contra el curador, así, tenía el *privilegium exigendi* —prerrogativa de exigir—, después tuvo la hipoteca tácita sobre los bienes del curador que concedió Constantino, la acción *ex stipulatio* —de lo estipulado— dimanada de la *satisdatio* —fianza—, la acción subsidiaria contra los

magistrados que aceptaron fiadores insolventes, y finalmente la *in integrum restitutio* —la devolución completa. D.27.3.25, D.27.10.15.1

128. CÚRATELAS ESPECIALES

Fuera de los casos comunes, había cúratelas especiales: 1) Como la que se da al impúbero que está en tutela, para ciertos actos en los cuales el derecho antiguo le daba un tutor *prxtorius* —cuando había un proceso entre el tutor y el pupilo. 2) Como la del *alieni iuris* que tiene bienes adventicios cuya administración le ha sido quitada al padre. 3) También es una cúratela especial la que se da por el magistrado al simplemente concebido llamado a una sucesión. 4) Finalmente, las cúratelas propuestas para la administración de los bienes de un cautivo, de una herencia yacente o de un deudor insolvente.

D.26.7.48

129. COMPARACIÓN DE CÚRATELA CON TUTELA EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL

No es sencillo hacer una distinción entre la tutela y la cúratela romanas, pues ambas tienden a la protección del incapaz que no puede valerse por sí mismo. El tutor mediante la *interpositio auctoritatis* complementa la capacidad del pupilo y logra que el acto realizado por éste sea válido, el curador hace lo propio mediante el *consensus*. Tutor y curador administran, de ahí que tengan ambos que rendir cuentas al final de su gestión.

El artículo 618 del Código Civil dispone que "todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador ..." En Derecho Romano no era así, el pupilo tenía tutor hasta llegar a la pubertad, de ésta a los veinticinco años se le daba un curador. En Derecho Romano el tutor no se ocupaba del cuidado físico del incapaz, sólo daba las cantidades necesarias a otra persona para que alimentara y educara al menor; según la fracción I del artículo 537 de nuestro Código Civil, se obliga al tutor a alimentar y educar al incapacitado. El curador en

nuestro derecho es un vigilante de la conducta del tutor y un defensor de los intereses del incapaz cuando éstos e; ^{litigiosos} ^o ^{con} ^{los} ^{del} ^{tutor,} ^{como} ^{lo} ^{señala} el artículo 626 del Código Civil; el curador en el Derecho Romano lleva los negocios del incapaz.

LECCIÓN XXI

PATRIMONIO

130. Concepto de patrimonio. 131. Clasificación de las cosas (bienes). 132. *Res divini iuris*. 133. *Res humani iuris*. 134. Subdivisiones de las *Res privatas*. 135. Derechos reales y personales. 136. Esquema de derechos reales.

130. CONCEPTO DE PATRIMONIO

Originalmente en Roma el patrimonio estaba formado por las cosas materiales o bienes del paterfamilias, como por ejemplo, el ganado, las tierras, los esclavos, etc. Pero en la Época Clásica el patrimonio se constituyó además por los créditos.

Por lo tanto, podemos definir el patrimonio "como el conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica que pertenecían al paterfamilias". Era, por lo tanto, un conjunto o masa de bienes considerado como un todo.

Las adquisiciones patrimoniales se verificaban a título singular cuando recaían sobre un objeto determinado, por ejemplo: ganado, tierras, etc., y a título universal cuando afectaban a todo un patrimonio, como en el caso de la herencia.

131. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS (BIENES)

Paulo expresa: se entiende por *bona* de cualquiera lo que queda después de deducidas, las deudas (D.50.16.39.1.).

Los jurisconsultos clasifican las cosas, clasificación que es necesaria por la gama tan variada que de ellas existe y para proceder metódicamente a su estudio. Desarrollaremos sus distintas divisiones.

Justiniano en sus *Instituciones* las divide en cosas que están en nuestro patrimonio y cosas que están fuera de nues-

tro patrimonio; pero esta no es una verdadera división porque carece de sentido jurídico, sin duda que sus autores la copiaron de las *Institutiones* de Gayo, pues este autor la menciona, pero para añadir en seguida: *Summa itaque rerum divisio in dúos artículos diducitur: nam alise sunt divini iuris, alise hu-mani* —por tanto, la más grande división de las cosas se descompone en dos miembros, pues unas son de derecho divino, otras de derecho humano. G.2.2

Algunos autores substituyen la anterior clasificación por una división fundada sobre el derecho, y así dicen *res in com-mercio* y *res extra commercium* —cosas en el comercio y cosas fuera del comercio. Es verdad que algunos textos indican que hay cosas no susceptibles de propiedad privada, *qua-rum commercium non est* —con las cuales no se comercia—, pero esta mención es aislada y entre los romanos ésta no fue una verdadera división. Cosas fuera del comercio serían aquellas que el hombre no puede apropiarse por imposibilidad física o por prohibirlo la ley; cosas dentro del comercio serán aquellas que pueden formar parte del patrimonio.

132. «RES DIVINI IURIS»

Las *res divini iuris* están consagradas a los dioses y se encuentran bajo la autoridad de los pontífices. *Divini iuris sunt veluti res sacras et religiosas. Sanctas quoque res, veluti muri et portas, quodam modo divini iuris sunt* —son cosas de derecho divino las cosas sagradas y las religiosas. También en cierto modo son cosas de derecho divino los muros y las puertas de la ciudad. A éstas se oponen las cosas de derecho humano. Esta fue la división más antigua e importante de las cosas, pero posteriormente va perdiendo fuerza y Justini-niano ya no habla de ella.

G.2.3 y 8

Res sancras. Para Gayo las cosas sagradas son aquellas que están consagradas a los dioses de lo alto, como los terrenos, los templos y los objetos dedicados a su culto. Se estima que una cosa es sagrada cuando el pueblo romano así lo ha manifestado, bien por una ley, por un scnadoconsulta y pos-

teriormente por una constitución imperial. Para que la cosa sagrada se vuelva profana es necesaria una *exauguratio*, solemnidad contraria a la consagración que hacían los pontífices. G.2.4 y 5, D.1.8.9. pr 1 y 2

Como las cosas sagradas están dedicadas a los dioses, se encuentran fuera del comercio, son inalienables —ocasionalmente se autorizaba su venta para el rescate de los cautivos, pago de deudas de la iglesia y para alimentar a los pobres en caso de hambre—, no pueden ser objeto de ningún derecho real ni de ninguna obligación; su violación está severamente castigada.

Res religiosas. Las cosas religiosas son aquellas que están dedicadas a los dioses manes, a los antepasados; son las sepulturas y los monumentos mortuorios unidos a ellas. Las condiciones exigidas para que un terreno sea cosa religiosa son: 1) Que haya una inhumación real, un cenotafio no es cosa religiosa. La inhumación de un esclavo produce el mismo efecto que la de un hombre libre; la sepultura de un enemigo es una cosa profana y el que la viola queda impune. 2) La inhumación debe ser hecha a perpetuidad. 3) Es necesario que el autor de la inhumación sea dueño del terreno, si no el verdadero propietario podrá dirigirse a los pontífices para que autoricen la exhumación, o ejercerá una acción *in factum* contra el que la hizo para obtener reparación del daño.

D.1.8.6.4 y G.2.6

Bien que las *res religiosas* estén incuestionablemente fuera del comercio y que en consecuencia no puedan ser vendidas ni ser el objeto de una reivindicación o de una acción en partición, sin embargo, a diferencia de las *res sacras*, dan lugar a un verdadero derecho privado conocido con el nombre de *tus sepulcri* —derecho de sepulcro—, lo que prueban estas decisiones: 1) Cuando una tumba se encuentra enclavada en el fundo de otro, aquel que tiene el *ius sepulcri* puede siempre, mediante indemnización, obtener un camino que lo conduzca a la tumba; así lo exigía el uso de los sacrificios mortuorios. Se observa en la práctica que los propietarios de los fundos en donde se ha inhumado, conserven el derecho de llegar a la tumba después de haber vendido el predio, pues al venderlo suele establecerse la reserva del derecho de acceder a los sepulcros y de andar a su alrededor para las ceremonias

usuales. 2) El *tus sepulcri* se trasmite a los herederos y a la *gens*. 3) El derecho da la facultad de enterrar en una misma tumba a los familiares. D.47.12.5

La violación de las *res religiosa!* —cosas religiosas— está sancionada con la acción de *sepulcro violato* —de sepulcro violado—, que es una acción popular que termina en una pena pecuniaria y con la nota de infamia para el transgre or. La violación del cadáver entrañaba la pena de la deportación o la de minas. Los sepulcros de los enemigos no se consideraban cosas religiosas para los romanos y, por tanto, aunque se violaran no procedía la acción de sepulcro violado.

D.47.12.4

Res sanctx. Cosas santas son las puertas y muros de la ciudad, porque encerraban a sus dioses; son las cosas que se han querido proteger contra los particulares, por lo que había penas severas contra sus violadores. No significan cosas santas, sino cosas cuya violación está penada.

D.1.8.8, 9.3 y 11, G.2.8

133. «RES HUMANT TURIS»

Las cosas que no pertenecen al derecho divino son de derecho humano, llamadas también profanas por oposición a las divinas.

Éstas se subdividen en *res communes*, *res publica;* *res universitatis* y *res privatse* o *res singulorum* —cosas comunes, cosas públicas, cosas de la ciudad o de la corporación, y cosas privadas o de cada uno.

Res communes. Se llama así a ciertas cosas que por su naturaleza escapan a toda apropiación privada, tales como el aire, el agua corriente y la mar; a! decir que son comunes, se entiende que no pueden ser el objeto de ningún derecho exclusivo ni por parte de un individuo, ni por parte de un pueblo. Siendo la mar una cosa común, la mayoría de los jurisconsultos estiman que por consecuencia lo son también las playas, que no son más que la porción de tierra que cubren las más altas mareas. Sin embargo, Celsus y Neratius clasificaron a las playas como pertenecientes al dominio pú-

blico del pueblo romano, idea más conforme a los principios modernos de soberanía. Siendo el mar cosa común, el derecho de navegación y pesca pertenece a todo mundo. 1.2.1.3, D.43.8.2.3, D.50.16.96

Res publica: Son las cosas afectadas a un uso público, bien que aprovechen a todos por el efecto de un disfrute directo e inmediato, como las plazas públicas, los caminos, los ríos, los puertos, o solamente por una consecuencia de su destino, como los arsenales y las fortalezas. Estas cosas públicas se consideran como propiedad del pueblo romano. Por tanto, a nadie se puede prohibir el llegar a la costa para pescar, con tal de que no pase por las fincas de recreo. El uso de las riberas de los ríos es público, así como el uso del mismo río, por lo cual cualquiera puede acercarse a ellas, atar amarras en los árboles, descargar allí la barca, así como navegar por el mismo río; pero la propiedad de estas riberas pertenece a los propietarios de los predios contiguos al río.

D.39.2.24, D.43.7.1, D.1.8.4.1

Res universitatis. Las *universitates* son las corporaciones y las ciudades, son personas morales que tienen pertenencias para uso de .sus miembros; así, las ciudades tienen teatros, baños, calles, que son de uso común de los ciudadanos.

1.2.1.6

Res privatse o *singulorum.* Son las cosas que la persona particular puede hacer entrar a su patrimonio y que los jurisconsultos y sobre todo los comentaristas del Derecho Romano han subdividido en muchos miembros: *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, *res corporales* y *res incorporales*, cosas muebles y cosas inmuebles, etcétera.

134. SUBDIVISIONES DE LAS «RES PRÍVATE»

Cosas Mancipi y *cosas nec Mancipi.* Esta división de las cosas es la más antigua que hicieron los romanos y la que fue más importante para ellos. Tiene como base el que la propiedad de la cosa pueda transmitirse por mancipación —y será cosa *Mancipi*—, o que baste la tradición o entrega para transferir su propiedad —y entonces será cosa *nec Mancipi*.

Esta es una división arbitraria, artificial, basada en lo que los romanos consideraban como más valioso para la agricultura; eran cosas *mancipi* los inmuebles tanto rurales como urbanos situados en Italia, las servidumbres rurales en Italia, las bestias de tiro y carga —*qux eolio dorsove domantur*—, los esclavos, todas las otras cosas serán *nec Mancipi*. Ulp.19.1, G.2.14a a 17

Los fundos itálicos eran cosas *mancipi*, a diferencia de los provinciales que se consideraban cosas *nec Mancipi*. Desde antiguo se consideró que los fundos itálicos eran cosas *mancipi* y que los ciudadanos tenían sobre ellos la propiedad. Por el contrario, los fundos provinciales eran cosas *nec Mancipi* y el Estado se reservó sobre ellos su derecho de propiedad; los particulares que los disfrutaban eran considerados como simples poseedores y tenían que pagar al Estado un censo llamado *tributum* o estipendio. A pesar de que los particulares legalmente no tenían el derecho quirritario o propiedad civil sobre esos terrenos, a la muerte del ciudadano poseedor, su derecho pasaba a sus herederos, por lo que, a efectos prácticos, se les podía equiparar a verdaderos propietarios. Entre vivos podían transmitirse por tradición y el que era despojado podía ejercitar la acción publiciana para recuperar su terreno.

G.2.21

El interés o importancia jurídica de esta subdivisión radica en que si no se trasladaba la propiedad de una cosa *mancipi* por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, el adquirente no era reconocido como propietario por el derecho civil, no teniendo en un principio el dominio sobre el bien, hasta que siglos después el pretor protegió su situación irregular.

G.2.18 y 19

Posteriormente, cosas que debieron clasificarse como *mancipi* fueron puestas dentro de las *nec Mancipi* —como los elefantes y los camellos—, para facilitar su comercio con los peregrinos a quienes no era accesible la *mancipatio*. Esta división de las cosas *mancipi* y *nec Mancipi* desapareció con Justiniano.

G.2.16

Cosas corporales y cosas incorpóras. Esta es otra subdivisión de las *res privatæ* que figura tanto en las *Instituciones* de Gayo como en las de Justiniano. *Corporales hæc sunt, quæ tangi possunt* —corporales son aquellas cosas que pueden tocarse—, esto es, son las que caen bajo el dominio de nuestros sentidos; es imposible hacer una enumeración de ellas, pues comprenden todo lo que materialmente existe fuera del hombre libre. Se les acostumbra subdividir en muebles e inmuebles, distinción que no formulan expresamente los textos.

G.2.12 y 13, I.2.2.pr. y 1

Incorpóras autem sunt, quæ tangi non possunt —las cosas incorpóras son aquellas que no pueden tocarse—, esto es, las que no caen bajo el dominio de los sentidos, como son aquellas que consisten en un derecho, como una herencia, un usufructo, las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. Y poco importa que en la herencia estén contenidas cosas corporales o que los frutos que se perciban del fundo sean corporales y que aquello que nos es debido en virtud de una obligación sea generalmente corporal, puesto que el derecho de sucesión, así como también el derecho de usufructo y el derecho de obligación son en sí mismos incorpóras. Se cuentan igualmente entre las cosas incorpóras los derechos sobre las cosas ajenas —*iura in re aliena*— y en general, todos los derechos susceptibles de estimación y que representan un valor pecuniario en el patrimonio de los particulares.

G.2.14, I.2.2.2 y 3, D.1.8.1.1

Otras subdivisiones. La subdivisión de cosas en consumibles y no consumibles corresponde a la moderna de cosas fungibles y no fungibles. Las consumibles son las que los jurisconsultos llaman cosas *in genere*, tales como el dinero, las semillas, el aceite, el vino, etc. Cosas no consumibles son las consideradas *in specie*, individualmente determinadas, como un caballo, un cuadro, una estatua. Esta subdivisión tiene su importancia en obligaciones, sobre todo en materia de riesgos, pues *genera non pereunt* —los géneros no perecen—, esto es, el deudor continúa obligado cuando debe una cosa consumible y la pierde o se la roban.

G.3.90, I.3.14, D.44.7.1.2 y 3

Cosas divisibles son aquellas que son susceptibles de partición sin que por ello pierdan sus características, como un terreno, una pieza de tela. Cosas indivisibles son las que no pueden sufrir partición porque perderían sus características y dejarían de ser lo que son, como una estatua, una servidumbre.

Como cosas simples podemos considerar a aquellas que subsisten en su individualidad sin el concurso de otras, como un grano de trigo, y como compuestas a las que están integradas por el concurso de varias simples o aun por varias compuestas, como un carro.

Cosa principal es la cosa mayor que puede absorber a otras conservando su nombre e individualidad, en este sentido el inmueble siempre es considerado como principal con respecto a los muebles. Cosa accesoria, con respecto a cosa principal, es la de menor valor, la que adorna a aquélla y la que al unírsele pierde su individualidad. Esta subdivisión debemos tenerla presente cuando expliquemos la accesión como medio de adquirir la propiedad.

Finalmente, haremos referencia a la subdivisión de las cosas en muebles e inmuebles. Esta subdivisión está implícita en los textos clásicos. "Las cosas muebles no pueden transmitirse por *mancipatio* si no estuvieren presentes, y si fueren varias, de una sola vez y únicamente las que se pueden tomar con la mano. Los inmuebles aunque sean varios y se encuentren en diversos lugares pueden manciparse simultáneamente." Esta subdivisión es importante en el estudio de la *usucapio* —prescripción— como medio de adquisición de la propiedad.

D.50.16.93 y Ulp.19.6

135. DERECHOS REALES Y PERSONALES

Para explicar en qué consisten los derechos reales y en qué los personales o de crédito, tomemos como tipo de derecho real a la propiedad y como ejemplo de derecho de crédito una suma de dinero que nos es debida en virtud de un préstamo. He aquí las notas esenciales que salen de una atenta comparación:

1* El derecho de propiedad nos procura por sí mismo e independientemente del hecho de otro una utilidad considerable. Soy propietario de una casa, la habito, para este goce

no tengo necesidad del concurso de un tercero, basta mi propio hecho. Por el contrario, si presto una suma de dinero y soy acreedor, en tanto que la suma debida no vuelva a mis manos, mi derecho no me procura ninguna utilidad, para que me beneficie es necesario que se me pague y este pago implica el hecho del deudor.

2" Mi derecho de propiedad, sin ser una carga para nadie, existe contra todo mundo; queremos decir con esto que no me autoriza a exigir de nadie ni el cumplimiento, ni la abstención de un acto naturalmente permitido, ni en una palabra, el sacrificio del más pequeño derecho, pero que ninguno, por tanto, podrá violarlo o tratar de impedir su ejercicio. El derecho de crédito, por el contrario, no existe más que contra una persona y significa para ella una verdadera carga. El dinero prestado no será exigido más que al deudor, y es bien notorio que, ligado hacia mí de una manera especial, este deudor no se encuentra en una situación normal, su fortuna no es neta, y a su activo corresponde un pasivo.

3« La diferencia arriba constatada se manifiesta muy claramente en el lenguaje. Así, el respeto debido a la propiedad de otro no se considera como una obligación propiamente dicha, dado que no lleva disminución del patrimonio de ninguno y no existe palabra para expresar una situación pasiva que corresponda a aquella del propietario, una tal situación no existe. A la inversa, no se concibe un acreedor sin un deudor porque lo que es crédito para uno es necesariamente obligación o deuda para el otro.

4-' Estos derechos están sancionados por distintas acciones. La acción *in rem* —real— se da al titular de un derecho real, la acción *in personam* —personal— se da al titular de un derecho de crédito.

D.44.7.25

Resumiendo lo que precede, llegamos a las dos definiciones siguientes: el derecho real es aquel que gravita directa e inmediatamente sobre una cosa determinada y que exige de todos un respeto igual, pero puramente pasivo. Es absoluto, se ejerce *erga omnes* contra cualquiera que perturbe su ejercicio. El derecho de crédito consiste en una relación especial entre dos individuos determinados, de los cuales uno puede exigir al otro determinada prestación que según el derecho

común le es debida. El derecho personal es relativo, por cuanto se ejerce solamente contra la persona del obligado.

De estas definiciones se desprenden estas consecuencias: 1) Por lo mismo que el respeto al derecho real se impone a todos, de hecho está expuesto a los atentados de cualquiera. El derecho de crédito, por el contrario, no es violado directamente más que por el mismo deudor. 2) También, mientras que el derecho real puede engendrar acción contra cualquiera, el derecho de crédito sólo da acción en contra del deudor. 3) El derecho real es mucho más ventajoso que el de crédito, puesto que cualquiera que lo viole, en tanto que exista el objeto, su titular no pierde nada, por el contrario, el derecho del acreedor está siempre comprometido por la insolvencia del deudor, si éste carece de activo el crédito de hecho se reduce a nada.

136. ESQUEMA DE DERECHOS REALES

Los romanos consideraron a la propiedad como el derecho real por excelencia, teniendo una posición eminente sobre los demás derechos reales, a los cuales llamaron *iura in re aliena* —derechos sobre la cosa ajena—, siendo éstos las servidumbres prediales —*servitutes o iura pragediorum*—, el usufructo y el uso. Dentro de las *servitutes* tenemos a las *servitutes personarum* —servidumbres personales—, establecidas a favor y en beneficio de las personas y las *servitutes pragediorum*, constituidas en ventaja de los predios. Posteriormente —por obra del pretor— aparecieron la *enfiteusis*, la superficie, la prenda y la hipoteca, estas dos últimas sirven para garantizar obligaciones, por lo que se les denomina derechos reales de garantía.

LECCIÓN XXII

PROPIEDAD

137. La propiedad. Concepto. 138. Terminología romana. 139. Limitaciones legales al derecho de propiedad. 140. Propiedad quintaría o civil. 141. Propiedad bonitaria o pretoriana. 142. Propiedad provincial. 143. Propiedad de los peregrinos. 144. El problema de la *proprietas acJ tempus*. 146. La copropiedad. 146. Extinción de la propiedad. 147. Protección jurídica de la propiedad.

137. LA PROPIEDAD. CONCEPTO

El derecho de propiedad es aquel en virtud del cual las ventajas que puede procurar una cosa son atribuidas todas a una persona determinada. Los romanos no se ocuparon en definirla y sólo analizaron los beneficios que otorga a su titular, éstos son el *ius utendi o usus*, *ius fruendi o fructus* y *ius abutendi o abusus*. Por uso se entiende el derecho de servirse de la cosa conforme a su naturaleza o destino. *Fructus* designa el derecho a percibir los productos, sean reales, como los frutos de los árboles, la lana, o impropriamente dichos, como los intereses de una suma de dinero; frutos en general son los productos conforme al destino de las cosas productivas y que renacen periódicamente, de manera que vienen a constituir una renta. Podemos, pues, considerar como frutos las cosechas, el vino, la cría de animales. Son frutos naturales los que nacen sólo por la fuerza de la naturaleza; frutos civiles son las utilidades habidas indirectamente de las cosas, como los alquileres, el interés que produce una suma de dinero. El *abusus* o derecho de disposición, consiste en la facultad de transformar, enajenar y aun destruir la cosa. El *usus* y el *fructus* se ejercen por actos que dejan a la cosa su existencia y substancia y pueden ser repetidos indefinidamente por el propietario; el *abusus*, por el contrario, se caracteriza por actos que agotan la forma o substancia de la cosa o el derecho del propietario.

El derecho de propiedad, como lo concibió ya el antiguo derecho civil, presenta tres caracteres: es un derecho *a)* exclusivo, *b)* absoluto y *c)* perpetuo.

a) Es exclusivo en el sentido de que sólo el propietario, con exclusión de los demás, puede beneficiarse de las ventajas que le confiere su derecho. La cosa objeto del derecho pertenece entonces tan plenamente como es posible a un solo individuo y para marcar este carácter se dice que la propiedad es individual, *b)* También el derecho de propiedad es absoluto porque teniendo sólo el propietario los derechos sobre la cosa, ninguno puede restringirle su ejercicio, aunque en ocasiones se verá limitado, como en casos de copropiedad, servidumbres, *c)* El derecho de propiedad también es perpetuo o irrevocable, este derecho no puede ser quitado a su titular más que por un acto de su voluntad o por alguna circunstancia que destruya la cosa; la propiedad no es pues temporal como otros derechos reales, debe durar tanto como la cosa.

D.13.6.5.15

138. TERMINOLOGÍA ROMANA

La terminología romana referente a la propiedad ha variado en el transcurso de los tiempos. En los primeros siglos de Roma llamaban a la propiedad *mancipium*, cuya etimología es *manu capere* —asir con la mano—, aprehender materialmente el objeto. Posteriormente la propiedad encerró una noción de señorío y se le llamó *dominium* y a su titular *do-minus*. Por último, a fines de la época clásica y en la post-clásica se la designa *proprietas* y al dueño *proprietarius*.

139. LIMITACIONES LEGALES AL DERECHO DE PROPIEDAD

Es común entre los comentaristas del Derecho Romano la creencia falsa de que para los romanos la propiedad no tenía limitaciones, que era irrestricta; nada más erróneo sin embargo, el derecho de propiedad entre los romanos, a pesar de su carácter absoluto, siempre ha tenido limitaciones, unas en interés de los vecinos y otras en interés público. Entre las

primeras tenemos limitaciones que datan desde los tiempos de las Doce Tablas, como la de dejar un espacio de dos pies y medio en los confines del fundo, la de no variar el curso natural de las aguas, limitación sancionada con la *actio aquae pluviae arcendse* —acción de retención del agua pluvial; otras limitaciones posteriores: dejar que las ramas del árbol vecino caigan sobre el predio a una altura de quince pies, dejar pasar al vecino a que recoja los frutos de sus árboles, impedir que el vecino haga demoliciones y obras peligrosas en su predio, si la construcción vecina amenaza ruina puede obligarse al dueño a que la repare y el pretor puede obligarlo a dar la *cautio damni infecti* —caución de daño inminente. En interés público, los propietarios ribereños deben sufrir el uso público del río, deben cuidar las vías y caminos con los que limitan, no podían demoler libremente, necesitaban permiso, cuando se hacía una obra de utilidad pública que exigiera la disposición de un terreno particular, si el propietario no accedía de grado era expropiado, pero se le indemnizaba, si se descubría una veta, podía explotarse contra la voluntad del dueño del terreno, dándosele —por disposición de Graciano y Valentiniano— una décima a él y otra al fisco. D.43.27.1.7, D.8.2.14, D.1.8.5, C.1.1.7(6).3

Además, el derecho de propiedad se encuentra limitado en el estado de indivisión o copropiedad, cuando la cosa se halla gravada con una servidumbre. Aquellos a quienes se conceden estos atributos de la propiedad, tienen derechos reales sobre los bienes de otro y según su grado pueden comprender el *ius utendi*, el *ius fruendi* y aun el *ius abutendi* en caso de copropiedad.

140. PROPIEDAD QUIRITARIA O CIVIL

AHÍ enim ex iure Quiritum unusquisque dominus erat, aut non iniellegibattir dominus —o cada uno era propietario según el derecho de los Quirites, o no lo era entonces. La propiedad fue organizada por los romanos siguiendo principios muy rigurosos del derecho civil, como nos lo deja soslayar el texto citado de Gayo. La adquisición y transmisión de la propiedad estaba cuidadosamente regulada y quien no cumplía con estas regulaciones no adquiría la propiedad. Para ser

propietario —reconocido por el derecho civil— se necesitaba ser ciudadano romano o latino con *ius commercii* y que el bien se hubiera adquirido por uno de los modos de adquisición de la propiedad reconocidos por el derecho civil. G.2.40

141. PROPIEDAD BONITARIA O PRETORIANA

Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere —pero posteriormente la propiedad se divide, de tal modo que se pudo ser propietario por el derecho de los Quirites, o tener la cosa *in bonis*—, añade a continuación el texto de Gayo, y da la razón siguiente: pues si a ti no te mancipo ni cedo ante el magistrado una cosa *mancipi*, sino que tan sólo te la entrego, esa cosa estará en tus bienes —*in bonis*—, pero permanecerá mía por el derecho de los Quirites, hasta que tú, poseyéndola, por la prescripción, te hagas propietario de ella, pues una vez completo el tiempo de la prescripción empieza a ser tuya con pleno derecho, esto es, será tuya tanto *in bonis* como por derecho de los *Quintes*, como si te hubiere sido mancipada o cedida ante el magistrado. El plazo para que prescribiera una cosa mueble era de un año y de dos para los inmuebles, como lo disponían las Doce Tablas,

G.2.40 a 42

En un principio sólo se era propietario quitario, pero acontecía que por defectos en la transmisión de la propiedad el derecho civil no reconocía como nuevo propietario al adquirente, pero éste tenía un justo título de adquisición, reconociéndole el pretor que tenía la cosa *in bonis* —en sus bienes— y transcurrido el plazo para usucapir adquiría la propiedad *ex utroque iure* —por uno y otro derecho—, teniendo como sanción la *rei vindicatio* —vindicación de la cosa. El propietario bonitario si quería ser despojado por el propietario quiritario, podía oponerle una excepción fundada sobre el título de la adquisición, por ejemplo, la *de rei venditae et traditae* —cosa vendida y entregada— si la había recibido por compraventa; si la cosa le era quitada el pretor le concedía la acción publiciana, con la cual triunfaba hasta contra el nudo propietario quiritario.

G.2.41

142. PROPIEDAD PROVINCIAL

Los tres caracteres que hemos reconocido como distintivos del derecho de propiedad —exclusivo, absoluto, perpetuo— no son aplicables por igual a todas las cosas. A veces la propiedad no es exclusiva, esto acontece con los inmuebles situados en provincia; los fundos provinciales permanecen bajo el dominio del Estado a quien como señal de su derecho de propiedad los particulares le pagan un *stipendium* o *tri-butum* —estipendio o tributo. Son estipendiarios los predios que están en aquellas provincias consideradas propias del pueblo romano y tributarios los que están en aquellas provincias reputadas propiedad del César. Siendo el estado el propietario, podía quitar a los particulares esos fundos y dar su posesión a otros. Estos fundos eran cosas *nec mancipi* y aunque los poseedores no eran propietarios, de hecho eran dueños de esas tierras que podían conservar, disfrutar e inclusive enajenar; para su protección el pretor les había dado interdictos y aun la vía petitoria a falta de las vías ordinarias del derecho civil. La posesión de los fundos provinciales daba todas las ventajas del derecho de propiedad, menos el título.

G.2.7 y 21

143. PROPIEDAD DE LOS PEREGRINOS

Los peregrinos no disfrutaban del *commercium*, por tanto no podían adquirir la propiedad quiritaria reservada a los ciudadanos romanos, estándoles vedados los modos civiles para adquirir la propiedad, pero sí podían hacer uso de los modos establecidos por el derecho de gentes, como la *traditio* y la *occupatio*; posteriormente muchas cosas que debieron clasificarse como *mancipi*, fueron catalogadas como *nec mancipi* para facilitar su comercio con los peregrinos, tal fue el caso de los elefantes y de los camellos. Cuando los peregrinos se veían amenazados en su propiedad, se finge que tienen la ciudadanía romana para que puedan defender sus derechos.

G.4.37

144. EL PROBLEMA DE LA «PROPIETAS AD TEMPUS»

Por el mismo carácter perpetuo del derecho de propiedad, los romanos consideraron que no podía ser transmitida temporalmente, esto es, cuando se transfería la propiedad de una cosa, no se podía imponer al adquirente una cláusula en virtud de la cual se le comprometiera a devolver la cosa al cabo de cierto tiempo, pasando la propiedad de pleno derecho al antiguo propietario; la inserción de tal cláusula volvería nula la operación. Pero como en realidad no había nada de ilícito en tal situación, acabó por admitirse definitivamente bajo Justiniano la transmisión temporal de la propiedad. Por este motivo, en la enajenación con fiducia, cuando el acreedor era pagado por el deudor, éste no recibía la propiedad del objeto, de su objeto, sino tan sólo era puesto en posesión y por la *usureceptio*, al cabo de un año o de dos, según se tratara de muebles o de inmuebles, volvía a adquirir su propiedad.

145. LA COPROPIEDAD

La copropiedad o condominio se da cuando un mismo objeto pertenece a varias personas, a esta figura los romanos la llamaban *communio*. El objeto era considerado como una unidad indivisa, del cual cada copropietario tenía una parte ideal —*pars pro indiviso*. Como la propiedad la concebían como un poder de disposición plena sobre un objeto, no era concebible que hubiera dos o más propietarios simultáneamente: "ciertamente, no puede darse la propiedad o la posesión por entero en cada uno de los dos; también, que ningún copropietario puede ser propietario de una parte material de una cosa, sino que tiene la propiedad en una parte indivisa de la cosa entera ..."

D.13.6.5.15

La copropiedad fue conocida por los romanos desde tiempos muy antiguos, en efecto, "a la muerte de un paterfamilias existía entre los herederos suyos una sociedad a la vez legítima y natural, que se llamaba *ercto non cito*, es decir, de dominio indiviso ..." Después esta *communio* o copropiedad

se da entre colegatarios, entre los socios de una sociedad, en la *confusio* y *commixtio* —confusión y mezcla. G.3.154a

El copropietario puede hacer el uso normal de la cosa, respetando el derecho de los demás, y se le puede prohibir un uso abusivo o que constituya una innovación en la misma, sin el consentimiento de los demás. Cuando uno de ellos abandona su parte indivisa, sin haberla cedido a otra persona, la parte por él dejada acrece a los demás copropietarios. Como esta situación es fuente de continuas dificultades, los copropietarios pueden salir de este estado mediante la acción *communi dividundo* —para dividir lo común—, si se trata de socios, o por la acción *familize erciscundx* —de división de la herencia— si se trata de coherederos.

G.4.42 y Ulp.19.16

146. EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD

La propiedad se extingue: 1) Cuando la cosa de que es objeto este derecho deja de existir, si la destrucción no es completa, subsiste sobre lo que queda. 2) Cuando la cosa deja de ser susceptible de propiedad privada, como un esclavo manumitido, una cosa profana que se consagra y se torna sacra. 3) Cuando un animal salvaje recobra su libertad. "Se entiende que recuperaran la libertad natural cuando se ponen fuera del alcance de nuestros ojos, o están a la vista, pero resulta difícil su persecución." 4) Si se ha abandonado una cosa, deja inmediatamente de ser nuestra y se hace inmediatamente del que la ocupa ..." Fuera de estos casos la propiedad es perpetua en el sentido de que el tiempo no ejerce influencia sobre ella. La propiedad puede pasar de una persona a otra transmitiéndose, pero sin extinguirse.

D.41.1.5 y 7.1

147. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

He aquí algunos medios de defensa para el derecho de propiedad:

La propiedad quintaría o civil está sancionada por la acción reivindicatoria —*reivindicatio*—, que se da cuando el

propietario ha sido privado del bien que le pertenece; la propiedad bonitaria está sancionada por la acción publiciana, acción pretoria. En el caso de que la propiedad sufra algún daño, se tiene la *actio legis Aquilix*; en caso de robo se da la *actio furti*; para que el curso de las aguas no sea alterado se da la *actio aquae pluviae arcendae* —acción de retención del agua pluvial. Cuando alguna persona pretende ejercitar una servidumbre en propiedades nuestras, sin que para ello tenga derecho, disponemos de la acción negatoria para impedirlo. En algunas ocasiones, para poder ejercitar la acción reivindicatoria, hay que intentar primero la acción exhibitoria. Además de las sanciones propias del derecho de propiedad, el amo disfruta de los interdictos posesorios para defender su derecho de propiedad contra los ataques de los terceros.

LECCIÓN XXIII

PROPIEDAD

148. Modos de adquirir la propiedad. 149. Modos originarios: A) La *occupatio*. 150. B) La accesión. 151. Modos derivados de adquirir la propiedad: a) La *mancipatio* y la *in iure cessio*. 152. b) La *traditio*. 153. C) La *adjudicatio*. 154. D) La *usucapio* y la *longi temporis praescriptio*. 155. Su fusión en el derecho de Justiniano. 156. E) La *lex*.

148. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

La propiedad puede adquirirse a título particular o a título universal; en el primer caso, la adquisición tiene por objeto único la propiedad de una o varias cosas individualmente determinadas; en el segundo —*per universitatem*— es el patrimonio entero o una parte alícuota del patrimonio de una persona viva o difunta lo que viene a fundirse en nuestro patrimonio, nos volvemos propietarios no sólo de tal o cual objeto, sino de todos los bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron a esa persona. En esta parte estudiaremos los modos de adquirir la propiedad a título particular.

Los autores dividen de varias maneras los modos de adquirir la propiedad. Gayo los divide en dos grupos: los que pertenecen al derecho de gentes —*occupatio* y *traditio*— y los modos que pertenecen al derecho civil —*mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*, *adiudicatio* y *lex*. Los primeros son accesibles a todos, los segundos válidos sólo para los ciudadanos romanos y para quienes disfrutaban del *commercium*.

D.41.1.1

Otros autores dividen los modos de adquisición en modos originarios y modos derivados. Modo originario es el que implica adquisición sin enajenación, cuando nos hacemos propietarios sin intermedio de ninguna otra persona, por el hecho

de tomar la cosa y disponer de ella. Modo derivado es aquel por el cual recibimos la propiedad por mano de otra persona, quien nos la transfiere. Históricamente la ocupación es anterior a los otros modos, por lo que la estudiaremos en primer término.

149. MODOS ORIGINARIOS: A) LA «OCCUPATIO»

La ocupación se realiza sobre cosas que no pertenecen a nadie; implica adquisición sin venta o transmisión; no se sucede a nadie en la propiedad, de donde se sigue que obtenemos una propiedad franca, libre de todo gravamen. En un sentido amplio, habrá ocupación todas las veces que espontáneamente y sin el hecho o la voluntad de un tercero, tomemos un objeto cualquiera *animo domini* y éste sea aplicado a una cosa susceptible de propiedad privada que no tenga dueño. "Lo que no es de nadie se deja por razón natural al que lo ocupa."

D.41.1.3

Justiniano, sin hacer una enumeración exhaustiva, nos indica cómo se obtiene la propiedad por ocupación en cinco casos:

1) Los animales salvajes capturados por la caza y la pesca. El animal salvaje me pertenecerá desde que, vivo o muerto, esté a mi disposición de una manera cierta, sin distinguir si la captura es hecha sobre mi terreno o el ajeno, pues no son considerados como productos del fundo. El animal salvaje dejará de pertenecerme cuando recobre su libertad volviendo *res nullius* —cosa de nadie.

D.41.1.1.1

2) El botín hecho al enemigo, esto es, a los pueblos con los cuales Roma estaba en una guerra regular y a los bárbaros aun en tiempo de paz; sus bienes se consideraban como *res nullius*, de manera que cualquiera por ocupación los adquiere. "Lo que se arrebató al enemigo se hace inmediatamente, por derecho de gentes, de quien lo toma. Las cosas del enemigo que se halla en nuestro poder no se hacen públicas, sino de la propiedad privada de quienes las ocupan."

D.41.1.5.7 y 51

3) Las piedras preciosas, las perlas y el coral encontrados en el mar o en sus orillas.

1.2.1.18

4) La isla que se forma en el seno del mar.

1.2.1.22 y D.41.1.7.3

5) El tesoro; éste es un depósito antiguo de dinero, de cuyo dueño ya no se tiene noticia. Dos elementos constituyen el tesoro: 1^o Es una cosa mueble escondida en otra, ordinariamente un inmueble, del cual no es un producto. 2^o Es imposible determinar cuándo y por quién fue escondido, de suerte que en realidad no pertenece a nadie, por lo que con lógica la ley reconoce como propietario a quien lo encuentra y tal fue sin duda así en la legislación antigua. Hadriano estableció las siguientes disposiciones:

a) Cuando alguno encuentra un tesoro en su propio fundo, todo le pertenece, b) Cuando es encontrado por otro, Hadriano concede la mitad al que lo encontró por derecho de ocupación y la otra mitad al dueño del fundo, quien adquirirá por efecto de la ley. c) Cuando el tesoro se encuentra por azar en un terreno sagrado o religioso, Hadriano lo confiere al que lo encontró, pero Marco Aurelio reivindica para el fisco la mitad.

1.2.1.39, D.41.1.31.1 y 63, D.49.14.3.10

150. B) LA ACCESIÓN

Este modo de adquirir la propiedad pertenece al derecho de gentes, como la *occupatio* y la *traditio*. De una manera general, consiste en adquirir una cosa como accesoria de otra cosa que ya nos pertenece; también podemos decir que es un modo natural de adquirir, que daba derecho al propietario de una cosa sobre todo lo que se le incorpora formando parte integrante de ella y sobre todo lo que se desprende de la misma para formar un cuerpo nuevo. Este modo de adquisición no está enunciado en los textos, pero está reconocido implícitamente.

D.41.1.26

Habrà adquisición por accesión cuando alguna cosa accesoria esté unida o incorporada a una cosa principal; el pro-

pietario de la principal se hará propietario del conjunto, pues la cosa accesoria pierde su individualidad. Será cosa principal un inmueble con respecto a un mueble; entre muebles será principal el que después de la unión conserve su nombre e individualidad y accesorio el que está unido al otro para completarlo o adornarlo. La cosa principal debe constituir un todo homogéneo o un conjunto de partes adherentes entre ellas, como un edificio o un carro. Otra condición para que haya accesión es que la unión tenga lugar por voluntad de uno solo, o por efecto del azar, pues si hay acuerdo entre las partes entonces habrá tradición o entrega. ¿Pero, el dueño de la cosa accesoria sufrirá un perjuicio por la unión? No, si la separación puede hacerse, la hará ejecutar, en caso contrario deberá ser indemnizado. D.41.1.26

Entre los principales casos de adquisición podemos citar los siguientes:

a) Adjunción, cuando un objeto mueble se incorpora a otro mueble como accesorio; el propietario del principal lo será del todo. "Si alguno añade una cosa ajena a una propia de modo que pasa a formar parte de ella, como el que suelda a una estatua propia un brazo o un pie de otra ajena ... se convierte en dueño de la cosa entera.. ." "No se puede reivindicar una joya incrustada en oro ajeno, ni un adorno en un candelabro..."

D.6.1.23.2, D.10.4.6, 7.1 y 2

b) Escritura, pintura; en el primer caso el dueño del pergamino será propietario del todo, pues se considera a la escritura como cosa accesoria. "Las letras que se escriben en un papiro o pergamino acceden a éstos, aunque sean de oro." Por lo que hace a la pintura, se decidió que el dueño del lienzo sería el propietario del cuadro, aunque ya en tiempo de Gayo prevaleció la opinión contraria, esto es, que el cuadro pertenecería al pintor porque su valor artístico supera al valor de la tela.

D.41.1.9.1 y 2, D.6.1.23.2

c) En cuanto a la incorporación de una cosa mueble a una inmueble, la comprenderemos bien por la explicación de

las dos reglas siguientes: 1? Superficies *solo cedit*. 2* *Plantas qu& terra coalescunt solo cedunt*. La primera significa que todas las construcciones y trabajos hechos sobre algún terreno con materiales no pertenecientes al propietario del terreno, es éste el propietario, puesto que la tierra es la cosa principal, pero el propietario del terreno adquiere la construcción, no los materiales, de manera que si la construcción es demolida, los materiales recobran su individualidad y el antiguo propietario de ellos puede reivindicarlos. La segunda regla significa que los árboles y vegetales en general pertenecen al dueño del terreno, los granos en cuanto caen, los árboles cuando echan raíces, porque los vegetales se nutren exclusivamente de las sustancias de la tierra. D.41.1.7.10 y 13

d) Veamos ahora los casos de incorporación de una cosa inmueble a otra inmueble:

Del aluvión. El aluvión son los restos y partículas de lodo que el río va acumulando lentamente en las orillas; como nadie puede reclamar estas partículas, pertenecen al dueño del campo así aumentado. "Adquirimos por derecho de gentes lo que el río va agregando por aluvión a nuestro terreno; y se entiende que se agrega por aluvión lo que se agrega tan poco a poco que no podemos percibir cuánto se va agregando en cada momento."

D.41.1.7.1

Avulsio. Acontece lo contrario cuando la fuerza de la corriente arranca un pedazo de terreno y lo deposita en otra parte, su propietario puede reclamarlo, pues los romanos ven aquí una yuxtaposición y no una absorción de uno de los terrenos por el otro. El dueño del inmueble principal se hace propietario del pedazo de terreno depositado por las aguas cuando éste se asiente y los vegetales echen raíces.

D.41.1.7.2

De la isla. La isla que emerge en el mar, lo que sucede pocas veces, se hace de quien la ocupa. Cuando aparece en un río, la isla se puede formar porque el río merme su caudal o porque emerja de las aguas, en todo caso pertenece a los propietarios de los terrenos ribereños. Para apropiársela

se tira una línea imaginaria a lo largo de la mitad del cauce y después de los límites de cada propiedad se bajan las perpendiculares; pero si sólo está entre dos propiedades, bastará con la primera operación. D.41.1.7.3 y 29 y D.43.12.1.6

Un cauce invade nuevos terrenos. Es necesario distinguir si esta ocupación resulta de una simple inundación o de un cambio de lecho. En el primer caso, la invasión es temporal y las propiedades afectadas conservan su condición anterior en cuanto llega la normalidad. En el segundo, los terrenos nuevamente ocupados son perdidos por los dueños. En cuanto al cauce abandonado, se reparte entre los ribereños siguiendo el mismo procedimiento que para la isla. Por una consecuencia lógica de estas decisiones, si el curso de agua vuelve un día a su antiguo cauce, el nuevo lecho abandonado no volverá a los propietarios despojados, sino que se dividirá entre los nuevos ribereños.

D.41.1.7.4 y D.43.12.1.7

e) La especificación. La especificación consiste en transformar una cosa considerada como materia prima, en una cosa nueva —*nova species*—, es decir, diferente por su aspecto, por su destino y por su nombre; por ejemplo, de un bloque de mármol se esculpe una estatua, de unas uvas se hace vino. Si se supone que el especificador no es el propietario de la materia, ¿a quién pertenecerá la *nova species*? Los sabinianos atribuían en todos los casos la cosa nueva al propietario de la materia prima, considerando que ésta sobrevivía a su transformación y que sin ella la obra del especificador hubiera sido imposible. Los proculeyanos consideraban sobre todo la forma; para ellos la materia transformada ya no existe, es reemplazada por un objeto nuevo, del cual se hace propietario el especificador como primer ocupante, salvo indemnización para el dueño de la materia. Entre estas dos soluciones extremas, Paulo discurre un sistema ecléctico que fue consagrado por Justiniano: si el objeto fabricado puede volver a tomar su antigua forma, no cambiará de propietario, siguiendo la corriente de los sabinianos; si el objeto no puede volver a su antigua forma —uvas convertidas en vino—, 1^{ta} materia prima ha desaparecido y el especificador será el nuevo propietario, aquí se sigue la opinión proculeyana.

D.10.4.12.3 y D.41.1.7.7 y 24

1) Confusio y commixtio. Hay confusión cuando cuerpos líquidos o metales fundidos pertenecientes a propietarios distintos, se reúnen de manera que no pueden separarse. Cualquiera que sea la causa de la confusión el producto es común para los propietarios, a ellos compete la acción *communi dividundo* —para dividir lo común— para que el juez les haga las adjudicaciones. Hay mezcla cuando cuerpos sólidos pertenecientes a distintos propietarios se confunden en una masa común. Las cosas conservan físicamente una existencia distinta y cada propietario puede reivindicar sus bienes, podrá reivindicar individuos cuando se trate de rebños y cantidades en caso de granos.

D.41.1.27.2 y D.6.1.5.pr. y 1

Adquisición de frutos. Cuando se es propietario no hay problema sobre la adquisición de los frutos, pues en virtud de las ventajas que confiere el derecho de propiedad, al amo le pertenecerá la cosa y sus productos. La dificultad se presenta cuando no se es propietario, sino simple poseedor. Cuando el poseedor es de buena fe, los frutos le pertenecerán desde que son separados de la cosa, siempre y cuando aún perdure su buena fe. La adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe es la recompensa por los cuidados que ha tenido para con la cosa; pero el poseedor de mala fe, a pesar de los cuidados que haya tenido con el objeto, no por ello está menos obligado a hacer una restitución integral de los frutos al propietario, restitución que no hará el de buena fe por haber creído que la cosa le pertenecía y al verdadero propietario siempre tendrá que imputársele su negligencia y poco cuidado sobre sus pertenencias. Bajo Justiniano el poseedor no se beneficia de todos los frutos que perciba por su buena fe; está obligado a restituir los que aún no haya consumido cuando el propietario reivindique su cosa.

D.6.1.78 y 44

151. MODOS DERIVADOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. a)

LA «MANCIPIATIO» Y LA «IN IURE CESSIO»

La *mancipatio* no es más que una forma especial del *ne-xum*, solemnidad civil que implica la intervención del cobre y la balanza —&s et libram. Se aplica sólo para la transfe-

rencia de la propiedad de las cosas *mancipi*. aplicada a una *res nec Mancipi* no opera. La propiedad de la cosa *mancipi* se adquiere por la sola *mancipatio*, independientemente de la tradición de la cosa. Además de su aplicación para transferir la propiedad, se utilizaba para constituir las servidumbres rurales, para transferir las potestades *mancipium* y *maruís* y para tostar.

La *mancipatio* es una venta ficticia —*imaginaría* *qun.'dam venditio*— en la cual figuraban el enajenante, el adquirente, el porta balanza y cinco testigos, todos ciudadanos romanos púberos, se requería la presencia del objeto si era mueble, si era inmueble, un fragmento representativo. El adquirente ase la cosa y dice: *Hunc ego (hominem) ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc jere ; tneaque libra* —digo que éste (hombre) me pertenece por derecho quirritario y me ha sido vendido por el cobre y la balanza—, en seguida toca con el cobre la balanza y lo entrega al enajenante, el silencio de éste acompañado de la recepción del precio ficticio vale como adhesión a la afirmación del adquirente.

G.1.119 y ülp. 19.3

Tal era la *mancipatio* en la época clásica, pero muy probablemente en la antigüedad fue una venta real, pues la moneda consistía en barras toscas de cobre o de bronce que era necesario pesar en todos los casos.

In iure cessio. Este modo no es más que un proceso ficticio de reivindicación tal como se practicaba bajo el sistema de las *legis actiones* —acciones de la ley— y se hace necesariamente ante el magistrado, en un acto de jurisdicción voluntaria o graciosa. Se aplica para la translación de la propiedad de las cosas *mancipi* y *nec Mancipi* y también para manumitir vindicta, para emancipaciones y adopciones, para traspasar la tutela legítima de las mujeres, para la constitución de servidumbres de todo género.

Del mismo modo que en la acción reivindicatoria, se requiere la presencia de tres personas: el adquirente juega el papel de actor, el enajenante como demandado y el magistrado, llamado a conocer de este litigio ficticio. El adquirente poniendo la mano sobre la cosa afirma solemnemente su derecho de propiedad diciendo: *Hunc ego (hominem) ex iure quiritium meum esse aio* —digo que éste (hombre) es mío

según el derecho quirritario—, el enajenante no contra vindica y el magistrado por la *addictio* —adjudicación— sanciona la pretensión del adquirente, pasando a éste la propiedad *ipso iure* —por propio derecho.

G.2.24

Tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* pertenecen al *íms civile*. Como las palabras pronunciadas por el adquirente contienen la afirmación de un derecho cierto y actual, no admiten ninguna modalidad que retrase los efectos del acto celebrado; ambas formas requieren la presencia de las partes. La *mancipatio* está citada en las constituciones del siglo iv, pero desapareció con las cosas *mancipi*, bastando en adelante la *traditio* para transferir la propiedad. La *in iure cessio* se utilizaba aún en el siglo *til*, pero desapareció bajo Justiniano; se empleaba para la constitución de derechos reales a los cuales no era aplicable la *mancipatio*, como el usufructo, uso y las servidumbres, pero cuando se admitió que estos derechos podían ser establecidos por *quasi traditio*, la *in iure cessio* fue perdiendo importancia. La *mancipatio*, la *in iure cessio*, al igual que los otros modos de adquirir la propiedad establecidos por el derecho civil, requieren que se tenga el *commercium*.

Ulp.19.4

152. b) LA «TRADITIO»

La *traditio* o entrega es el más importante de los modos derivados de adquirir la propiedad y pertenece al derecho de gentes. Ulpiano define la *traditio* como *propria alienatio rerum nec Mancipi* —la enajenación adecuada de las cosas no man-cipables. Sobre una cosa *mancipi* la *traditio* es inoperante. En sentido amplio, la *traditio* es la remisión de una cosa a una persona —*accipiens*—, por otra persona —*tradens*. Vista así, no es ni un acto solemne, ni un acto jurídico, es sólo la entrega del *corpas* —del objeto—, hecho material sin ninguna significación; únicamente la intención de las partes le da en cada caso una fisonomía y eficacia jurídica diferentes. Así si se entrega el objeto sin el *animus* —sin la intención—, la *traditio* sólo entrega la detentación del bien y no transfiere ni la posesión ni la propiedad, es lo que se llama *nuda*

traditio —simple entrega—; pero si se renuncia al *animus*, la *traditio* tiene por efecto hacer adquirir al *accipiens* la *iusta possessio* —la posesión legal—. Pero la *traditio* puede aún transferir al mismo tiempo que la *iusta possessio* el mismo derecho de propiedad, cumpliendo ciertos requisitos. Para que esto sea así, se necesita: 1) Que el *tradens* —el que entrega— haga la remisión del *corpus* al *accipiens* —al que recibe. 2) Que las dos partes tengan la intención recíproca de enajenar y de adquirir. 3) La *iusta causa traditionis* —la causa legal de la entrega—, o sea el fin práctico que motiva la remisión del objeto. Ulp.19.7 y G.2.19

1) Que el *corpus* —objeto— deba ser entregado al que recibe, es obvio, pues esto es la esencia misma de la *traditio*. Esta entrega se hacía sin solemnidades, pues éstas eran propias de las formas de adquirir la propiedad establecidas por el derecho civil. Sin embargo, en un principio se exigía que la cosa fuera entregada materialmente —mano a mano— por el *tradens* —el que entrega—, al *accipiens* —el que recibe—, pero ya después no hubo esta exigencia: no fue necesaria la aprehensión material y actual del objeto, sino que bastó con la intención; después se fue más lejos, pues ya no exigió que se efectuaran actos materiales en la cosa para adquirirla "si el vendedor me señala desde mi torre el fundo que le he comprado, y declara transmitirme la libre posesión del mismo, empiezo a poseer lo mismo que si hubiera entrado allí con mi pie"; fue lo que se llamó *traditio longa manu*.

D.41.2.18.2

La *traditio brevi manu* se da cuando el arrendatario, depositario, prendario, comodatario, se encuentran detentando la cosa y con el consentimiento de la otra parte se convierten en propietarios: "A veces basta con la simple voluntad, sin necesidad de hacer la entrega, para transferir la propiedad de una cosa; por ejemplo, si te hubiera vendido una cosa que te había dejado en comodato, arrendamiento o depósito, pues aunque no te la haya entregado por tal causa —por venta—, sin embargo, la hago de tu propiedad por el hecho de tolerar que te quedas con ella a causa de compra." Así mismo, se pudo transferir la propiedad entregando las llaves del almacén al comprador para que disponga de las mercancías.

Para no extendernos más, citemos un último caso denominado *constitutum possessorium*, que se da cuando el que tiene la posesión o la propiedad de un objeto lo vende a un tercero, pero él se queda con la cosa conservándola como arrendatario, usufructuario o depositario. D.41.2.1.21, 18.2 y D.41.1.9.5 y 6

2) Pero la entrega del *corpus* no basta para transferir la propiedad, este hecho material debe ser complementado por un elemento intencional: el *tradens* debe tener la voluntad de enajenar y el *accipiens* la de adquirir, intención que se manifiesta con toda claridad en la *mancipatio* y en la *in iure cessio*, no así en la *traditio*, pues la remisión del *corpus* no es más que un hecho equívoco, susceptible de varias interpretaciones, pues no implica necesariamente la idea de una transferencia de propiedad, puede tratarse de transferir sólo la posesión o la simple detentación.

D.41.1.35

3) Aunque la intención no se manifieste en el acto, no por ello es menos necesaria. Dónde encontrarla, cómo probarla. Hay que dirigirse al negocio jurídico anterior a la tradición, de la cual ésta no es más que la ejecución, pues es claro que si el propietario enajena es que entre éste y el adquirente existe una relación de derecho preexistente que hace necesaria esta transferencia. Es esta relación la razón determinante, la *iusta causa*, como la llaman los textos: *numquam nuda traditio transferit dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa processerit propter quam traditio sequeretur* —jamás la nuda tradición transfiere la propiedad, a menos que haya precedido una venta o alguna otra causa justa por la cual haya seguido la entrega. Esta causa justa podrá ser una venta, un cambio, cualquier otro contrato que engendre obligación de transferir la propiedad.

D.41.1.31

La pura doctrina romana se cuida bien de no confundir la intención con la causa; obedeciendo aquí a una tendencia que le es natural, ella no considera más que al acto en sí y aislado de su causa. También admitió la transferencia aun en ausencia de una causa, bien que las partes hayan creído por error en su existencia, bien que no hayan estado de acuerdo

sobre la causa. La doctrina misma llega hasta aceptar la validez de una translación de propiedad fundada sobre una *causa non iusta*, aunque Ulpiano parece que se opuso; de lo cual resulta que la condición exigida para la validez de la *traditio* es el *animus* y no la *iusta causa*. "Cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega pero no en la causa de la tradición, no veo por qué no ha de valer la tradición; por ejemplo, si yo creo que debo entregarte un fundo a causa de un legado y tú crees que te lo debo por estipulación; porque también si yo doy una cantidad de dinero en donación y tú la recibes como prestada, consta que se te transfiere la propiedad y que no lo impide el que no estemos de acuerdo respecto a la causa de dar y la de recibir." D.41.1.36

El campo de la *iraditio* se amplió porque la *mancipatio* y la *in iure cessio* dejaron de utilizarse, por otra parte, la *Iraditio* de una cosa *mancipi* no confería más que un derecho real pretorio —*in bonis*— imperfecto, pero que día a día fue cobrando fuerza hasta equipararse con el dominio civil. Bajo Justiniano la fusión se consuma al abolir la distinción de las *res mancipi* y *nec mancipi*, quedando la *traditio* sola como modo de transferir la propiedad de las cosas corporales.

153. C) LA «ADJUDICATIO»

La *adiudicatio* es una atribución de propiedad hecha por el juez en virtud de un poder especial que le pertenece solamente en las acciones de partición y deslinde. La acción en partición supone que al menos dos personas se encuentran en estado de copropiedad o indivisión y del cual una o más de ellas quieren salir. Esta acción se presenta bajo dos formas: *familia' erciscundie*, cuando los copropietarios son al mismo tiempo coherederos, y *communi dividundo*, para la partición de cosas indivisas entre copropietarios. En estas dos acciones la finalidad es hacer cesar el estado de indivisión y para ello el juez adjudica las partes.

La acción en deslinde —*finium regundorum*— se da para reglar los límites de las propiedades contiguas, cuando uno de los propietarios quiere separarlas materialmente por haberse perdido o movido las mojoneras.

G.4.42 y Ulp.19.16

154. D) LA «USUCAPIÓ» Y LA «LONGI TEMPORIS PROSCRIPTO»

La *usucapio* es una forma de adquirir la propiedad por la posesión continuada; no opera inmediatamente como las otras formas, sino que resulta a la larga y mediante ciertas condiciones. *Usucapio est dominii adeptio per continuatio-nem possessionis anni vel bienni* —la prescripción es la consecución de la propiedad por una posesión continua de un año o dos—, o como la definía Modestino: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem temporis lege definit* —la *usucapio* es la adquisición de la propiedad al término exigido por la ley.

Ulp.19.8 y D.41.3.3

La *usucapio* cumple una doble función: convierte la propiedad bonitaria en quiritaria, borrando el vicio de su transferencia, la falta proveniente de no haber empleado la forma exigida por el derecho civil. Convierte además la simple posesión de buena fe en propiedad quiritaria, como cuando se recibe una cosa de quien no es propietario de ella, pero que creemos que lo es. Por otra parte, la *usucapio* facilita la prueba de la propiedad, bastando con demostrar que hemos poseído por un año o dos —según se trate de muebles o de inmuebles—, sin necesidad de acudir a la persona que nos entregó el objeto, y ésta a la anterior y así sucesivamente para probar la propiedad —prueba diabólica.

G.2.41.32 y 44

Condiciones. Para que adquiramos la propiedad, la posesión debe descansar sobre una *causa iusta*, debe ser de buena fe y continuada.

1. *Iusta causa.* La *iusta causa usucapiendi* consiste en un hecho jurídico anterior a la tradición o al menos independiente de ella, en un hecho que por sí mismo denote la doble intención de enajenar y de adquirir, que por consiguiente motive y explique la *traditio*. Causas justas serían *pro emptore*, *pro dote*, *pro donato*, *pro legato*, esto es, cuando recibo el objeto por compraventa, por constitución de dote, por donación, por legado, etc. ¿Pero qué decidir en el caso en que el poseedor crea en la existencia de una causa

justa, que en realidad falta? Esta cuestión dividió a los juriconsultos, unos niegan que el poseedor pueda usucapir, otros lo afirman.

1.2.6, D.41.4.2, D.41.9.1, D.41.6.1 y D.41.8.1

2. *Buena fe.* La buena fe no es otra cosa que un error de hecho consistente en creer al *tradens* propietario de la cosa, o al menos investido del poder de enajenar. La buena fe no es exigida desde el momento del acto jurídico que constituye la iusta causa, sino solamente en el momento de la entrada en posesión. La persistencia de la buena fe durante todo el tiempo de la posesión no era necesaria para usucapir, porque la posesión exigida forma un todo único y es apreciada en su principio, sin embargo, cuando la adquisición era a título gratuito Juliano y Ulpiano se mostraban más severos exigiendo la persistencia de la buena fe durante todo el tiempo.

G.2.43, 1.2.6, D.50.16.109, D.41.3.43.1 y D.41.5.3

3. *Continuación de la posesión.* Es necesario que la persona que quiera usucapir posea ella misma *animo ei corpore*, pero también puede hacerlo poseyendo *animo suo corpore autem alieno*, esto es, tenemos nosotros el *animus* y la detentación del objeto la puede tener un tercero. Según el antiguo derecho civil bastaba un año de posesión para usucapir los muebles y dos años para los inmuebles, debiendo ser continuada la posesión, el derecho clásico no admite su interrupción, bajo pena de principiari una nueva; pero nada impide que continuemos la posesión de un tercero —*accessio possessionum* o *accessio temporis*. G.4.151 y **D.44.3.15.1**

Suponiendo reunidos los tres requisitos y que se trate de una cosa *in commercio*, la prescripción se cumple en beneficio del poseedor, alcanzando la propiedad civil. Sin embargo, había unas prohibiciones que impedían usucapir determinados bienes: a) las *res mancipi* pertenecientes a una mujer en tutela, a menos que la entrega fuera con la *aucto-ritas* del tutor; b) los bienes del fisco; c) los predios rústicos o suburbanos pertenecientes a un pupilo o a una persona en curatela; d) los muebles robados según disposición de las Doce Tablas, renovada por la ley Atinia de 218 a. C,

e) los inmuebles ocupados por la violencia, según la ley Plautia de 89 a. C, y la ley Iulia de vi. G.2.45 y 49, D.41.3.33.2, 1.2.6.2

Hay dos casos particulares donde a pesar de no reunirse los tres elementos para usucapir se usucapía. Éstos eran la *usucapió lucrativa pro herede* y la *usureceptio*. La primera era permitida para forzar al heredero a hacer adición de la herencia. La segunda es una usucapión en virtud de la cual un antiguo propietario podía recobrar por la posesión una cosa que había dejado de pertenecerle.

G.2.52 y 59

Efectos de la usucapió. Cumplida la prescripción, el antiguo propietario pierde *ipso iure* su derecho de propiedad junto con la acción reivindicatoria; se hace propietario *quiri-tario* el que antes sólo poseía, borrándose el vicio de la enajenación, pero adquiere la cosa tal como estaba en el patrimonio del antiguo propietario, con las ventajas que le estaban unidas y también con sus cargas, hipotecas, servidumbres. La usucapión consolida el justo título que sirvió de base a la posesión, de suerte que el adquirente es considerado como trayendo causa de aquel que le ha entregado la cosa; por consiguiente, queda sometido a las obligaciones de un comprador si poseía *pro emptore*, de un donatario si poseía *pro donato*, etcétera. G.2.41

La longi temporis pnescriptio. (l.t.p.) —prescripción de plazo largo. La usucapió —la prescripción— era insuficiente desde un doble punto de vista: 1º Como pertenecía al *tus ci-vile* no beneficiaba al peregrino que no tenía el *commercium*. 2º Era inaplicable a los fundos provinciales no investidos del *tus italicum* y por consiguiente los mismos ciudadanos romanos quedaban bajo una amenaza permanente de evicción cuando habían adquirido uno de estos fundos a *non proprie-tario*. Estas lagunas naturales —si tenemos presente que en los principios no había ni peregrinos ni territorios provinciales— fueron llenadas por la *longi temporis pnescriptio*, institución pretoria que a semejanza de la usucapió, pero de una manera más amplia, se propone como finalidad la protección del poseedor de buena fe. Conforme al espíritu ordi-

nario de las creaciones del pretor, esta institución no suprime ni restringe la utilidad de la *usucapió*. G.2.65 y 46

La l.t. p. beneficia a todos los poseedores, romanos o peregrinos, con respecto a los fundos provinciales y al poseedor peregrino con respecto a los muebles adquiridos a *non domino* y a los inmuebles itálicos adquiridos a *domino* o a *non domino*. Está sometida a los mismos requisitos que la prescripción, pero tiene reglas propias en lo que se refiere a su duración y a su efecto. Su duración está fijada, sin ninguna distinción entre muebles e inmuebles, a diez años cuando el propietario vive en la misma provincia —*prsesens*— que el poseedor, y a veinte años cuando el propietario vive en otra provincia —*absens*. En cuanto a su efecto, no transforma la posesión en una verdadera propiedad civil, sino que la garantiza o protege contra la acción del propietario; en otros términos, la l.t.p. en lugar de ser un modo de adquirir, es un modo de defensa. De ahí estas consecuencias: a) teniendo el demandado la acción *in rem*, debía insertar la *prsescriptio* en la fórmula, pues si no lo hacía perdía el beneficio, b) Si el poseedor, después de haber prescrito, llegara a perder la posesión de la cosa, no tiene la *reivindicatio*, puesto que no tiene la propiedad, pero el pretor le da una *reivindicatio* útil, de suerte que en adelante esta institución pudo ser considerada como un modo pretorio de adquirir la propiedad, c) Si el propietario intenta su acción, más aún si la *litis contestatio* tiene lugar durante los diez o veinte años, cesa la prescripción, pues es una regla general que ningún medio de defensa triunfe si no está adquirido en el momento de la demanda. D.44.3.3 y 9

155. SU FUSIÓN EN EL DERECHO DE JUSTINIANO

Con la concesión del derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio y con la desaparición de la distinción entre fundos itálicos y provinciales y cosas *mancipi* y *nec mancipi*, la l.t.p. dejó de ser útil, por lo que Justiniano la fundió con la *usucapió*, pudiendo resumirse así esta fusión: 1) La *usucapió* requiere, como antes, la buena fe al prin-

cipio y la *iusta causa*. 2) Se aplica a toda suerte de cosas muebles e inmuebles. 3) Se cumple en cuanto a los muebles a los tres años; por lo que hace a los inmuebles, por los plazos pretorios de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. 4) La *usucapió* es translativa de propiedad, por lo que da un medio de defensa cuando se es demandado, bien una acción en reivindicación cuando somos desposeídos. 5) La *litis contentatio* no la interrumpe. C.7.30.3, 1.2.6, C.7.31.1 y 3, C.7.33.12

Aparte de lo anterior, conviene señalar otras innovaciones de Justiniano: a) los menores de veinticinco años no podían perder ningún derecho por una prescripción menor de treinta años, de donde sus bienes no podían ser usucapidos, con lo que consigue lo que los antiguos alcanzaron con la *in inie-grum restitutio*. b) Cuando un ausente, un *infans* o un loco sin curador son poseedores, Justiniano permitió al propietario o a los acreedores hipotecarios interrumpir la prescripción por una reclamación —*libellus*— dirigida al pretor o al magistrado competente en la provincia y en ausencia de éstos dirigiendo una protesta, al domicilio del poseedor, firmada por los *tabularii* o por tres testigos, c) Decidió que la venta hecha por un poseedor de mala fe y contra la voluntad del propietario, no colocaría al adquirente *in causa usucapiendi* y que el vicio de la adquisición se borraría sólo por la prescripción de treinta años. Por decisión de Teodosio II el poseedor de mala fe deja de estar expuesto a los treinta años a la reivindicación del propietario, pero no adquiere la propiedad.

C.2.40.(41).5, C.7.40.2, Nov.119.7, C.7.39.3

156. LA «LEX»

En realidad, toda adquisición de la propiedad se hace en virtud de la ley, pues de ella toman su sanción los distintos modos de adquisición, pero los romanos decían que se adquiriría *lege* en todos los casos donde la causa de la adquisición no estaba clasificada como modo de adquirir distinto y donde, por tanto, la adquisición está expresamente reconocida, bien por una ley verdadera, bien por un acto legislativo equivalente.

Como ejemplos de adquisición *tege*, Ulpiano cita el legado *per vindicationem* consagrado por las Doce Tablas; las partes caducas o liberalidades testamentarias de las cuales declara decaídos a ciertos herederos y legatarios y las atribuye la ley Papia Poppasa de pleno derecho a ciertas personas; finalmente, la adquisición de la mitad del tesoro que hacía el propietario del predio donde éste era encontrado, por disposición de Hadriano.

Ulp. 19.17

LECCIÓN XXIV

POSESIÓN

157. La posesión. Concepto y elementos. 158. Posesión y propiedad. 159. Clases de posesión 160. Consecuencias jurídicas de la posesión. 161. Protección jurídica de la posesión. 162. Adquisición de la posesión. 163. Pérdida de la posesión. 164. La *quasipossessio*.

157. LA POSESIÓN. CONCEPTO Y ELEMENTOS

La ocupación, la tradición y la *usucapió* —prescripción— son modos de adquisición del derecho de propiedad que tienen como base fundamental a la posesión, de donde el estudio de ésta es una introducción necesaria al estudio de la propiedad.

La palabra posesión, como dice Labeo, viene de sede, como si se dijera posición, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella; Paulo también la hace derivar de sedes. Posiblemente, posesión provenga de *posse* —poder—, lo que significaría poder asentarse, asentamiento, señorío, poder de hecho sobre una cosa con intención de tenerla para sí.

Sea como fuere, la posesión revela la idea de una persona colocada en contacto material con una cosa, expresa el hecho de tenerla físicamente a su disposición —*corpus*. Si a este hecho se suma la voluntad de tenerla como suya —*animus*—, se dirá que el detentador posee. El *corpus* es el elemento material de la posesión, que consiste en la relación de hecho existente entre el poseedor y el objeto o cosa. El *animus* es el elemento intencional o volitivo, por el que el poseedor se comporta como propietario, o sea, que ejerce actos de disposición sobre el objeto: lo presta, lo modifica lo enajena.

Considerada así la posesión viene a ser el ejercicio del derecho de propiedad, aunque no prueba este derecho, ni lo implica necesariamente, pero es su signo probable y hace presumirla, pues comúnmente cada quien posee lo que le pertenece, pero "puede suceder que el que es poseedor no

sea propietario, y que otro sea propietario sin ser poseedor, y puede ocurrir también que el poseedor sea al mismo tiempo propietario." La propiedad puede darse sin la posesión y ésta sin aquélla; así, cuando me roban una cosa, me quitan su posesión, pero no la propiedad sobre ella, el ladrón la posee porque la detenta, pero no es su propietario, aunque se conduzca hacia la cosa como lo haría su dueño. Por eso Ulpiano dice que la propiedad no tiene nada de común con la posesión —*nihil commune habet proprietatis cum possessione*— y en el mismo sentido dice Venuleius: *proprietatis et possessio misceri non debent* —la propiedad y la posesión no deben confundirse.

D.41.2.1, D.43.17.1.2, D.41.2.12.1 y 52

Podemos dar este concepto de posesión: es el hecho de tener en nuestro poder una cosa reteniéndola materialmente con la voluntad de tenerla y disponer de ella como lo haría un propietario. Siguiendo el curso de las ideas expuestas, es claro que aquel que tiene el *animus*, el deseo de comportarse como propietario, o elemento intencional sin el *corpus* —la tenencia material de la cosa— y aquel que tiene el *corpus* sin el *animus*, no poseen ni el uno ni el otro; pero aquel que reúne el *corpus* y el *animus* será un verdadero poseedor, aun cuando ocasionalmente el *corpus* o elemento material lo tenga un tercero. D.41.2.3.1

El *corpus* sin el *animus* se encuentra principalmente en las personas *alieni iuris* que, incapaces de ser propietarias, no tienen nunca o no pueden tener con eficacia el *animus possidendi*; también esta situación se encuentra en aquellas personas que no pueden tener intención de comportarse como amo con respecto a la cosa, porque el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento a la propiedad de un tercero, tales son el depositario, el comodatario, el locatario, el usufructuario.

D.41.2.1.3.

158. POSESIÓN Y PROPIEDAD

Como hemos indicado al hablar del concepto de posesión, no deben confundirse la posesión y la propiedad; los romanos

las distinguieron bien. En la más pura doctrina, poseer es estar en contacto con una cosa material, tenerla a su disposición, ejercer sobre ella actos de dueño. Pero esta manifestación exterior del derecho de propiedad no es el derecho de propiedad mismo; propiedad y posesión son dos cosas diferentes —*possessio est ut definit Gállus Aelius, usus quidem agri aut sedificii non ipse fundus aut ager*—, la posesión es, según la define Gayo Elio, el uso de algún campo o edificio, no el fundo mismo o el edificio, pues no está la posesión entre las cosas que pueden tocarse.

Si posesión y propiedad estuvieran siempre reunidas en las mismas manos, la distinción no sería necesaria; con frecuencia están separadas en dos personas diferentes, estando la cosa en manos de quien no es el propietario aunque ejerza sobre la cosa actos de dueño, tal es el caso del ladrón, del tercero al cual el ladrón transmitió la cosa y de todos aquellos que la obtengan del tercero, pero esta es una hipótesis anormal; el caso más frecuente es aquel donde la misma persona es a la vez propietaria y poseedora, pues es natural que un propietario que haya conservado su cosa, no haya perdido la posesión, su posesión; de donde es lícito concluir que si alguno es poseedor, es probable que al mismo tiempo sea propietario.

La posesión es una presunción en favor de la propiedad, el hecho de la posesión autoriza a presumir el derecho de propiedad. Es precisamente esta observación, esto es, que las calidades de poseedor y de propietario están normalmente reunidas en la misma persona lo que explica por qué, en un gran número de casos, la adquisición previa de la posesión es la condición de adquisición de la propiedad. Se ha admitido que cualquiera que quiera ser propietario debe colocarse de hecho en la situación normal de propietario: él debe ponerse en contacto con la cosa, tomarla en posesión. Esto está de acuerdo con la tendencia realista del espíritu romano, que no puede concebir un derecho sin la posibilidad de ejercerlo, derecho que no será sino un título vano, sin eficacia práctica.

159. CLASES DE POSESIÓN

En los textos aparecen distintas clases de posesión, por lo que interesa mencionarlas, pues no todas ellas gozaban del

amparo procesal, hay: a) Una *possessio naturalis*, llamada también *possessio corpore, detinere, tenere*, que es una simple tenencia del objeto y que no tenía protección judicial; se da cuando el detentador sólo tiene el *corpus*, como en el caso del depositario, del arrendatario, del comodatario y del usufructuario. La simple detentación o posesión corporal jamás es protegida por sí misma; aquel que detenta simplemente la cosa no puede recurrir a los interdictos para protegerse contra la turbación de la posesión o para hacerse reintegrar la cosa. ¿Debemos concluir de esto que la simple detentación permanece sin consecuencias? No, y en efecto, por aplicación de la regla *in pari causa melior est causa possidentis* —en paridad de condición, es mejor la del que posee—, el detentador está autorizado a conservar la cosa en tanto que alguno no justifique tener derecho a ella, b) Una segunda clase, llamada *possessio*, que como era protegida por los interdictos también se llamaba *possessio ad interdicta*, y es una situación de poder que se ejerce sobre el objeto, como en el caso del acreedor prendario y del poseedor de los fundos provinciales. c) Finalmente, viene la *possessio civilis*, que es una situación de dominio de hecho sobre el objeto, que por la usucapió puede transformar a su tenedor en propietario. De lo anterior podemos concluir que los romanos distinguieron claramente la nuda detentación o posesión corporal o natural, simple hecho no protegido por la ley, y la posesión *animo possi-dendi* —con deseo de poseer— o posesión propiamente dicha, protegida por los interdictos en todo caso; por otra parte, también distinguieron entre los poseedores que han adquirido la propiedad o pueden llegar a tenerla y aquellos que no podrán ser más que simples poseedores. D.41.2.3.20, D.43.17.3.8, D.41.2.24, D.45.1.38.7

También se distingue entre posesión de buena fe y posesión de mala fe. En la primera, el poseedor tiene el *corpus* y se cree propietario del objeto, por la *usucapió* —prescripción— puede llegar a adquirir la propiedad, de ahí que también se llame a esta clase de posesión *possessio ad usucapionem* —posesión para la prescripción—; a virtud de su buena fe el poseedor hace suyos los frutos y puede recuperar los gastos que haya hecho en la cosa, goza de la protección interdictal. La posesión de mala fe no hacía propietario por la *usucapió* al poseedor, debía éste devolver los frutos, pero

podía retirar del objeto las mejoras siempre que no lo deterioraran. La única ventaja que confiere la posesión de mala fe son los interdictos y el poseedor tiene, en caso de litigio, el cómodo papel de demandado. D.41.2.3.22

Cosas susceptibles de ser poseídas. Sólo pueden ser poseídas las cosas que son susceptibles de propiedad privada, pues los juristas primitivos consideraron con razón que las *res extra commercium* —cosas fuera del comercio— no podían serlo por estar fuera del patrimonio de los particulares y podían ser poseídas tanto las cosas corporales como las incorporeales; sin embargo, en el año 35 a. C, la ley Scribonia prohibió la posesión de cosas incorporeales, limitándola a las corporales, poco más tarde el pretor remedia esta equivocación estableciendo la *quasi-possessio* para las cosas incorporeales.

160. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA POSESIÓN

Ya hemos señalado arriba los efectos jurídicos de la posesión, por lo que aquí sólo los resumiremos brevemente. El poseedor está protegido en su posesión con los interdictos. Si la posesión es de buena fe, el poseedor hace suyos los frutos. La *possessio ad usucapionem* hace que el poseedor mediante la prescripción adquiera la propiedad. El poseedor, por el hecho de serlo, conserva el objeto mientras se aclara la cuestión de su propiedad.

161. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA POSESIÓN

Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (uti possidetis) nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam Ule qui non possidet —sea justa o injusta ante los demás la posesión, nada importa en este interdicto (uti possidetis): cualquiera que sea poseedor, por esto mismo que es poseedor tiene más derecho que aquel que no posee. Acompañe o no acompañe la propiedad a la posesión, el pretor la protege con la ayuda de diversos procedimientos llamados interdictos, así

se protege a la posesión por sí misma y en este sentido la posesión constituye un verdadero derecho —*res iuris*—. No se intenta ciertamente asegurar al poseedor la conservación perpetua de una cosa de la cual no llegará tal vez a ser propietario, pero cuando él es turbado o desposeído, hará cesar este estado violento, obteniendo la restitución de la cosa sin haber aún justificado su derecho de propiedad. Así amparado o reintegrado encuentra en su situación de poseedor una gran ventaja en contra de su adversario que debe intentar una acción reivindicatoria y probar el derecho que le asista; el poseedor, por el contrario, se encuentra en el fácil papel de demandado y no tendrá más que desvirtuar las pruebas ofrecidas en apoyo de la demanda reivindicatoria. D.43.17.2

El efecto de la posesión es dar al poseedor la protección de los interdictos posesorios, lo que la diferencia de la detentación. Los interdictos posesorios son, bajo el procedimiento formulario, órdenes condicionales dadas por el pretor sin verificación de los hechos y después de las cuales se examina en un litigio el asunto para saber si se encuentra uno o no se encuentra en el caso previsto por ellas.

En materia posesoria existen dos clases de interdictos: los interdictos *retinencia* possessionis*, encaminados a retener la posesión que ha sido turbada, y los interdictos *recuperandse possessionis*, destinados a recobrar la posesión que se ha perdido. Los interdictos *retinencia* possessionis* son, para los bienes muebles, el interdicto *utrubi* —en cuál de las dos partes—, para los inmuebles el *uti possidetis* —tal como poseáis— y fueron introducidos con el fin de establecer la posesión litigiosa entre dos personas. Los interdictos *recuperandse possessionis* —para recuperar la posesión— mencionados de manera fehaciente en los textos de la época de Cicerón, son en número discutido, comprenden el interdicto *unde vi* —de violencia—, el interdicto de *precario* y el de *clandestina possessione* —de lo que se hace con violencia o clandestinamente. El interdicto *unde vi* —de violencia— sólo se aplicaba a los inmuebles, el de *precario* tiende a la recuperación del objeto y a la reparación del perjuicio causado por el dolo del precarista. El interdicto de *clandestina possessione* tiende a lograr la recuperación del fundo ocupado clandestinamente.

Esta materia de los interdictos se encuentra en el libro 34 del *Digesto*, títulos 31, 17, 16, 26 y 24, respectivamente.

Así pues, cuando la posesión se ve amenazada, debe impetrarse la protección de los interdictos, pues nadie puede hacerse justicia por su propia mano; sin embargo, una constitución del año 290 de los emperadores Diocleciano y Maxi-miano, autoriza en casos graves a que el poseedor defienda su posesión obtenida sin vicios, aun con el empleo de la fuerza si fuere necesario —*recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpata? tutela? moderatione, illata vim propulsare licet.*

D.43.16.1.27 y 3.9

162. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Et apiscimur possessionem corpore et animo, ñeque per se animo aut per se corpore —y conseguimos la posesión por el *corpas* y el *animus*, no por el solo *animus* o el solo *corpus*. La posesión se adquiere siempre que se reúnen el *animus* y el *corpus*, que son sus elementos. En cuanto al *animus*, lo que se requiere no es precisamente que persista, sino que no se abduque, de ahí la consecuencia de que el loco y el infante conservan sin dificultad la posesión que serían incapaces de adquirir por sí mismos; conservan la posesión sin tener conciencia porque el *animus possidendi* —el deseo de poseer— no puede ser reemplazado por ellos en un *animus* contrario. En cuanto al *corpus*, es necesario que se tenga la cosa físicamente, pero esta tenencia no es indispensable que la tenga la misma persona que tiene el *animus*, puede tener el *corpus* un tercero, aunque lo común es que quien tiene el *animus* también tendrá el *corpus*. Además, no es necesario tomar la posesión materialmente y con las manos, sino que puede hacerse con la vista y la intención, como lo prueba la entrega de aquellas cosas que no pueden moverse por su gran peso, como las columnas, y que se tienen por entregadas por el acuerdo de las partes en presencia de las mismas, y el vino se tiene por entregado cuando se han facilitado al comprador las llaves de la bodega para que disponga de él.

D.41.2.3.1 y 21

Lo común es que la posesión sea adquirida por nosotros mismos, pero también puede adquirirse por medio del tutor

o del curador. Por medio de las personas que están bajo potestad también puede adquirirse, más tarde por causa de utilidad se aceptó que pudiera adquirirse la posesión por mediación de un procurador.

D.41.2.1.20 y 5

163. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

La posesión se pierde cuando se deja de tener el *animus possidendi*, cuando se pierde el *corpus* y cuando se pierden a la vez ambos elementos. Hay desaparición del *animus* sólo en el caso de que el poseedor, sin desasirse materialmente de la cosa, renuncia a comportarse como amo. "Para perder la posesión debe atenderse a la intención del poseedor. Así, pues, si tú te encuentras en un fundo, pero ya no quieres poseerlo, pierdes sin más la posesión. Por lo tanto, puede perderse la posesión sólo con la intención." Se pierde la posesión *corpore*:

Cuando por caso fortuito, sin que se destruya la cosa, se me quita su disposición, como cuando cae en el arroyo.

Cuando huye un animal mío. 3) Cuando un tercero toma la cosa *animo domini* sin el consentimiento del poseedor actual, pero aquí la posesión no se considera perdida más que en tanto no puede ser recobrada por los interdictos. "Se entiende que dejamos de poseer lo que se nos haya sustraído, lo mismo que lo que se nos ha robado." La posesión se pierde *animo et corpore*: 1) Cuando la cosa se destruye, aquí el *animus* carecerá de sentido y el *corpus* deviene imposible. 2) Cuando el poseedor es hecho prisionero y muere en el cautiverio. 3) Cuando la cosa ha sido objeto de una *derelictio* o abandono voluntario. 4) Cuando el poseedor, queriendo vender, entrega la cosa a un tercero, quien por su parte desea adquirirla.

D.41.2.3.6 y 15

El pupilo puede perder la posesión sin intervenir la autoridad del tutor, perdiendo la posesión materialmente, y no por la intención, pues puede perder lo que es de hecho. Distinto es el caso de que quiera perder la intención de poseer, pues esto no puede hacerlo.

D.41.2.29

164. LA «QUASIPOSSESSIO»

Los romanos pensaron que no había posesión sin *corpus*, sin el elemento físico, corporal y de ahí dedujeron que sólo las cosas corporales serían susceptibles de posesión. Fueron burlados por la división de las cosas en corporales e incorpóreas que lleva a calificar como cosa corporal al derecho de propiedad, al confundirla con su objeto. Llamando *corpus* al elemento físico que exige la posesión, les pareció evidente que este elemento no podría actualizarse con respecto a las cosas que no tuvieran cuerpo. No apreciaron que si, por ejemplo, el derecho de servidumbre es incorpóreo, el derecho de propiedad lo es también. Posteriormente, ante las necesidades prácticas, tuvieron que admitir que al lado de la *possessio* existía una *quasi-possessio* y que ciertos derechos podían adquirirse definitivamente por su ejercicio, del mismo modo que poseyendo una cosa se terminaría por ser su propietario.

LECCIÓN XXV DERECHOS

REALES SOBRE COSAS AJENAS

Iura in re aliena. Esquema general. Concepto.

Caracteres y principios generales de las servidumbres.

167. Las servidumbres reales o prediales. Caracteres, su división. 168. Constitución de las servidumbres. 169.

Extinción de las servidumbres. 170. Defensa procesal de las servidumbres reales.

165. «IURA IN RE ALIENA». ESQUEMA GENERAL. CONCEPTO

Podemos dividir a los *iura in re aliena* —derechos sobre la cosa ajena— en derechos reales de disfrute y derechos reales de garantía; entre los primeros tenemos las servidumbres reales o prediales, las servidumbres personales, la enfiteusis y la superficie; entre los segundos se encuentran la prenda y la hipoteca, que se caracterizan por ser derechos accesorios, no susceptibles de ejercerse en varias ocasiones como los primeros.

D.8.1.1

La servidumbre es una restricción a la propiedad por una parte y por la otra es un derecho sobre la cosa ajena. Bajo la denominación de servidumbre los romanos reunieron dos clases de desmembramientos de la propiedad: unas, llamadas servidumbres reales o prediales, que consisten en la atribución a un fundo determinado de una parte de las ventajas comprendidas en la propiedad de otro fundo; es claro que en estas servidumbres siempre es una persona, la propietaria del fundo dominante, quien retira todas las ventajas que puede procurarle su derecho de servidumbre, sin que esta circunstancia modifique su carácter, que no por esto deviene personal, pues no aprovecha al propietario del fundo dominante más que por mediación del fundo, sin el cual no la disfrutaría. La persona del titular actual de la servidum-

bre es indiferente, el derecho en realidad pertenece al fundo mismo, cualquiera que sea el propietario; es por esto que las servidumbres de este género han sido llamadas *servitutes privdiorum* —servidumbres prediales— para señalar que son inherentes al fundo e independientes de las personas que las ejerzan. Las otras, llamadas servidumbres personales, consisten en la atribución a una persona determinada de una parte de las ventajas comprendidas en la propiedad de un mueble o de un inmueble; están establecidas sobre una cosa, pero en beneficio y consideración de una persona determinada, quien la aprovecha con exclusión de las demás, es por lo que estas servidumbres se denominan *servitutes personarum* —servidumbres personales. D.8.1.1 e 1.2.3.3

166. CARACTERES Y PRINCIPIOS GENERALES DE LAS SERVIDUMBRES

Ampliando lo expuesto podemos obtener las siguientes proposiciones:

1) Toda servidumbre disminuye el derecho naturalmente absoluto del propietario de la cosa sirviente. De aquí dos consecuencias: a) ninguno puede tener servidumbre sobre su propia cosa —*nemo ipse sibi servitutem debet*—; b) la servidumbre no se presume, el que la reclama debe probarla —... *sed si te servitutem habuisse non probetur*...

D.8.4.10, C.3.34.9

2) La servidumbre no puede consistir en una simple disminución de los derechos de un propietario, debe aprovechar a un tercero. Cuando las servidumbres de un propietario, debe aprovechar a un tercero. Cuando las servidumbres no son útiles ni para las personas ni para los predios, porque los vecinos no tienen ningún interés en ellas, carecen de valor.

D.8.1.15

3) La servidumbre no podrá conferir ninguna ventaja que no esté naturalmente comprendida en el derecho de propiedad. De donde consiste para el propietario de la cosa sirviente en dejar hacer o en no hacer, pero nunca consistirá

en hacer, porque la naturaleza del derecho de propiedad es de no imponer a ninguno una obligación activa. "No es propio de las servidumbres que alguien haga alguna cosa... sino que alguno tolere o no haga algo". D.8.1.15.1

4) Una vez establecida, la servidumbre constituye una relación definida e invariable entre la cosa sirviente y el fundo o la persona a quien le pertenece. Estando dados los dos términos, la relación que los une puede subsistir tanto tiempo como ellos; pero si uno de los términos desaparece o cambia, la relación terminará. De aquí estas consecuencias: a) las servidumbres prediales son perpetuas, por ser indefinida la duración de los inmuebles; en cambio, las personales son temporales, limitadas a la vida de su titular; ni la venta del fundo sirviente ni del dominante —aquel que se beneficia con la servidumbre— impiden la conservación de la servidumbre, porque los dos términos de la relación permanecen; cuando un fundo sirve a otro fundo, las servidumbres que entre ellos existen se mantienen aun cuando cualquiera de los fondos se venda; lo mismo ocurre cuando un edificio sirve a un fundo o un fundo a un edificio; las servidumbres no pueden cederse, el titular de una servidumbre personal no puede darla a un tercero, y el titular de una servidumbre predial no puede pasarla a otro predio; de donde resulta que no hay posibilidad de establecer una servidumbre sobre otra servidumbre —*servitus ser-viūtis esse non potest*.

D.8.3.23.2, D.8.4.12, D.33.2.1

167. LAS SERVIDUMBRES REALES O PEDIALES. CARACTERES, su DIVISIÓN

Ya hemos visto que la servidumbre predial consiste, suponiendo dos predios pertenecientes a distintos dueños, en una ventaja que uno obtiene del otro, o, también, en una carga que uno soporta en favor del otro. De esto podemos deducir que:

1) Una servidumbre predial no puede tener por objeto restringir los derechos de un propietario sin beneficio para

el otro fundo; debe procurar utilidad al fundo dominante, no hay servidumbre cuando se autoriza al propietario de un inmueble a pasear, cazar o a recoger los frutos del fundo vecino, porque esto no beneficia a su fundo. D.8.1.8

2) De lo mismo que la servidumbre predial no existe más que en beneficio de un fundo, de ahí también que su extensión esté determinada por las necesidades del fundo dominante. Si es una servidumbre de sacar arena, se sacará la necesaria para los trabajos que se hagan en el fundo, pero no se podrá sacar para venderla.

D.8.3.5.1

3) Una vez constituida la servidumbre predial, nada se opone a que tenga una duración igual a la de los inmuebles, de donde es naturalmente perpetua. El derecho civil consideró esta perpetuadad como esencial a la servidumbre, teniendo por no puesta toda cláusula que limitara su duración; el derecho pretorio corrigió esta exageración permitiendo la constitución temporal de las servidumbres. "Todas las servidumbres de los predios deben tener causas perpetuas, y por esto no puede concederse una servidumbre de acueducto que parta de un lago o de un estanque." La servidumbre, pues, supone una causa perpetua, exige en el fundo sirviente una cualidad natural y permanente que permita su ejercicio indefinidamente.

D.8.2.28

4) Las servidumbres reales o prediales son indivisibles, la partición de alguno de los fondos no modifica a la servidumbre. Una vez establecida, la servidumbre no se presta a extinción parcial que la dejara subsistir solamente en beneficio o carga de una parte indivisa; debe permanecer intacta. La indivisibilidad de la servidumbre no se opone a que se reglamente su uso: sobre qué parte del fundo sirviente se ejercerá, qué días, a qué horas.

D.8.3.23.3, D.8.1.4.1

Las servidumbres reales o prediales se dividen en servidumbres rurales y urbanas, siendo la naturaleza del fundo dominante la que determina el carácter de la servidumbre.

Se llama fundo rural a toda propiedad no construida, cualquiera que sea su ubicación y fundo urbano al que está construido. La servidumbre rural será entonces aquella que pertenece a un terreno donde no hay construcción y la urbana será aquella que pertenece a una construcción, sin distinguir cuál es la naturaleza del fundo sirviente. D.50.60.198 y 211

Las servidumbres prediales rurales son discontinuas porque no se ejercitan en todo momento y consisten *in faciendo*, esto es, requieren para su utilización un hecho. Las principales son: 1) La servidumbre de pasaje, que comprende: a) el *iter* a virtud del cual podemos pasar sobre el fundo sirviente a pie o a caballo, pero sin conducir ganado; b) el *actus*, que comprende al *iter*, y que permite pasar en carruaje y conducir bestias y c) la vía, que comprende a las anteriores, y es un camino cuyo ancho varía de ocho a dieciséis pies. 2) La servidumbre de acueducto, o derecho de llevar agua al través del fundo sirviente. 3) La servidumbre de sacar agua —*aqux haustus*— para las necesidades del fundo dominante. 4) El derecho de que el ganado abreve en el fundo sirviente. 5) El derecho de pastar. 6) Otras servidumbres que dan derecho a extraer del fundo sirviente cal, arena, creta, piedra, etc., pero siempre dentro de las necesidades del fundo dominante.

D.8.3.1, D.39.3.8 y 17

Las servidumbres prediales urbanas son continuas porque no requieren un hecho del hombre y consisten *in habendo*, esto es, en mantener cierto estado de cosas en detrimento del fundo sirviente, o *in prohibendo*, en impedir que en el fundo sirviente se hagan ciertas obras que redunden en perjuicio del fundo dominante. Las principales son: 1) El *ius oneris ferendi*, o sea el derecho de apoyar la construcción o parte de ella sobre la casa o el muro vecino. Esta servidumbre presenta como característica el que obliga al propietario del fundo sirviente a mantener en buenas condiciones el apoyo para no dañar la construcción dominante, a menos que prefiera abandonar su propiedad, pues la carga era impuesta no a la persona, sino al fundo. 2) El *ius tigni immittendi* o derecho de descansar vigas en el muro vecino. 3) El *ius stillicidii vel fluminis recipiendi aut avertendi*, es

decir, el derecho de que caiga sobre el fundo vecino el agua que gotee de un techo —*stillicidium*— o que descienda de un canal —*flumen*. 4) El *ius altius non tollendi*, o derecho de impedir que el vecino eleve su construcción más allá de cierta altura. 5) El *ius prospiciendi* o derecho de conservar la vista panorámica tal como está, lo que impide al dueño del fundo sirviente elevar su construcción o quitar la vista con enredaderas u otras plantas. 6) El *ius proüciendi* o derecho de tener un balcón sobre el fundo vecino. 7) El *ius prote-gendi* o derecho de que un techo se extienda sobre el fundo vecino.

D.8.4.1, D.8.2.1 a 3

168. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres podían constituirse en forma directa —*translatio servitutis*—, cuando se cede en beneficio de otro predio; o por reserva —*deductio vel retentio servitutis*— como cuando se vende un fundo y se le impone la servidumbre en beneficio del que nos queda. Los procedimientos para establecerlas varían según se trate del derecho civil, del derecho pretorio o del de Justiniano.

D.8.4.3 y 6

Derecho civil. Como las servidumbres son desmembramientos de la propiedad, no pueden establecerse si no es utilizando los mismos modos que sirven para transferir la propiedad. La servidumbre rural o urbana podía ser creada: a) por *in iure cessio* —cesión ante el magistrado; b) por *adiudicatio* —adjudicación—, en un proceso de partición o deslinde hecho por el juez; c) por testamento, en virtud de un legado *per vindicationem* —que transfiere la propiedad—; d) por *mancipado*, sólo para las servidumbres rurales que son *res mancipi* —cosas mancipables. Para la constitución de servidumbres rurales en los fundos provinciales se utilizó un medio indirecto: *pacilionibus et stipulationibus* —por pactos y estipulaciones—, las partes por un pacto regulaban la extensión y condiciones de la servidumbre y por una estipulación se obligaba al poseedor del fundo sirviente a tolerarla.

D.10.3.7.1, D.8.14

Derecho pretorio. Hacia fines del siglo i de nuestra era los jurisconsultos admitieron que el ejercicio de un derecho equivalía, para las servidumbres, a la posesión de las cosas corporales, siendo una *quasi-possessio* o *possessio iuris*. Debe manifestarse como la posesión *animo et corpore*, es decir, que el propietario del fundo dominante debe ejercer la servidumbre como un derecho que le pertenece. Una vez que se reconoció a las servidumbres como susceptibles de *quasi-possessio*, he aquí las consecuencias a las que se llegó: 1) Pudieron en adelante establecerse por una *quasi traditio*, que se reputa hecha cuando el propietario del fundo dominante comienza a ejercerla con la voluntad del propietario del sirviente. 2) La *traditio* no excluyó la posibilidad de una *deductio servitutis* —reserva de la servidumbre—, pues tal cláusula, ineficaz en el derecho civil, pudo ser fácilmente ejecutada con la ayuda de una *quasi traditio* —cuasi entrega o remisión. 3) La servidumbre que no ha sido constituida *a domino* —por el dueño—, se adquiere incontestablemente por un ejercicio prolongado —*diuturnus usus, longa consae-tudo, longi temporis consuetudo*.

En los anteriores casos la servidumbre no está reconocida por el derecho civil, pero la protege el pretor con interdictos *quasi possessorios* y después dando al propietario del fundo dominante una excepción y aun una acción confesoria útil.

D.8.5.2 pr y 1

Derecho de Justiniano. Aquí, como en otras ocasiones, la tarea de Justiniano consiste en podar lo envejecido y a fundir en un todo lo que había de viviente en las dos legislaciones civil y pretoria. Para las servidumbres, como para la propiedad, ya no hay *mancipado ni in iure cessio*, entonces se establecieron: 1) Por *quasi traditio*; 2) Por *deductio* —por reserva—, en una *traditio* —remisión—; 3) Por *quasi possessio longi temporis* —por cuasi posesión de largo plazo—, diez años entre presentes y veinte entre ausentes; 4) Por *adiudi-catio* —por adjudicación—; 5) Por legado, cualquiera que sea la forma empleada por el testador.

C.7.33.12.4

La constitución de una servidumbre predial podía hacerse pura y simplemente, o estar suspendida por una modalidad, de manera que la servidumbre fuese creada únicamente a la

llegada de un término o a la realización de una condición, o que se originara de inmediato para después extinguirse. Estos efectos no podían conseguirse utilizando la *mancipatio* o la *in iure cessio* por el carácter categórico de sus fórmulas. D.8.1.4

169. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres reales o prediales pueden extinguirse:

Por la renuncia, que para que operara debía ser hecha por *in iure cessio*. Cuando se hacía el abandono de la servidumbre sólo por una convención, ésta no se extinguía, pero el pretor daba al demandado la excepción de dolo o *pacti conventi* —de pacto concertado. También se extinguía cuando con autorización del propietario del fundo dominante se hacían actos contrarios a la servidumbre.

Por la confusión o reunión de los dos fundos en un mismo propietario, por la regla *nulli res sua servit* —no hay servidumbre sobre cosa propia.

D.8.2.30, D.8.4.10

3) Por el no uso de dos años en la época clásica y bajo Justiniano de diez y de veinte años. Una servidumbre rural se extingue por el no uso cuando no es ejercida, contándose el plazo desde la última vez que se ejerció. La urbana se extingue haciendo un acto contrario a ella y este acto debe prolongarse el plazo requerido para que el fundo consolide su libertad.

C.3.34.13, D.8.6.7 y 14

4) Por la pérdida completa del fundo dominante o del sirviente cuando es definitiva o ha pasado el plazo de la extinción.

La extinción de la servidumbre hace desaparecer la restricción impuesta a la propiedad del fundo sirviente, que recobra su libertad natural.

170. DEFENSA PROCESAL DE LAS SERVIDUMBRES REALES

La acción *confessoria* es la sanción del derecho de servidumbre. El actor sostiene que posee el derecho de servidum-

bre, demuestra que es el dueño del fundo dominante y que le corresponde ese derecho sobre el fundo sirviente. Si triunfa, el dueño del fundo sirviente no podrá ya impedirle el ejercicio de su derecho, deberá indemnizarlo del daño que le haya causado y dará caución de no lesionar en lo sucesivo el derecho del demandante. D.8.5.2. pr. y 1

La acción *negatoria* se da al propietario de una cosa contra toda persona que pretenda ejercitar una servidumbre, con el fin de hacer constar que no tiene derecho a ejercerla. Para triunfar en esta acción el demandante debe probar su derecho de propiedad sobre el bien que pretende libre de servidumbre; al demandado que sostiene que la propiedad no está libre de servidumbre, es a quien compete hacer la prueba.

D.8.5.2.1

Las servidumbres gozaron también de la protección de los interdictos, siendo éstos varios, así tenemos, entre otros, el interdicto de *hiñere actitque privalo*, dado al que usó la servidumbre de pasaje al menos treinta días en el año; el *interdicto de itinere reficiendo*, para reparar el camino; el de *aqua cotidiana et icstiva*, dado para el que sacaba agua diariamente o sólo en verano.

D.43.19, D.43.11, D.43.20

LECCIÓN XXVI

171. Las servidumbres personales. 172. El usufructo. 173. Derechos del usufructuario. 174. Obligaciones del usufructuario. 175. Constitución y extinción del usufructo. 176. El *quasi usufructo*. 177. Otras servidumbres personales. 178. Defensa procesal de las servidumbres personales.

171. LAS SERVIDUMBRES PERSONALES

Las servidumbres personales son aquellas que están establecidas en beneficio de una persona, como su nombre lo dice; son necesariamente temporales, su más larga duración se mide por la vida de la persona a la que pertenece; tratándose de personas morales cuya duración podría ser indeterminada, la servidumbre personal establecida en su beneficio no podía durar más de cien años "ya que este es el término de la vida de un hombre longevo"; al decidirlo así los romanos no sólo han obedecido a la lógica, que no admite el mantenimiento de una relación entre dos términos de los cuales uno ya no exista, sino que comprendieron que la servidumbre personal al no ser más que una división entre varias personas de las ventajas contenidas en el derecho de propiedad, no ayuda en nada a la riqueza general, al contrario, por las dificultades que suscita, por las molestias que imponen al derecho de disposición del propietario termina por depreciar el valor del objeto. Estas servidumbres no merecían, por tanto, el mismo favor que las reales o prediales, de ahí que su terminación fuera bien vista, por llevar un gran menoscabo al derecho de propiedad sin otra ventaja que el provecho de una persona.

D.7.1.56, D.33.2.8

El mismo motivo, sin duda, ha hecho limitar su número; no encontramos más que cuatro: el usufructo, que es la más

importante de todas y de las cuales las otras son, por así decirlo, especies: el uso, la habitación y las *operse servorwn* —los servicios o trabajos de los esclavos.

172. EL USUFRUCTO

Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia: est enim ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est —el usufructo es el derecho de usar y de disfrutar la cosa de otro sin alterar su substancia, en efecto, este derecho se ejerce sobre una cosa corporal que, destruida, entraña necesariamente la pérdida del derecho—, así lo define Justiniano en sus *Instituciones*. Cuatro ideas se desprenden de lo anterior: 1) El usufructo gravita sobre una cosa ajena —*ius in re aliena*. 2) Como la propiedad, de la cual es un desmembramiento, no se ejercita sino sobre cosas corporales. 3) Comprende el *ius utendi* en toda su plenitud y el *ius fruendi* o derecho de recoger los productos calificados como frutos; pero excluye el *ius abutendi*, de donde se sigue que no puede haber usufructo sobre cosas que no podemos usar sin consumirlas como el vino, el trigo, el dinero, etc. El *ius abutendi* queda en poder del propietario, quien es considerado como nudo propietario, pues su propiedad está destituida de sus principales atributos. 4) El usufructo no subsiste más que *salva rerum substantia*, pues termina si la cosa perece. El usufructo está considerado como divisible, por lo que puede ser constituido y extinguido en parte.

D.7.1.1 y 2, 1.2.4, D.7.1.43

173. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

El objeto primordial del usufructo es que su titular obtenga los frutos, lo que lleva aparejado el uso: *fructus sine usu esse non possunt* —los frutos no pueden apropiarse sin el uso (Paulo Sent. 3.6.24). Pero este uso sólo da la detentación del bien al usufructuario, por lo que no podrá usucapirlo, pues tiene el uso en gracia al disfrute únicamente. Las ventajas que confiere el derecho de propiedad se encuentran repartidas entre el nudo propietario y el usufructuario, hay en adelante dos derechos independientes uno del otro, los

dos refiriéndose directamente al objeto e implicando cada uno por toda obligación el respeto del otro. El principio que domina a esta materia es este: que el usufructuario y el nudo propietario, considerados en estas solas cualidades y hecha abstracción de toda otra relación que entre ellos exista, no se deben nada. G.2.93

El usufructo comprende como derechos esenciales el *usus* y el *fructus* y accesoriamente comprende todos los derechos necesarios para volver posible a este uso y goce. El usufructuario tiene derecho a disfrutar todos los frutos que la cosa produzca según su destino económico .social. Si se le ha legado el usufructo de un fundo, todo lo que nace de él, todo lo que de él pueda obtenerse, se considera fruto del mismo y puede percibirlo el usufructuario, siempre que lo haga en la medida de un hombre recto; si en el fundo hubiese colmenas, también le corresponde el usufructo sobre ellas; si hubiera canteras o arenas, puede extraer estas cosas como una persona recta al decir de Sabino.

D.7.1.9 pr. a 2

Los frutos, cualesquiera que sean, en tanto no sean separados pertenecen al nudo propietario; cuando son separados por el usufructuario o por un tercero en su nombre, pertenecerán al usufructuario. Si roba un ladrón los frutos antes de ser recolectados, pertenecen al propietario tanto la *rei vindicado* como la *condictio furtiva*. Si a su muerte deja el usufructuario frutos pendientes, éstos no pasan a sus herederos sino al nudo propietario; si el usufructuario al iniciar su usufructo encuentra frutos, éstos le pertenecen por justa reciprocidad.

D.7.1.12.5

Cuando el usufructo se ejerce sobre una cosa que, como una casa, un esclavo, no da productos propiamente dichos, entonces, o el usufructuario la usa por sí mismo y no hay cuestión de frutos, o, al contrario, da la cosa en arrendamiento y en este caso la renta es asimilada a un fruto, pero en lugar de adquirirse por la percepción, se adquiere día a día; si el usufructuario conserva su derecho de usufructo por seis meses, a él o a sus herederos le pertenecerá la parte

proporcional de la renta de un año y la otra parte al nudo propietario.

Conviene notar dos cosas importantes sobre los derechos del usufructuario: 1° Su *ius utendi fruendi* se ejercita sobre el bien tal como se encuentre el día en que principie el usufructo, no pudiendo el nudo propietario establecer servidumbre alguna que disminuya su disfrute. 2° El usufructuario puede vender su usufructo, donarlo o alquilarlo, lo que no va contra la inecibilidad de las servidumbres, pues el usufructo permanece referido a su persona en el sentido de que lo que transfiere no es el derecho real mismo, sino el ejercicio de ese derecho.

D.7.1.15.7 v 12.2

174. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

El usufructuario no debe degradar la cosa, ni realizar transformaciones en ella, porque no le pertenece, pero sí puede hacerle reparaciones para mantener la cosa en buen estado y seguir obteniendo provecho de ella; y está obligado a devolverla a la terminación del usufructo.

La naturaleza de su derecho lo obliga: 1° a pagar los impuestos ordinarios que pesen sobre la propiedad; 2° a respetar la forma y el destino del objeto, pero sí puede hacerle mejoras, sin que por esto pueda pedir indemnización al propietario.

D.7.1.9, 7.2 y 3, 13.4, D.39.2.9.5

El derecho civil no reconocía ningún lazo obligatorio entre el nudo propietario y el usufructuario, por lo que éste solía desentenderse completamente del cuidado y conservación del bien, sabiendo que sus negligencias no le acarrearían responsabilidades, pero si por su hecho deterioraba el bien, el nudo propietario puede pedirle indemnización por la acción de la ley Aquilia que reprime los hechos perjudiciales. El derecho pretorio obliga a que el usufructuario estipule: *a)* la promesa de disfrutar como buen padre de familia del bien, lo que le hará responsable de todas las negligencias que puedan perjudicar al propietario; por virtud de esta promesa debe conservar el bien y conservarlo productivo; *b)* a restituir lo que quede del bien al terminar el usufructo; esta prome-

sa, que era hecha por estipulación, da al propietario la ventaja de que no tiene que demostrar su derecho de propiedad para que se le devuelva su bien, pues obra como acreedor y también obra válidamente contra los herederos del usufructuario cuando ellos detentan el bien. D.7.1.13.2, 9 y 13

175. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

Debemos hacer mención al antiguo derecho civil, al derecho pretorio y al de Justiniano.

Derecho civil. El usufructo se constituye tanto por *trans-latio* como por *deductio*, por los mismos modos y según las mismas reglas que las servidumbres prediales, bajo la sola reserva de que no podrá ser transferido por *mancipatio*. De todos esos modos, el usado con más frecuencia es el legado *per vindicationem*, porque el propietario consiente mejor en despojar del goce del bien al heredero que despojarse él mismo durante su vida. El usufructo debió tener su origen en necesidades familiares, para proteger y asegurar el futuro de algún pariente.

D.7.1.6

Derecho pretorio. Las reformas del pretor son casi las mismas aquí que en materia de servidumbres prediales. Conviene señalar: 1° que ningún texto de la época clásica constata la aplicación de la *longi temporis possessio* —posesión de largo tiempo— al usufructo; 2° que el derecho civil mismo, mucho antes de la introducción de la *quasi possessio*, permitía el establecimiento de un usufructo sobre los muebles situados en provincia.

G.2.31

Derecho de Justiniano. En este derecho se confunden más aún las reglas del usufructo con las de las servidumbres prediales, pudiendo éste adquirirse por *præscriptio*, lo mismo que la propiedad.

Extinción del usufructo. Cuando se extingue el usufructo el nudo propietario recobra el pleno y entero goce de su bien. El usufructo se termina:

Por la muerte de su titular, por ser un derecho inherente a su persona y que no puede pasar a sus herederos. Cuando pertenecía a una persona moral, el usufructo no podía durar más de cien años.

Por la expiración del tiempo fijado, pues es esencialmente temporal, por eso se extingue a la llegada de un término o a la realización de una condición si así se estableció.

Por la *capitis deminutio* del usufructuario, aunque en el derecho de Justiniano sólo lo extinguía la *capitis deminutio máxima y media*.

Por la renuncia del usufructuario en beneficio del propietario, que debía ser hecha por *in iure cessio*, si no, sólo estará garantizada por una excepción de pacto o de dolo contra el usufructuario.

Por el no uso de un año para los muebles y dos para los inmuebles, bajo Justiniano por diez años entre presentes y veinte entre ausentes para los inmuebles.

Por la consolidación o adquisición de la nuda propiedad por el usufructuario, por la aplicación de la regla *nulli res sua servit* —no hay servidumbre sobre cosa propia—; pero en razón de la divisibilidad del derecho de usufructo, puede concebirse la posibilidad de una extinción parcial si el usufructuario no adquiere más que la copropiedad del bien.

Por la *mutatio rei*, es decir, por todo acontecimiento que destruya la cosa o que la transforme, de manera que sus cualidades esenciales hayan desaparecido y que ya no sea susceptible del mismo destino: campo que se inunda, casa que se derrumba.

D.7.1.3.2, D.7.4.14 y 3.3, D.7.1.5, D.7.4.1, 5.2 y 10.3, 1.2.4.3

176. EL QUASI USUFRUCTO

Relacionado con el usufructo está el quasi usufructo. Sabemos que el usufructo versa sobre cosas no consumibles, pues no debe alterar su substancia; sin embargo, a veces un testador legaba el usufructo de todos sus bienes a una persona y ésta se veía privada por este motivo de una parte considerable de su legado. Para remediar este inconveniente, un senadoconsulto dado bajo Augusto o Tiberio, decidió que se pudiera legar el usufructo de todas las cosas que componen el patrimonio, lo que comprendía también las cosas

que se consumen por el uso. Por esta disposición no se obtiene el usufructo propiamente dicho, pues las leyes no pueden variar el orden natural de las cosas, sino que introdujo un paliativo que fue el quasi usufructo, para que el legatario pudiera disponer de todos los bienes legados.

Antes de entrar en la detentación de los bienes consumibles para usufructuarlos, el beneficiado debía dar fianza al nudo propietario de que los restituiría al término del usufructo.

D.7.5.1, 1.2.4.2

177. OTRAS SERVIDUMBRES PERSONALES

Uso. El uso no es otra cosa que el *ius utendi* entero, esto es, el derecho de retirar de una cosa todo el uso de que pueda ser susceptible, pero sin percibir ningún fruto —*cui usus relictus <est, uti potest, frui non potest*. Pero una interpretación tan rigurosa de este principio volvería con frecuencia ilusorio el derecho de uso, que derivado ordinariamente de un legado no concordaría con la costumbre de los jurisconsultos de interpretar con amplitud las disposiciones testamentarias. Entonces se admitieron ciertas concesiones, el usuario de un rebaño se aprovechará del estiércol para abonar su campo y una poca de leche para su consumo, pero no de la lana ni de las crías. Cuando el uso se ejercía sobre un fundo, el usuario pudo tomar para su uso leña, legumbres, frutas y otros productos de escaso valor. En esta forma el derecho de uso llegó a ser un pequeño usufructo, medido por las necesidades de su titular.

D.7.8.2, 1.2.5.1

El usuario debe ejercer por sí mismo su derecho, pero cuando usa una casa puede ocuparla con su familia, mas no venderla ni alquilarla o ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho. El usuario está obligado a usar el bien como un buen padre de familia, a restituirlo cuando se extinga su derecho y a no impedir el ejercicio de los derechos del propietario. El uso se constituye del mismo modo que el usufructo, pero es indivisible.

1.2.5.2, D.7.1.3.3

Habitación. En un principio el derecho de habitación se confundía con el uso de una casa, pero la jurisprudencia lo clasificó aparte como un derecho original. Las reglas que lo distinguen del uso son: 1) No se extingue ni por el no uso ni por la *capitis deminutio* de su titular, pues consiste más bien en un hecho que en un derecho; 2) El que tiene este derecho puede rentarlo.

1.2.5.5

Operse servorum. (Los trabajos de los esclavos). Es el legado que tenía por objeto aprovecharse de los trabajos de un esclavo y también de alquilarlos. Cuatro diferencias lo distinguen del derecho de uso: 1) Comprende la facultad de rentarlo; 2) No se extingue ni por el no uso ni por la *capitis deminutio*; 3) Se extingue por la *usucapio*; 4) Es transmisible a los herederos. Estas dos últimas características dan a esta servidumbre un carácter anormal.

D.7.7, 1.2.5.3

178. DEFENSA PROCESAL DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES

La acción confessoria es dada para la defensa de todas las servidumbres prediales, designada por los jurisconsultos clásicos *vindicado servitutis* —vindicación de la servidumbre—, pero referida a las servidumbres personales se le denomina *vindicado ususfructus* o *vindicado usus* —vindicación del usufructo o del uso—, según el caso. La *quasi possessio* de las servidumbres personales era protegida por los mismos interdictos que defendían a la posesión, siendo aplicables, según las circunstancias, los interdictos *retinendse possessio-nis* o los *recuperando possessionis* —para retener la posesión o para recuperarla.

LECCIÓN XXVII

179. La superficie. Sú desarrollo. 180. Derechos y deberes del superficiario. 181. Constitución, extinción y defensa procesal de la superficie. 182. La enfiteusis. Su desarrollo. 183. Derechos y deberes del enfiteuta. 184. Constitución, extinción y defensa procesal de la enfiteusis.

179. LA SUPERFICIE. SU DESARROLLO

La superficie es uno de los derechos reales pretorios que permite gozar a perpetuidad o a largo plazo una construcción hecha sobre el terreno de otro, a cargo de pagar una retribución al propietario. Este derecho es transmisible *inter vivos* y *mads causa*. Aquí los intérpretes ven una propiedad distinta de la del suelo, por tanto, es una derogación al principio *superficies solo cedit* —la construcción accede al suelo—, aunque debe considerársele como una servidumbre de una naturaleza particular que paraliza la aplicación de este principio sin derogarlo teóricamente.

El Estado y las ciudades acostumbraron rentar a perpetuidad o a largo plazo ciertos terrenos a personas que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas, mediante el pago de una pensión. Este uso fue seguido por los particulares, por lo que el pretor sancionó en beneficio del superficiario un verdadero derecho real, el derecho de superficie.

D.43.18

180. DERECHOS Y DEBERES DEL SUPERFICIARIO

La superficie da derecho a su titular para disfrutar libremente de la construcción, pudiendo transmitir su derecho independientemente de la voluntad del dueño del terreno y

sin tener necesidad de notificárselo; puede gravar la superficie con servidumbres reales o personales, cuyo ejercicio garantiza el pretor mediante acciones útiles. Su obligación principal consiste en el pago de la *pensio anual* —*solarium*— al dueño del terreno y en el pago de los impuestos. D.48.18.1.9

181. CONSTITUCIÓN, EXTINCIÓN Y DEFENSA PROCESAL DE LA SUPERFICIE

La constitución del derecho real de superficie solía hacerse por contrato, en la práctica derivaba de un contrato de arrendamiento hecho a perpetuidad o a plazo; también podía constituirse por compraventa, por disposición testamentaria, por medio de una *adiudicatio* o por *usucapio*. Normalmente la superficie se extinguía por la pérdida del fundo, no del edificio o de la construcción, pues éstos podían ser reconstruidos; por la llegada del término o de la condición resolutoria fijado por las partes; por confusión.

D.43.18.1.1

El superficiario cuenta con las siguientes defensas: *a)* tiene una acción *in rem* útil contra todo el que perturbe su derecho, aun contra el mismo propietario del terreno; *b)* cuenta con la acción confesoria relativa a las servidumbres, que le es dada como acción útil; *c)* el ejercicio de su derecho constituye una *quasi possessio* que el pretor protege mediante el interdicto de superficie; *d)* la pérdida de esta *quasi possessio*, si ha sido adquirida a *non domino*, le abre la acción publicana.

D.43.18.1.3 y 4, D.39.1.3.3, D.43.18.1.1

182. LA ENFITEUSIS. SU DESARROLLO

La *emphyteusis* es un derecho real, transmisible, que consiste en el más amplio disfrute de un fundo ajeno. Este disfrute fue tan extenso que los comentaristas lo designan con la denominación de dominio útil, llamando dominio directo al reservado al dueño del fundo. El antecedente de la *emphyteusis* es el arrendamiento de los *agri vectigales* —que

eran parte del *ager publicus*— hecho por el Estado a los particulares. Esta situación o ejemplo, fue imitado por las ciudades y corporaciones religiosas, que no podían ni explotar por sí mismas ni cuidar sus inmuebles, de donde acostumbraron arrendarlos a perpetuidad o a largo plazo, bajo la condición de que el arrendatario o sus herederos permanecerían en posesión en tanto pagaran regularmente la renta o *vectigal*. Los fundos así arrendados se llamaron *agri vectigales* y como el derecho del arrendatario se parecía por su perpetuidad al del propietario, se llegó fácilmente a considerarlo como un derecho real. El mismo modo de explotación fue aplicado tanto a los fundos comprendidos bajo el dominio privado del pueblo, como a los fundos de los emperadores; después adoptaron el sistema los particulares, sobre todo los grandes terratenientes, pues los desembarazaba de una administración basta y molesta. D.63

Los textos nos revelan la existencia de la *emphyteusis* desde el fin de la época clásica y desde entonces también vemos que engendra un derecho real. Justiniano asimiló la condición del enfiteuta a la del poseedor del *ager vectigalis*, no habiendo ya distinción entre ellos.

183. DERECHOS Y DEBERES DEL ENFITEUTA

El enfiteuta tiene derecho a percibir todos los productos y frutos de la finca, que adquiere *separazione* —por la percepción—, así como mejorarla, pudiendo cambiar el cultivo por uno mejor o más adecuado. Sus obligaciones principales son: satisfacer el canon anual y no dañar o deteriorar la finca. El propietario está obligado a procurar al enfiteuta el disfrute del bien y, por su parte, tiene el derecho del tanto cuando el enfiteuta desee traspasar a otro su derecho.

D.6.3

184. CONSTITUCIÓN, EXTINCIÓN Y DEFENSA PROCESAL DE LA ENFITEUSIS

Los modos de constitución de la enfiteusis son los mismos que los del derecho de superficie. Normalmente, la *emphy-*

teusis puede extinguirse por la falta de pago del impuesto durante tres años, o durante dos si el dueño es una corporación religiosa, por no pagar la *pensio*, por renuncia y por los demás modos que extinguen a la superficie.

Por lo que hace al derecho real, he aquí las principales sanciones que garantizan al enfiteuta su derecho: a) Tiene contra todos, aun contra el propietario, acciones *in rem* útiles para demandar bien la cosa misma, bien las servidumbres de que está investida, fc) A su derecho corresponde una posesión protegida por el interdicto de superficie, que es una copia del interdicto *uti possidetis*. c) La pérdida de esta posesión, si ésta ha sido adquirida a *non domino*, le permite el ejercicio de la acción publiciana.

D.43.18.1.3 y 4, D.39.1.3.3, D.6.2.12.3

LECCIÓN XXVIII

185. Los derechos reales de garantía. 186. La *fi-ducia cum creditore contracta*. 187. *Pignus*. 188. La hipoteca. Su concepto. Sus caracteres. 189. *Interdictum salvianum*. *Actio serviana*. *Actio quasi serviana*. 190. Cosas susceptibles de hipoteca. 191. Constitución de la hipoteca. 192. De rechos del acreedor hipotecario. 193. Conflicto entre acreedores hipotecarios. 194. Extinción de la hipoteca. 195. Defectos del sistema hipotecario romano.

185. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Los derechos reales de garantía son llamados así porque son constituidos a favor de un acreedor para reforzar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, asegurándole su cumplimiento al conceder al acreedor ciertas facultades sobre pertenencias del mismo deudor. El acreedor tiene sobre esas cosas acciones reales para perseguirlas en manos de quien se encuentren, para hacerse poner en posesión de ellas. Los derechos reales de garantía son derechos accesorios, se adhieren a una obligación cuyo cumplimiento garantizan. Estos derechos no tuvieron un gran desarrollo, pues los romanos prefirieron la garantía personal. Los derechos reales de garantía son la prenda y la hipoteca, pero les precede la enajenación con fiducia.

186. LA «FIDUCIA CUM CREDITORE CONTRACTA»

La *fiducia cum creditore contracta* —contrato de buena fe con el acreedor— implica la venta de una cosa por *manci-patio* o por *in iure cessio*, que hace el deudor al acreedor para garantizarle el cumplimiento o pago de su crédito, se-

guido por un pacto de *fiducia* —de buena fe— por medio del cual el acreedor se compromete con el deudor a retrans-ferirle, una vez que se le haya pagado, la propiedad de esa misma cosa. Por virtud de esta operación, el acreedor se hace propietario de la cosa, que retendrá hasta ser pagado, pudiendo reivindicarla aun contra el deudor; en el caso de no ser pagado, puede venderla para recuperar su crédito y dar el excedente, si lo hay, al deudor. G.2.60

La enajenación con *fiducia* presentaba graves inconvenientes para el deudor: le quitaba el uso del objeto y lo exponía a recuperarlo deteriorado por el hecho o negligencia del acreedor, más aún, lo exponía a perderlo si el acreedor lo vendía antes del vencimiento; además, no podía emplear el objeto para conseguir más préstamos. Ciertamente es que el acreedor podía dejar el objeto en manos del deudor, pero era en arrendamiento o a título de precario, siendo éste revocable a voluntad y aquél no impedía que el acreedor pudiera vender el objeto, teniendo el deudor sólo la acción *personal fiducia?* —de buena fe— contra el acreedor.

187. EL «PIGNUS»

Pignus o prenda, viene de puño, pues lo que se da en prenda generalmente se entrega con la mano, por lo que piensan algunos que la prenda sólo se puede constituir sobre bienes muebles. La prenda es otro de los derechos reales de garantía que se contrae no sólo con la entrega o tradición del objeto, sino también con la mera convención de las partes.

D.50.16.238.2, D.13.7.1

La prenda presenta un adelanto sobre la enajenación con *fiducia*, porque en ésta el objeto dado en prenda pasa al acreedor, pero deja a salvo la propiedad del deudor, quien transfiere únicamente la posesión a su acreedor. Sin embargo, la prenda presentaba inconvenientes para el deudor, porque no podía utilizar su bien para obtener nuevos préstamos si su valor era elevado y además, se le privaba de él, pues iba a manos del acreedor. El acreedor no podía servirse del

objeto sin ser autorizado por el deudor, y si lo utilizaba sin el consentimiento del deudor cometía un *furtum usus* —robo de uso.

D.13.7.9.2 y 35.1, D.43.26.11

Como la prenda se constituía para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación, se convenía entre las partes que en el caso de no ser pagado el acreedor, éste podría vender el objeto, pero no podía ser forzado a venderlo si no quería: "Aunque se hubiese convenido que te fuese lícito vender el fundo pignorado, no por ello puedes ser forzado a hacerlo, aunque el deudor que te hubiera dado la prenda fuera insolvente, pues ese convenio se hace a causa de tu interés." Cuando no se ha convenido que el objeto pueda ser vendido, el acreedor puede venderlo, pero previamente debe instar al deudor tres veces para que le pague. Con el producto de la venta el acreedor se paga lo que le era debido, debiendo devolver el excedente al deudor —*hyperocha* o demasía. Cuando el acreedor recibe el importe de su crédito de manos del deudor, debe restituir el objeto que recibió en prenda.

D.13.7.4 a 8 y 40.2

La prenda presenta caracteres de indivisibilidad, pues si el deudor paga parte de la deuda, la cosa dada en prenda podía venderse entera. "El que recibió en prenda varios objetos, no está obligado a liberar uno de ellos más que cuando reciba todo lo que se le debe."

D.13.7.8.2, D.20.1.19

La prenda en un principio confirió al acreedor una simple detentación o retención del objeto, por lo que si lo perdía o le era arrebatado, no tenía medio legal propio para recuperarlo, debía avisar al deudor para que éste ejercitara sus acciones. Posteriormente, el pretor le dio una posesión interdical para defender su detentación, y más tarde pudo actuar —como interesado— en la procuración en propio asunto —*procuratio in rem suam*—, para recuperar el objeto.

D.2.8.15.2

Anticresis. Relacionada con la prenda está la *anticresis*, pacto en virtud del cual el deudor autorizaba a que el aeree-

dor se sirviera del bien y los frutos obtenidos los aplicara al pago de los intereses y satisfechos éstos, a la suerte principal.

D.36.4.5.21

Pignus Gordianum. La prenda se extingue cuando el deudor hace el pago al acreedor, pero el emperador Gordiano dispuso que subsistiera para garantizar otros créditos que tuviera el deudor para con el mismo acreedor.

C.8.26(27).1

188. LA HIPOTECA. SU CONCEPTO. SUS CARACTERES

La hipoteca es favorable tanto para el deudor como para el acreedor; para el deudor porque "no pasa al acreedor ni la posesión" del objeto, quedando éste en poder del deudor, quien podrá servirse de él y ofrecerlo en garantía de ulteriores créditos; es conveniente la hipoteca para el acreedor, porque "para la persecución —del objeto— se da al acreedor una acción real... el pretor me protege con la Serviana..."

D.13.7.9.2, D.20.1.17 y 18

La hipoteca es un derecho real que gravita sobre un bien afectado al cumplimiento de una obligación. Grava a una cosa en lugar de gravar a una persona; cuando se tiene un derecho personal, un crédito contra el deudor, el patrimonio del deudor es el que garantiza su cumplimiento, si este patrimonio se reduce, el crédito corre el peligro de no poder cobrarse o de que se pague una cantidad menor a la que se prestó; para lograr el pago habrá que concurrir con los demás acreedores y hacer la venta en bloque de los bienes del deudor. Por la hipoteca, se tiene un derecho real sobre el objeto que garantiza el crédito y da al acreedor un derecho de preferencia por el cual escapa al concurso de los acreedores, se paga con el objeto afectado a su crédito. El acreedor tiene también el derecho de persecución sobre el objeto para que éste le sea entregado de manos de quien lo tenga, desconociendo las enajenaciones y constituciones de derechos reales posteriores al nacimiento de la hipoteca; finalmente, el acreedor tiene el derecho de vender la cosa gravada —*ius vendendi* o *ius distrahendi*.

G.2.64, D.20.1.17

Se ve fácilmente como la hipoteca va más directamente a su objetivo que la enajenación con *fiducia* o la prenda, pues por una simple convención, sin que el propietario pierda ni la propiedad ni la posesión, ni aun la simple detentación de la cosa, el acreedor adquiere el triple derecho de preferencia, de persecución y de venta.

D.20.1.4, D.13.7.9.2

Para que la hipoteca pueda constituirse se necesita: *a)* La existencia de una deuda, pues la hipoteca no es más que un derecho accesorio; no importa que la deuda pese sobre el constituyente o sobre un tercero, que sea civil o natural, pura y simple o condicional, presente o futura; pero si la ley declara nula la deuda, no puede servir de base para la hipoteca, *b)* La cosa hipotecada debe ser objeto de venta, pues el derecho de preferencia que otorga se ejerce sobre el precio. *c)* El constituyente debe ser propietario de la cosa y capaz de enajenar, pues es uno de los fines de la hipoteca llegar a vender en el caso de que no se pague al acreedor.

D.20.1.5 pr. y 2, 9.1 y 14.1

Los caracteres de la hipoteca son los que siguen: *a)* Es un derecho real accesorio que supone una deuda cuyo pago garantiza, *b)* La hipoteca es indivisible, es decir, que cada porción divisa o indivisa de la cosa hipotecada garantiza toda la deuda, o en otras palabras, la hipoteca subsiste sobre toda la cosa hasta el completo cumplimiento de la obligación. Mientras no haya sido entregada la totalidad del dinero al acreedor, aunque le haya sido dada la mayor parte, no pierde el derecho de vender la cosa. La hipoteca no sólo garantiza la suerte principal, sino también las obligaciones accesorias como son los intereses; igualmente, la hipoteca se extiende a todos los accesorios de la cosa y sobre todas las mejoras que reciba.

C.8.27(28).6

Las principales aplicaciones del carácter indivisible de la hipoteca son: *a)* Si el propietario vende la cosa en partes, cada adquirente está obligado hipotecariamente por el total de la deuda; *b)* Lo mismo acontece cuando el bien hipotecado pasa a varios copropietarios; *c)* Si el acreedor muere dejando varios herederos y uno de ellos recibe el pago de

su parte, la cosa permanece afectada entera para garantía de los demás; *d*) Si el que muere es el deudor y deja varios herederos y uno de ellos paga la parte que le corresponde, la cosa no se libera en la parte proporcional. D.13.7.8.2 y 5

189. «INTERDICTUM SALVIANUM. ACTIO SERVIANA. ACTIO SERVIANA»
ouASI
SERVIANA»

Los antecedentes de la hipoteca principian cuando el arrendatario de un campo introducía en él sus aperos y animales; se consideró que estos objetos —*invecta et Mala*— garantizarían al propietario el pago de la *merces* o renta, pues si esos bienes pasaran como garantía al propietario, el arrendatario no podría trabajar el campo; cuando éste no pagaba la renta, el propietario por medio del interdicto salviano se hacía poner en posesión de esos objetos afectos al pago, pero no cenía medio jurídico para perseguir esos bienes cuando el arrendatario los pasaba a terceras personas. Posteriormente este inconveniente se obvió mediante la acción Serviana, que es una acción *in rem* dada al propietario y por la cual pudo perseguir esos objetos en manos de quien se encontraran y hacerse poner en posesión de ellos, salvo pago. Este uso se generalizó por su utilidad y ventajas y fue sancionado por una *actio in rem* especial a la que se llamó acción *quasi serviana* o hipotecaria. D.39.2.34, D.43.33.1

190. COSAS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECA

Todas las cosas corporales susceptibles de ser vendidas pueden hipotecarse, sean muebles o inmuebles; por lo que respecta a las cosas incorporales, no se pueden hipotecar ni los derechos de uso, ni de habitación, ni las servidumbres urbanas, pero pueden hipotecarse válidamente: *a*) el usufructo; *b*) las servidumbres rurales, siempre que el acreedor sea propietario de un fundo vecino; *c*) los derechos de superficie y de enfiteusis; *d*) los derechos de crédito, esta hipoteca *pignus nominis*, permite al acreedor vender el crédito y pagarse con el precio; *e*) los derechos de prenda y de hipoteca;

un acreedor hipotecario puede asimismo hipotecar su derecho de hipoteca a su propio acreedor —*pignus pignoris*—, lo cual permite a éste el ejercitar la acción hipotecaria en su provecho.

D.20.1.1, 9.1 y 15, 11.3 y 12

191. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede originarse de un pacto, de un testamento, tácitamente.

Pacto. El acuerdo entre las partes bastaba para crear el derecho real de hipoteca; se trata de un pacto sancionado por el derecho pretorio —*pactum vestitum*.

Testamento. El de *cuius* utilizaba este modo de constituir la hipoteca sobre alguno de los bienes hereditarios, cuando deseaba garantizar a su legatario una renta vitalicia o una pensión alimenticia.

Hipotecas tácitas. Las hipotecas tácitas son aquellas que la ley crea directamente, de ordinario por interpretación de la voluntad de las partes, o por favor hacia un acreedor incapaz. Tienen una hipoteca tácita especial: 1) El arrendador de un fundo rural sobre los frutos y cosechas. 2) La hipoteca del arrendador de una casa sobre todos los muebles y objetos introducidos en ella. 3) En el derecho de Justiniano, la hipoteca de los legatarios sobre los bienes de la sucesión. Tienen una hipoteca tácita general: 1) El fisco, sobre los bienes de sus administradores y deudores. 2) Los pupilos y los menores de veinticinco años sobre los bienes de sus tutores y curadores; esta hipoteca creada por Constantino, fue extendida por Justiniano a los locos. 3) La mujer casada y sus herederos, bajo Justiniano, sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de la dote.

D.20.1.4, D.20.4.5, 6.1 y 2, D.20.2.2, 4 y 7

192. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

La hipoteca genera a favor del acreedor hipotecario, como lo hemos visto, derechos de preferencia, de persecución y de venta sobre la cosa afectada como garantía.

Derecho de preferencia. Colocándonos en la hipótesis más sencilla de una sola hipoteca, este derecho de preferencia no se ejerce más que en contra de los acreedores quirografarios del deudor, y se ejercita este derecho vendiendo la cosa; con el precio se paga el acreedor hipotecario y si hay sobrante lo entregará al deudor; si el precio no alcanzó a cubrir el adeudo, conserva el acreedor su acción personal contra el deudor por la diferencia.

D.20.5.9, D.20.4.12.9

Derecho de persecución. Este es el derecho de ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la acción *in rem* hipotecaria para hacerse poner en posesión, cuando no ha pagado el deudor; el demandado debe devolver la cosa o, si quiere quedarse con ella, pagar al acreedor. El tercero demandado por detentar la cosa hipotecada puede oponer al acreedor algunas excepciones: *a)* si tiene sobre el bien una hipoteca preferente; *b)* puede pagar al acreedor y pedir que le ceda sus acciones; *c)* puede, mediante el beneficio de discusión introducido por Justiniano, pedir al acreedor que ejercite antes su acción personal en contra del deudor y sus fiadores. D.13.7.18.2, D.41.3.44.5

Derecho de venta. El acreedor no pagado a su vencimiento, por medio de la acción hipotecaria se hacía poner en posesión del bien afecto como garantía y podía proceder a su venta después de notificar al deudor. Si hay una cláusula que impida vender, ésta ya no se observó después, teniendo el acreedor que dirigir tres notificaciones al deudor. Justiniano decidió que si no estaban reguladas por las partes las condiciones de la venta, el acreedor debía dirigir una notificación al deudor u obtener sentencia contra él y esperar dos años para vender. El acreedor hipotecario que vende la cosa afectada en garantía transmite al comprador la propiedad del bien.

D.13.7.4, D.20.1.16.9

193. CONFLICTO ENTRE ACREEDORES HIPOTECARIOS

En Roma, la hipoteca no tenía la publicidad que tiene en la actualidad, así que no era difícil que un mismo bien estuviera gravado con varias hipotecas, de manera que era ne-

cesario clasificarlas, pues el primero era el único que podía hacerse entregar la cosa no sólo de los terceros en cuyas manos estuviera, sino de los demás acreedores hipotecarios y al ejercer el derecho de venta ponía al adquirente al abrigo de toda amenaza de evicción, inclusive de los demás acreedores hipotecarios posteriores: "Si un segundo acreedor hubiese convenido una hipoteca, podrá quitársela a cualquier poseedor, acepto al primer acreedor o quien hubiera comprado de él."

D.20.4.12.7

La preferencia, ordinariamente, se determina por la fecha —*prior tempore, potior iure*—, decisión simple y equitativa, pues el deudor no debe hipotecarla a un segundo y tercer acreedor sin respetar los derechos del primero; sólo que el Derecho Romano exageró esta solución, pues únicamente el primer acreedor ejerciendo su acción hipotecaria triunfa sobre todos los demás; si un acreedor posterior ejercita su acción, sucumbe ante el primero, aunque triunfe sobre los demás. Puesto en posesión del objeto el primer acreedor, puede vender cuando quiera sin importarle los demás, y cuando vende, el adquirente obtiene la propiedad del objeto sin gravámenes, esto es, queda libre de las demás hipotecas.

C.8.17U8). 3 y 5

Para evitar en parte estos inconvenientes, el que hipoteca o enajena un bien debe declarar si está gravado, y si falta fraudulentamente a esta disposición es culpable del delito de estelionato. Los acreedores hipotecarios posteriores tienen el *tus offerendx pecunix*, esto es, que pueden desinteresar al acreedor que se encuentra en primer término pagándole su crédito, así él saldrá y dejará su lugar a los posteriores. "Si un tercer acreedor permite que se vendan sus prendas para que se pague al primero y sucederle en el rango para su propia prenda, escribió Papiniano (11 resp.) que sí le sucedería, y que el segundo acreedor no puede hacer otra cosa que pagar al primer y sucederle en su lugar."

D.13.7.36.1, D.47.20.3.1, D.20.4.12.9

La regla *sicil prior es tempore, ita potior iure*, tenía excepción, pues ciertas hipotecas tenían primacía sobre las demás por razón de la calidad del acreedor o por causa del em-

pleo que se dio al crédito. Entre las primeras tenemos: *a)* la de la mujer sobre los bienes del marido para la devolución de la dote; *b)* la de los incapaces sobre los bienes de los tutores y curadores; *c)* la del fisco; *d)* la de las ciudades. Entre las segundas: *a)* la del acreedor que prestó y ese dinero se empleó en la reconstrucción o mejora del bien; *b)* la de aquel que ha depositado el dinero con un cambista; *c)* la de aquel que ha pagado los gastos funerarios que debe soportar el patrimonio vendido.

C.8.14(15),2, D.42.3.1, D.42.5.24.1, D.20.4.5 y 6

194. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se extingue por vía de consecuencia o directamente. Por vía de consecuencia cuando el acreedor es pagado y más generalmente todas las veces que la deuda de la cual es el accesorio se extingue totalmente, bien por el derecho civil, bien por el derecho pretorio, pues si sólo se extingue parcialmente, la hipoteca que es indivisible, subsistirá entera.

D.20.6.6

La hipoteca se extingue directamente: 1) Por la venta de la cosa hecha por el acreedor hipotecario; extingue así su hipoteca y las posteriores, si las hay, pero no las anteriores. 2) Por la renuncia del acreedor, que puede ser expresa o tácita, como cuando deja vender el bien afectado sin ejercer su derecho. 3) Por confusión, es decir, por la adquisición de la propiedad de la cosa hipotecada por el acreedor hipotecario. 4) Por la pérdida de la cosa hipotecada. 5) Por la prescripción extintiva de cuarenta años que es la más larga duración de la acción hipotecaria, según disposición del emperador Justino. 6) Por la *pnvscriptio longi temporis* cuando el bien hipotecado está en manos de un tercer adquirente de buena fe y con justo título con relación al acreedor hipotecario, puede oponerle esta *prxscriptio* a su acción hipotecaria.

D.20.6.5.7 y 8

195. DEFECTOS DEL SISTEMA HIPOTECARIO ROMANO

La falta de publicidad fue el principal defecto que tuvo la hipoteca en Roma; el acreedor prácticamente descansaba en

la buena fe de su deudor, pues no había medio seguro de constatar si un bien estaba o no estaba hipotecado. Otro defecto del sistema romano era la desmedida preferencia que tenía el primer acreedor hipotecario en perjuicio de los posteriores a quienes dejaba sin ninguna garantía real. Finalmente, otro inconveniente eran las numerosas hipotecas tácitas que existían a favor de distintos acreedores.

LECCIÓN XXXIX

IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

196. Ideas Generales acerca del ejercicio y de la protección de los derechos. 197. Nociones acerca de los tres sistemas procesales civiles romanos. 198. Desenvolvimiento del proceso. 199. La *iuris-dictio* y el *imperium*. 200. *Index, arbiter, recupera iores*. 201. Tribunales permanentes.

196. IDEAS GENERALES ACERCA DEL EJERCICIO Y
DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

La teoría de las acciones descansa sobre las siguientes ideas: 1" Cuando el legislador establece nuestros derechos, lo hace con el fin de hacerlos respetar, de donde sus disposiciones tienen la necesidad de ser complementadas por una sanción para el caso de que fueran violadas. 2-' Esta sanción conduciría a desórdenes y violencias si fuera sólo aplicable por los particulares interesados, de ahí el origen de la organización judicial, que es la encargada de dirimir las controversias: *non est singulis concedi iuliu, qoad per jnagistratum publice possil fieri, ne occüsis sit maioris tamul tus faciendi* —no debe permitirse a los particulares lo que puede hacer oficialmente el magistrado, para no dar ocasión a mayores perturbaciones. Sin embargo, el particular ante una agresión injusta puede repelerla con los medios a su alcance cuando no le es posible pedir la ayuda a la autoridad debido a la inminencia del riesgo. 3¹ Finalmente, como lo arbitrario de la autoridad podía ser tan peligroso como su ausencia, era necesario determinar las formas según las cuales los distintos procesos serían ajustados y juzgados; estas formas son las que constituyen el procedimiento.

D.50.17.176. D.43.16.1.27 y 3.9

La acción es el medio jurídico por el cual una persona puede alcanzar el reconocimiento, satisfacción y sanción de

un derecho subjetivo que le ha sido reconocido previamente por el ordenamiento jurídico, o puede impetrar la protección que el magistrado haya prometido en su edicto a una determinada situación de hecho en que el actor cree encontrarse.

La palabra acción además de sus significados restringidos, tiene tres sentidos generales: 1" señala ante todo el derecho de recurrir a la autoridad para hacer cesar la violación de un derecho y, si a ello hay lugar, obtener la reparación del daño causado. Así entendida, la acción casi no difiere del derecho que le sirve de base, la identidad es tan completa en el sentido de que la acción y el derecho mismo no cuentan en nuestro patrimonio como dos valores distintos. 2" El hecho mismo de ejercitar este recurso, toma el nombre de acción. 3" Finalmente, se entiende por acción las formas y reglas según las cuales este recurso se ejercita y es juzgado.

D.50.16.178.2

197. NOCIONES ACERCA DE LOS TRES SISTEMAS
PROCESALES CIVILES ROMANOS

Tres sistemas generales de procedimiento se sucedieron en Roma: las acciones de la ley, el sistema formulario y el procedimiento extraordinario. Las acciones de la ley aparecen en pleno vigor desde las Doce Tablas y es probable que se remonten a una época aún más antigua; como sistema general reinaron exclusivamente hasta la ley Aebutia, siglo sexto de Roma. Desde entonces y en la misma medida en que esa ley las abroga, son reemplazadas por el sistema formulario, cuyo dominio se extiende y perfecciona en los siguientes siglos y que tuvo la fortuna de concurrir con el más grande desarrollo del Derecho Romano —época clásica. Más tarde, bajo Diocleciano, este sistema desaparece, dejando sitio a un procedimiento menos docto quizá y menos riguroso, procedimiento que por lo demás no tenía nada de nuevo, pero que hasta entonces no había funcionado más que a título excepcional, de ahí el nombre de procedimiento extraordinario que la fujerza de la costumbre conservó, aunque se convirtió en el derecho común.

El primer sistema se caracteriza por la solemnidad de los actos y de las palabras que tienen lugar con el concurso del

magistrado; son a estas solemnidades a las que se llama *legis actiones*. La palabra acción no designa aquí más que el primer acto del procedimiento. En el segundo sistema el papel del magistrado consiste en redactar un instructivo que lleva la designación del juez y la determinación de sus poderes. A este instructivo se le llama fórmula, y la acción no es otra cosa que el derecho que pertenece al actor de dirigirse al juez así designado para requerirle una decisión conforme a la fórmula. Así lo entiende Celsus cuando define la acción como el derecho de perseguir ante un juez aquello que nos es debido —*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat*, *indicio persequendi*. En el procedimiento extraordinario la palabra acción necesariamente no tiene más que el tercer significado general ya indicado, pues este procedimiento excluye toda clase de solemnidades y no distingue al magistrado del juez.

D.44.7.51

En la exposición general de estos tres sistemas de procedimiento no es posible dar a cada uno una parte igual. Bajo las acciones de la ley, lo escaso de los textos, obliga al intérprete a ser breve e incompleto. Bajo el procedimiento extraordinario, simple en sí mismo —y que además corresponde a la decadencia del derecho—, bastará con señalar las diferencias que lo separan del sistema formulario. En cuanto a éste, hace falta describirlo en detalle, porque penetra todo el derecho: bajo su influencia, el lenguaje se fija, fue por así decirlo, el molde donde los jurisconsultos elaboraron todas sus teorías y nunca la unidad del fondo y de la forma fue más estrecha que bajo el reinado de este procedimiento, de manera que sin un conocimiento profundo de su mecanismo no se comprenderá ni el derecho clásico ni el del Bajo Imperio, heredero necesario del lenguaje de las edades precedentes.

198. DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO

Caracteriza al procedimiento de las *legis actiones* y al formulario la división del proceso en dos etapas: *in iure* la primera, e *in indicio* la segunda, aquélla se ventila ante el magistrado, ésta ante el juez.

Antes de estudiar el desenvolvimiento del proceso, veamos cómo comparecían las partes. La instancia *in iure* principia por la *in ius vocatio* —citación ante el magistrado—, por una promesa llamada *vadimonium* —garantía— y por la *litis denuntiatio* —declaración del actor al demandado. La primera se remonta a la época de las Doce Tablas, parece haber sido la única conocida en el tiempo de las *legis actiones* y sigue siendo la más usual aun después de la desaparición de ese sistema. La segunda tiene su origen en el derecho pretorio y la tercera fue obra de Marco Aurelio. La *in ius vocatio* es un requerimiento que hace el mismo actor al demandado para comparecer ante el magistrado; el demandado debe seguir a su adversario o presentar un *vindex* que comparezca en su lugar. Si el demandado se resistía, el actor lo podía tomar por el cuello —*obtorto eolio*— acompañándose de un testigo. El pretor no autorizó esta violencia, la substituyó por una acción penal; el demandado que no podía comparecer de inmediato en vez de ofrecer un *vindex* —fiador—, daba la caución *in iure sistendi* —de presentarse ante el magistrado. El *vadimonium* es la promesa de comparecer, garantizada por el demandado con la *cautio in iure sistendi* —fianza de presentarse ante el magistrado. La *litis denuntiatio* —declaración del actor al demandado— la conocemos gracias a unos pasajes de Aurelius Víctor, y no es otra cosa que una notificación dirigida por el actor al demandado, en la que se indica el objeto de la demanda y se señala el día para comparecer ante el magistrado.

G.4.183 a 185, D.5.2.7. D.2.13.1.1

Desenvolvimiento del proceso en las legis actiones. En la etapa *in iure* —ante el magistrado— las partes alegan los argumentos que a sus intereses convengan, y una vez que el magistrado concede y admite la acción, las partes realizan una serie de pantomimas —formalismos orales y solemnes— que constituyen lo típico de este procedimiento, invocando a los testigos que las han presenciado para que después puedan dar testimonio al juez si éste lo solicitare. Señalan las partes al juez a quien deberá someterse la decisión del asunto. Los actos solemnes hechos ante la presencia de testigos en los que se delimitan los términos de la controversia, suponen un verdadero contrato por el cual las partes se someten a la decisión del juez nombrado por ellas, reciben por esto el nombre

de *litis contestationes*. Aquí termina la primera fase del proceso llevada ante el magistrado. Se inicia la segunda etapa ante el juez privado —*in iudicio*— quien verifica o constata los hechos y pruebas aportadas y a tenor de su examen el juez emite su opinión o sentencia sobre el asunto sometido a su consideración. G.4.17 y 17a

Desenvolvimiento del proceso en el sistema formulario. En este procedimiento se substituyen las solemnidades orales con las que se realiza la *litis contestado* en las *legis actiones*, por la redacción de un documento escrito llamado fórmula, en el cual se hace un resumen de la controversia y se señala al juez, quien ha de emitir su fallo apegándose a las instrucciones de la fórmula y a la comprobación de lo alegado por el actor. En este procedimiento parece que la *litis contestatio* consistía en el acto por el cual el actor entregaba o dictaba al demandado la fórmula escrita que había autorizado previamente el magistrado. No obstante que la fórmula daba una fuerza probatoria mayor al contrato arbitral, los testigos seguían siendo utilizados para acreditar ante el juez la realización de los hechos por ellos presenciados.

G.4.39

Concepto del magistrado v del juez- Atribuciones de estas autoridades. En un principio el rey era quien en su mano concentraba todos los poderes administrativos, judiciales, políticos y religiosos. A la caída de la monarquía estos poderes pasan a distintas manos; por lo que respecta a nuestro tema a los cónsules y posteriormente a los pretores, quienes eran los más altos magistrados. El poder de los magistrados judiciales se llamaba *potestas* o *imperium* —*potestatis verbo piltra significatur: in persona magistratum imperium*. Por este *imperium* el magistrado ejercita la *iurisdictio*, por la cual organiza la instancia y posteriormente envía a las partes ante un juez.

D.1.2.2.1 y 14

El juez es la persona particular que conoce del asunto que se le ha encomendado y cuyas atribuciones terminan cuando ha dictado la sentencia. A más de los jueces particulares, hay

otros que componen los tribunales permanentes y cuyas atribuciones varían. D.5.1.1

Desenvolvimiento del proceso en el sistema extraordinario. En este sistema ya no hay la división de la instancia que privó en los dos anteriores, toda se desarrolla ante el magistrado, pero éste puede delegar sus poderes en un juez, quien tampoco es una persona privada como en los sistemas anteriores, sino que es un funcionario del estado al igual que el magistrado.

199. LA «IURISDICTIO» Y EL «IMPERIUM»

La *iurisdictio* en el sentido más amplio y más conforme a la etimología de la palabra (*ius dicere*) significa todo acto por el cual el magistrado declara el derecho; es el conjunto de poderes relativos a la administración de la justicia. La *iurisdictio* no es en sí misma más que una rama o una derivación del *imperium*. Pero como estos poderes no están siempre reunidos en las mismas manos y unos pueden ser delegados y otros no, conviene clasificarlos bajo designaciones diferentes:

1" El *ius edicendi* o derecho de publicar los edictos. Todos los magistrados superiores de Roma en la esfera de sus atribuciones están investidos de este derecho, no pertenece más que a ellos y no puede ser delegado a ninguna persona.

2" El *ius iudicari iubendi aut iudicandi*. El *ius indicari iubendi* no es otra cosa que el derecho de enviar a las partes ante uno o varios jueces, esto comprende el derecho de asistir al cumplimiento de las *legis actiones* o de entregar una fórmula. En cuanto al *ius indicandi*, es el derecho de juzgar por sí mismo.

3" El derecho de tomar —aun fuera de todo litigio— medidas de protección o de coerción, por ejemplo, acordar una *bonorum possessio*, una *missio in possessionem*, etc. Este derecho se llama *imperium mixtum* porque el magistrado que lo ejerce hace a la vez una declaración de derecho y un acto de ejecución —*mixtum est imperium cid etican iurisdictio inest, quod in dunda bonorum possessione consistit*— el im-

perio mixto es aquel que lleva anexa la jurisdicción, lo que consiste en dar la posesión de los bienes. D.2.1.3

4" La jurisdicción graciosa, esto es, la participación del magistrado en ciertos actos jurídicos como la manumisión *vindicta*, la adopción, la *in iure cessio*.

5" Ciertas atribuciones que resultan de las leyes especiales, como el derecho de nombrar un tutor.

La *iurisdictio* es territorial, es decir, no se ejerce válidamente más que dentro de los límites del territorio sometido a¹ la autoridad del funcionario, fuera de ella son como simples particulares; sólo la *iurisdictio* del emperador y la del prefecto del pretorio se extiende a todo el Imperio.

En cuanto al *imperium*, esta expresión como su sinónima *potestas*, significa de una manera general el derecho de ordenar y de recurrir a la fuerza, del cual están investidos los magistrados superiores.

D.2.1.3

200. «IUDEX, ARBITER RECUPERATORES»

Entre el juez propiamente dicho y el arbitro parece que no hay una distinción esencial, la cuestión es discutida, algunos jurisconsultos opinan que el arbitro se ocupaba de los asuntos en que se sobreponía la equidad al rigor del antiguo derecho. Si existe diferencia ésta consiste en que los poderes del arbitro son más extensos; si la demanda tiene por objeto preciso el pago de una suma de dinero, como debe ser absolutamente admitida o rechazada, se empleará un juez. Por el contrario, si la demanda deriva de un contrato sinalagmático, como las afirmaciones del actor pueden ser desvirtuadas o aminoradas por las afirmaciones del demandado, quien decida el litigio será un arbitro. No hay distinción marcada entre juez y arbitro, ya Cicerón decía, con ironía, que tantos hombres ingeniosos no habían podido decir después de muchos años si se debía decir *índex* o *arbiter*. Sin embargo, el juez es siempre único —*unus iudex*—, el *arbiter* comúnmente también es único aunque según las Doce Tablas puede haber hasta tres.

G.4.17a y 141

En cuanto a los *recuperatores*, conocen de los litigios que surgían entre los peregrinos y para ciertos juicios entre ciudadanos romanos y peregrinos. Los tratados de Roma con otros países estipulaban que las causas de este género serían juzgadas por comisionados especiales que los romanos llamaron *recuperatores*. Desde la época de Plauto esta institución había pasado del derecho internacional al derecho privado de Roma, donde no tardó en conocer también de litigios entre partes romanas. Sería una cuestión interesante saber qué causas debían ser llevadas necesariamente ante los *recuperatores*, pero los textos no aportan luces al respecto; se puede conjeturar que en el Imperio sólo conocían de cuestiones de estado, pero hay la certidumbre que en muchos casos, como en materia de *iniurias* y de interdictos, su competencia era facultativa para las partes.

G.4.46 y 105

201. TRIBUNALES PERMANENTES

Además de los jueces, arbitros y *recuperatores*, funcionaban en Roma tribunales permanentes con una competencia especial, éstos eran los centunviros, los decenviros y los triunviros.

El colegio de los centunviros fue una gran emancipación del monopolio judicial de los patricios, pues fue una institución democrática, sabemos por la ley Servilia *repetundarum* —de las concusiones— que eran elegidos por un año, eran en número de ciento cinco, tres por cada una de las treinta y cinco tribus; bajo el Imperio su número llega a ciento ochenta. Es un tribunal eminentemente quiritaro, en donde se planta la lanza, símbolo de la propiedad romana. Conoce de cuestiones de estado, cuestiones de propiedad y sucesiones. No conocía otro procedimiento que el de las acciones de la ley y los asuntos que le eran sometidos debían serlo mediante la *actio sacramenti*; cumplido el rito ante el magistrado, remitía a las partes al tribunal de donde volvían ante el magistrado para la ejecución de la sentencia. El arraigo democrático y popular de este tribunal hizo que perdurara su existencia casi hasta el Bajo Imperio y que nos conservara parte de las acciones de la ley.

G.4.31

Los *decemviri* son mencionados en muchos textos y se ocupaban de juzgar los procesos relativos a la libertad y al derecho de ciudad y puede ser que todas las cuestiones de estado también podían serles sometidas. Los mismos textos prueban que el procedimiento del *sacramentum* se aplicaba a los asuntos de su competencia. Un pasaje de Suetonio nos autoriza a creer que a partir del reinado de Augusto dejaron de existir como tribunal independiente.

D.1.2.2.29

Triunviros. Antiguamente había de hacerse previamente el depósito del *sacramentum*, pero la ley Papiria encomendó el cobro posterior —al final del litigio— a los triunviros capitales y les dio también la facultad de fijar la cuantía de la apuesta, según el valor del asunto ventilado. Asimismo, les estaba encomendada la vigilancia nocturna de la ciudad, estatuyendo sobre los juicios referentes a casos de *manus iniectio* popular, dada a todo mundo contra aquellos que hubieran cometido ciertos delitos. Este tribunal, al igual que el de los *decemviri*, desaparece bajo Augusto.

LECCIÓN XXX

202. Sistema de las acciones de la ley. 203. Examen de las cinco acciones de la ley. 204. Desaparición de este sistema.

202. SISTEMA DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Este es el primer sistema que forma el *ordo iudiciorum privatorum* —el orden de los juicios privados. Gayo en su comentario (4.11) dice: "Las acciones que usaron los antiguos se llamaban acciones de la ley, bien porque dimanasen de las leyes, pues entonces no existían los edictos del pretor que introdujeron otras muchas acciones, o bien porque estando acomodadas al texto mismo de la ley, eran tan invariables y tan observadas como ellas. Así es que supuesto el caso de que uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la acción la palabra cepas, han decidido los juriconsultos que habría perdido la cosa reclamada, fundados en que debiera haber empleado la palabra árboles, porque la ley de las Doce Tablas, de donde en este caso procedía la acción, habla en general de árboles cortados —*arboribus succisis*." Con este sistema principia el derecho procesal romano; contiene en alto grado los caracteres de una civilización ruda y en su infancia; el simbolismo material, un ritual de pantomimas y palabras consagradas lo caracterizan. En este sistema priva la dominación patricia y la influencia pontifical, dura desde el principio de Roma hasta la ley Aebutia en el año 126 a. C.

Bajo el nombre de *legis actiones* se señalan cinco formas distintas, a saber, el *sacramentum*, la *iudicis postulatio*, la *condictio*, la *manus iniectio* y la *pignoris capio* —*lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulatio-nem, per manus iniectio-nem, per pignoris capio-nem*. Haciendo a un lado la *pignoris capio*, las acciones de la ley presentan estas características: 1) Implican la pronunciación de palabras solemnes —*certa verba*— y éstas deben estar adaptadas

a aquellas que emplea la ley. A cada acción de la ley correspondía cierto número de fórmulas parecidas por algún carácter general, pero distintas en su detalle. El carácter general de estas fórmulas, hasta donde las fuentes nos lo permiten conocer, es que contenían una afirmación o una negación referente al derecho o al hecho de la persona misma que las pronunciaba, de donde se seguía que este procedimiento excluía toda representación: *nemo alieno nomine lege agere potest*. 2) Las acciones de la ley exigen la presencia de las dos partes, sin duda alguna, porque una y otra debían dirigirse las palabras solemnes, no permitían el juicio en ausencia, ni la representación como se ha dicho, salvo en casos raros: *pro libertate*, *pro tutela*, etc. 3) Las acciones se cumplen *in iure*, es necesaria la presencia del magistrado quien habla y obra, pero no podía, fuera de estas acciones, dar o rehusar una acción. Si la ley no preveía el litigio, no había fórmula legal que se pudiera pronunciar en justicia, por tanto, no había acción. 4) Finalmente, para obrar *lege* las partes no podían elegir un día cualquiera, era necesario obrar en día *fasto*.

G.4.12, D.50.17.123

Fases en que se desarrolla. Dos son las fases en que se desarrolla la instancia en este procedimiento: una ante el magistrado y que termina con la *litis contestado*, la otra ante el juez, cuyo papel termina al dictar sentencia. Ante el magistrado —*in iure*— las partes pronunciaban las palabras, hacían las pantomimas como la ley lo ordenaba, sin variar nada; el magistrado no es el que juzga, da simplemente por su concurso una especie de autenticidad a los actos de las partes, especialmente a los del actor. El actor es el que ejercita la acción correspondiente a su derecho cumpliendo con la *legis actio*, misma que no puede cumplir más de una vez con respecto a un mismo derecho, de ahí la máxima *bis de eadem re ne sit actio*. Al terminar esta primera fase las partes se dirigirán a los presentes diciéndoles: *testes estote litis* —sed testigos del juicio—, a fin de que posteriormente el juez pudiera aclarar alguna duda con estos testigos. En seguida el asunto pasaba al juez, quien tenía la parte más laboriosa: hacer el examen de las pruebas y testigos, para finalmente dictar la sentencia; por lo general la condena era pecuniaria.

G.4.17b

203. EXAMEN DE LAS CINCO ACCIONES DE LA LEY

Sacramentum. La acción sacramento era general porque se aplicaba a todos aquellos casos en que no había otra acción establecida por la ley. El *sacramentum* ya era conocido en la época de las Doce Tablas y puede ser que sea tan antiguo como Roma misma. En un sentido restringido el *sacramentum* era una pena pecuniaria que el postulante que pierde paga al *jsrarium* para los sacrificios públicos. En un principio cada parte entregaba a los pontífices una suma de 50 o de 500 ases; ésta, cuando el valor de los objetos en litigio, llegaba a mil o más ases; aquella, cuando eran de menor valor; pero si la controversia giraba sobre la libertad de un hombre por más que ésta fuese de mucho precio, el depósito era de cincuenta ases a fin de que la caución no fuera onerosa a los adsertores. Terminado el proceso el ganador retiraba su depósito, después éste se substituye por una promesa recíproca hecha ante el magistrado y garantizada por las prades o cauciones.

G.4.13 y 14

Si la acción era real y eran muebles los objetos sobre los que versaban, la reivindicación *in iure* se hacía así: el que la proponía tomaba en la mano una varita —*festuca*— y asiendo la cosa que era objeto del litigio, pronunciaba estas palabras: "Afirmo que este (hombre) me pertenece por derecho quiritarío según su condición, como ya he dicho, en prueba de ello te he tocado con esta vara." Por su parte el adversario hacía otro tanto, a continuación el pretor decía: "Soltad ambos al esclavo" y las partes previa provocación, depositaban la apuesta en manos del pontífice. Después, si la acción era personal, seguían algunas otras formalidades. En la acción real el pretor pronunciaba la adjudicación provisional del objeto a uno de los contendientes, quien debía dar fianza a la otra para responder del litigio. Cuando ya la apuesta no se depositaba previamente, las partes ofrecían fiadores que garantizaban su pago. El juez hacía el examen de las pruebas y oía las pretensiones recíprocas de las partes, limitándose a indicar quién había ganado la apuesta. G.4.16 y 17

Iudicis postulatio. Tenemos muy pocos datos sobre esta acción de la ley, pues las Instituciones de Gayo, la principal fuente en esta materia, en este pasaje, son del todo ilegibles. Parece que no requería un procedimiento solemne como la anterior y las partes se limitaban a pedir al magistrado un juez o arbitro al decir de Valerius Probus: *arbitrwn iudicem-ve postulo uti des* —pido que des un arbitro o un juez.

G.4.17a

Por lo que hace a la aplicación de esta acción de la ley, tampoco tenemos datos ciertos. No es aceptable la hipótesis de algunos autores que dicen que era aplicable a las acciones de buena fe, pues éstas no existían antes de la ley Aebu-tia; más bien esta acción era aplicable cuando el *sacramentum* era inoperante por no poder resolverse el negocio con una simple declaración: *utñusque iustum sit sacramentum* —cuál de los dos ha ganado. En estos casos se aplicaría en la *actio finium regundorum* —acción de reglas límites—, en la *arbi-trium litis zestimandse* —procedimiento arbitral de objetos litigiosos— y en aquellas cuya condena pecuniaria tasaba un perjuicio causado.

Condictio. Gayo en sus Instituciones dice: "Esta acción se llamaba con toda propiedad *condictio*, porque el actor intimaba a su adversario para que a los treinta días se presentase a tomar un juez. Mas hoy ya no se hace ninguna intimación de este género, llamamos *condictio* impropriamente a la acción personal en cuya virtud sostenemos que otro está obligado a darnos alguna cosa. Esta acción de la ley fue establecida por las leyes Silia y Calpurnia: por la primera si se trata de una suma determinada de dinero y por la segunda si de otra cualquiera cosa también determinada." Por la introducción de la *iudicis postulatio* y la *condictio* el *sacramentum* perdió una gran parte de su importancia, aunque se sigue aplicando a las acciones reales y entre las personales a aquellas que resultan de un delito y cuando el juicio se lleva ante los centunviro.

G.4.17b a 20

Manus iniectio. Esta *legis actio* nos aparece ante todo como un procedimiento de ejecución de los juicios, que se aplica directamente a la persona del condenado y que no ata-

ña a sus bienes más que por vía de consecuencia. Vista en esta aplicación principal, que también es la más antigua, la *manus iniectio* se da: a) Contra el condenado a una pena pecuniaria; b) Contra el deudor que ha reconocido su deuda pecuniaria *in jure*, de donde viene la máxima *confessus in iure pro iudicato habetur* —quien ha confesado ante el magistrado, se le tiene por juzgado. Leyes especiales extendieron la *manus iniectio* a deudores que no habían sufrido condena ni confesado en juicio. Hubo desde luego la *manus iniectio pura*, a la cual el deudor pudo sustraerse sin necesidad de dar un *vindex*, con sólo negar la existencia de la deuda, pero si sucumbía en la instancia era condenado al doble. En Gayo encontramos dos aplicaciones de la *manus iniectio pura*: una ley Marcia la daba al deudor contra el usurero y la ley Furia testamentaria al heredero contra toda persona que a título de legado, o de otro modo, había recibido *mortis causa* una cantidad superior a mil ases. G.4.21 a 25

Hubo en segundo lugar, la *manus iniectio pro iudicato*, aquí el deudor, como si ya hubiere sido condenado, estaba en la alternativa o de seguir al acreedor, o de proporcionarle un *vindex*. Esta *manus iniectio* tuvo antiguamente muchas aplicaciones; por la ley Furia se daba contra aquel que hubiese exigido de un *sponsor* más de su parte viril; por la ley Publilia se daba contra aquél que durante seis meses no reembolsara a su *sponsor*.

G.4.22 y 23

Pignoris capio. Se llama *pignoris capio* al acto por el cual el acreedor toma a título de prenda bienes del deudor. Para que sea válida debe estar autorizada por la costumbre o por la ley y en razón de un interés público. Se introdujo por la costumbre en los asuntos militares, porque era lícito al soldado que no recibía su paga apoderarse de una prenda perteneciente al pagador —*ae\$ militare*—, también cuando no recibía dinero para la compra de un caballo —*xs xquestre*—, o para la alimentación del mismo —*xs hordiarium*.

G.4.26 a 29

Algunos juristas dudaban en considerar a la *pignoris capio* como acción de la ley, pues podía celebrarse sin la presencia

del pretor y aun sin la del adversario, y la toma de prenda podía hacerse en días nefastos, durante los cuales no era lícito entablar las acciones de la ley.

204. DESAPARICIÓN DE ESTE SISTEMA

Gayo en sus Instituciones dice: "Empero, todas estas acciones de la ley llegaron poco a poco a hacerse odiosas, porque resultaba de la excesiva sutileza con que las redactaron los antiguos legisladores, que el más ligero error en la manera de entablar y proseguir la acción, podía acarrear la pérdida del pleito. Por tanto, estas acciones fueron abolidas por la ley Aebutia y las dos leyes Iulite estableciendo que en adelante se procediese en los litigios por ciertas y determinadas palabras, esto es, por medio de fórmulas. Sólo en dos casos se permitió hacer uso de las acciones de la ley: cuando se teme que sobrevenga un daño y cuando el juicio se lleva ante los *centumviri*..."

G.4.30 y 31

El carácter formalista y riguroso de las *legis actiones* fue lo que motivó su caída para ser substituido por un procedimiento más expedito: el formulario. En las *legis actiones* el papel del pretor era meramente pasivo y no le permitía elaborar el derecho para los nuevos problemas que se presentaban; además era un procedimiento eminentemente quiririta-rio. Todo esto contribuyó a que fuera ganando popularidad el sistema formulario que tiene su origen en el tribunal del pretor peregrino. Sin embargo, como hemos visto, perduraron restos de las *legis actiones*.

LECCIÓN XXXI

205. Sistema del procedimiento formulario.

206. Desarrollo de la instancia. 207. La fórmula, sus partes principales. 208. Partes accesorias de la fórmula. 209. La *litis contestado*. 210. Las pruebas. 211. La sentencia. 212. *Iudicium legitimwn, iudicium imperium continens*. 213. Medios de ejecución. 214. Vías de recurso. 215. Su presión del sistema formulario.

205. SISTEMA DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Éste es el segundo sistema de procedimiento que forma el *ordo iudiciorum privatorum* y que es una verdadera obra maestra del Derecho Romano. Se caracteriza frente al anterior sistema por la substitución de las solemnidades orales con las que se realizaba la *litis contestado*, por la redacción de una fórmula escrita donde se resumían los términos de la controversia y se hacía la designación del juez, a la vez que se le daban instrucciones para que emitiera su sentencia una vez examinadas las pruebas y oídos los alegatos de las partes.

G.4.30

Tiene su origen el sistema formulario en la imposibilidad de aplicar el sistema de las *legis actiones* a los asuntos que se suscitaban entre peregrinos o entre éstos y los ciudadanos romanos. Su autor fue el pretor peregrino quien en su tribunal conocía de estas controversias y tiene principalmente estos rasgos: *a)* el proceso se efectuaba basado en el *imperium* del magistrado, por lo que éste podía conceder o denegar libremente la tutela jurídica que se le impetraba, si la concedía, dentro de sus facultades estaba señalar la forma y los límites dentro de los cuales otorgaba su protección; *b)* apeándose al sistema establecido por las *legis actiones*, el magistrado encarga la decisión del negocio a un juez, dando

instrucciones escritas —*formula*;— que contenían la concesión de la acción y la orden de juzgar.

Es grande la importancia del sistema formulario por estar despojado de los ritos y solemnidades del anterior sistema y además por ser aplicable tanto a ciudadanos como a peregrinos y, finalmente, por la huella que dejó en el derecho procesal moderno.

206. DESARROLLO DE LA INSTANCIA

Procedimiento in iure. El objetivo del procedimiento *in iure* es la organización de la instancia, lo que se consigue con la redacción y entrega de la fórmula. Principia con la *actionis editio*, después viene un debate más o menos extenso entre las partes y como conclusión el magistrado rehusa o concede la fórmula, quedando libre el demandado de aceptarla. Por la *actionis editio* el actor hace saber a su adversario qué acción pretende invocar y en qué términos desea que la fórmula sea redactada.

Después de la *actionis editio* siguen algunos debates, los principales y más frecuentes se refieren a la competencia del magistrado, a la selección del juez, a la existencia de una acción que se adapte a los hechos alegados y sobre todo a la redacción y al contenido de la fórmula, inserción de excepciones y de *pratscriptiones*. Además pueden surgir incidentes relativos a las cauciones que se ofrecerán, a los interrogatorios *in iure*. a las declaraciones del demandado, a los medios de defensa que oponga. Por iodo esto, el procedimiento *in iure* no podrá cenarse siempre el mismo día en que se inicia, de ahí la necesidad de tomar medidas para asegurar su continuación, a este efecto el magistrado obliga al demandado a que se presente ante él determinado día. lo que viene a ser una nueva clase de *vadimonimn*.

Hay ocasiones en que el magistrado rehusa entregar la fórmula: *a)* cuando a los hechos que expone el actor no corresponde ninguna acción de las previstas en el edicto, o la hay, pero subordinada a cierta condición que en ese caso falta; *b)* cuando la pretensión del actor le parecía inadmisibles según las explicaciones del demandado; *c)* cuando el demandado da u ofrece satisfacción al actor; *d)* cuando el actor alega un hecho generador de la acción y el demandado opone

bien un medio de defensa sacado del fondo del asunto, bien una excepción; *e)* cuando el demandado reconoce el derecho del actor en presencia del magistrado —*confessio in iure*;—; *f)* cuando debiendo jurar el demandado rehusaba hacerlo. D.3.3.73, D.5.1.21, D.9.2.24, D.11.1.14.1

Fuera de estos casos el magistrado consentía en entregar la fórmula, pero ésta no vale en tanto no es aceptada por las partes; de ahí estas expresiones de uso tan común: *iudicium dictare*, que se aplica al actor y señala que él ha tomado la iniciativa y en una cierta medida la dirección del debate; *iudicium accipere*, que se aplica al demandado y señala que ha respondido a la *provocado* de su adversario y acepta la lucha en los términos que le están siendo propuestos. Gracias a este consentimiento recíproco la fórmula constituye un verdadero contrato entre las partes. La aceptación de la fórmula por el demandado cierra el procedimiento *in iure*. Si el demandado no aceptaba la fórmula o no asistía, era llamado *indefensus* y no podía seguir el juicio, pero para evitar estas situación desfavorable al actor, el pretor le concede la *missio in possessionem*, esto es, lo pone en posesión de los bienes del demandado.

D.45.1.83.1, D.46.7.3

Procedimiento in iudicio. El papel del juez consistía en apearse rigurosamente a los términos de la fórmula y ese papel varía considerablemente según sea la naturaleza de la acción ejercitada: real o personal, de buena fe o de derecho estricto, por lo que un estudio completo del *officium iudicis* abarcaría el estudio detallado de todas las acciones; pero éste no es ahora nuestro fin, sino que veremos los detalles generales del procedimiento *in iudicio*.

G.4.52

Hemos dicho que el juez para normar su actuación debe ceñirse a los términos de la fórmula, aunque ésta por error o mala fe del magistrado viole la ley, esto explica: 1) por qué las inexactitudes cometidas en su redacción ligan al juez hasta tal punto que ni las peticiones de las partes pueden hacer que la rectifique; 2) por qué también las excepciones que no fueron insertas en ella no pueden, aunque estén fundadas, ser propuestas *ni iudicio*.

La fórmula limita el objeto del litigio y determina las atribuciones o facultades del juez; ante él se desarrollan los debates referentes al fondo del procedimiento y las partes ofrecen sus pruebas, mismas que evalúa el juez, para después oír los alegatos de las partes.

El procedimiento *in iudicio* termina cuando se pronuncia la sentencia, la cual debe ser motivada, dicha en alta voz ante las partes. Puede ser pura y simple, salvo casos raros en que puede ser condicional.

207. LA FÓRMULA, SUS PARTES PRINCIPALES

La fórmula es una instrucción escrita redactada por el magistrado en términos sancionados —*per concepta verba*—, y por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de absolver o condenar al demandado. Toda fórmula principia con la designación del juez y después sigue una instrucción que determina sus poderes. Las partes principales de la fórmula son: 1) la *institutio iudicis*, 2) la *demonstratio*, 3) la *intentio*, 4) la *adiudicatio*, 5) la *condemnatio*. G.4.39

1. *Institutio iudicis*. En esta parte se hace la designación del juez que conocerá del asunto, va siempre al principio y se hace en términos imperativos: *Titius iudex esto*.

2. *Demonstratio*. El fin principal de esta parte es indicar al juez el objeto del *iudicium* y Gayo nos la muestra en estos términos: *quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* —puesto que Aulus Agerius ha vendido un esclavo a Numerius Negidius—, o en estos otros: *quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit* —puesto que A. Agerius ha depositado una mesa plateada en casa de N. Negidium. Vistos en su forma estos dos ejemplos no son del todo completos, parece que para destacar mejor los hechos se añadían estas palabras: *qua de re agitur* —de cuya cosa se trata, o de lo que se trata. Si de la forma pasamos al fondo, estos ejemplos de Gayo contienen dos notas: desde luego la causa de la acción expresada por su nombre técnico, en el caso una venta y un depósito, después la indicación del objeto del derecho: un esclavo \ una mesa. La *demonstratio* no existía

cuando se trataba de acciones *in factum*, de acciones reales v en las condiciones. G.4.40

3. *Intentio*. *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* —la *intentio* es aquella parte de la fórmula por la cual el actor indica su pretensión: "Si aparece que N. Negidius deba dar 10 000 sestercios a A. Agerius", o esta otra: "Todo lo que aparezca que N. Negidius deba dar y hacer en favor de A. Agerius", y también ésta: "Si aparece que el esclavo pertenece a A. Agerius conforme con el derecho de los *quírites*."

La *intentio* es la parte más importante de la fórmula, pues no hay demanda sin objeto, ni fórmula sin *intentio*, más aún, se encuentra una clase completa de acciones en las cuales la fórmula se reduce a esta parte: los *praeiudicia*, tales como aquellas por las que se trata de saber si alguien es liberto, o cuánto es el monto de la dote, y muchas otras.

G.4.41 y 44

4. *Adiudicatio*. Se llama así a la parte de la fórmula que confiere al juez el poder de transferir la propiedad a una de las partes; ya sabemos que ésta sólo se encuentra en tres fórmulas: aquellas dos de división —*communi dividundo*, *familia*; *erciscundse* —y en la acción *finium regundorum*— de reglar los límites. Su forma era esta: *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato* —que el juez adjudique a Ticio cuando deba serle adjudicado.

5. *Condemnatio*. La *condemnatio* es la parte de la fórmula por la cual se da al juez la facultad de condenar o de absolver, como por ejemplo: "Juez, condena a Numerus Negidius en favor de Aulus Agerius, si no aparece así, absuélvelo"; o "Juez, condena a N. Negidius en favor de A. Agerius hasta un monto no mayor de 10 000 sestercios. Si no aparece así, absuélvelo". Sobre la forma de la condena debemos observar: que si bien el poder de condenar implica el de absolver, uno y otro deben ser siempre indicados; y cualquiera que sea la naturaleza de la acción, las dos partes son nombradas necesariamente en la *condemnatio*: el demandado, por que él debe ser condenado o absuelto; el actor, porque es en su nombre y en su provecho la condena.

G.4.43

La fórmula es con transposición cuando el nombre que figuraba en la *intentio* era distinto del que aparecía en la *con-demnatio*, lo cual acontecía en las *actiones adiectitiae quali-tatis*; cuando uno de los litigantes obraba por medio de un . mandatario y en la acción llamaba Rutíliana cuando el comprador de los bienes obraba por ficción como heredero, haciendo la demanda a nombre de aquel a quien pertenecían los bienes vendidos, cambiando la condena en favor suyo. G.4.86 y 87

208. PARTES ACCESORIAS DE LA FÓRMULA

En cuanto a las partes accesorias de la fórmula, éstas son las excepciones —comprendiéndose aquí las réplicas, duplicas, etc. y las *prsescriptiones*. Cuando el magistrado inserta una de éstas en la fórmula es siempre para conservar o salvaguardar los derechos de uno de los postulantes y en este sentido tal inserción puede considerarse como esencial, pero esto sólo acontece en circunstancias especiales, no por la naturaleza de la acción, pues la fórmula puede entregarse sin *exceptio* y sin *prsescriptio*. Estas partes accesorias se añaden a solicitud de los litigantes y por los esfuerzos del pretor para suavizar los rigores del derecho civil.

Exceptiones. La *exceptio* es como cierta exclusión que suele oponerse a la acción para desvirtuar lo que se ha puesto en la *intentio* o en la *condemnatio*; en estos casos el juez sólo podrá condenar al demandado si la *intentio* está justificada y la *exceptio* no está probada. (Ver lección XXXIV.) D.44.1.2

Replicationes. *Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt ut exceptiones excludant*, este texto de Ulpiano con toda claridad nos dice lo que son las *replicationes*: no son otra cosa que *exceptiones* provenientes de parte del actor y que son necesarias para desvirtuar las *exceptiones*.

Sucede a veces que una excepción que a primera vista se considera justa, produce en realidad un perjuicio al actor. Cuando esto suceda, se acude en su ayuda por obra de otro agregado, el cual es llamado *replicado*, ya que por el mismo se replica y se resuelve la fuerza de la excepción. "Así, si por

ejemplo, he convenido contigo un pacto de no reclamarte la suma de dinero que me debes y luego hemos hecho un pacto contrario, es decir, permitiéndome reclamártela, si yo accionara contra ti y tú te excepcionaras diciéndome que se te condenare "si no se hubiese convenido que no se reclamara la suma de dinero", la excepción de pacto convenido me perjudica, puesto que este pacto permanece verdadero, no obstante que posteriormente hemos pactado lo contrario; pero como sería inicuo que se me excluyera por la excepción, me es dada una *replicatio* de este modo: "si posteriormente no se ha convenido que me sería lícito reclamarte dicha suma de dinero." G.4.126

Duplicaciones. La *duplicado* era la respuesta a la *replicatio* en interés del demandado, a la cual se oponía la *triplicatio* y así se van multiplicando los nombres.

G.4.127 a 129

Prsescriptiones. Son las partes que se escribían a la cabeza de la fórmula, precedían y reemplazaban algunas veces a la *demonstratio*. Unas se añadían a la fórmula en interés del actor —*ex parte actoris*— y otras en interés del demandado —*pro reo*. Las primeras tenían como fin delimitar el debate para restringir el efecto extintivo de la *litis contestatio*: Ticio es acreedor a una renta vitalicia de diez áureos; no le pagan su renta un año; si deduce su derecho en justicia, lo consume todo, pero por medio de la *prsescriptio* limita su acción sólo a lo que venció. Las *prsescriptiones pro reo* eran verdaderas excepciones sólo que figuraban a la cabeza en vez de ir después de la *intentio*; ya conocemos un ejemplo: la *prsescriptio longi temporis*.

G.4.130 a 137

209. LA «LITIS CONTESTATIO»

Antiguamente, en el momento en que se habían cumplido las solemnidades de la *legis actio* —acción de la ley—, los contendientes se dirigían en estos términos a los ahí presentes: *testes estote* —sed testigos. De aquí la expresión *litis contestatio* para señalar que la organización del *iudicium* era

cosa hecha. Este llamado a los testigos se hizo inútil bajo el procedimiento formulario, pero el término sobrevivió al uso que le había dado nacimiento. En adelante sigue expresando de una manera general la terminación del procedimiento *in iure*, sólo que anteriormente esta terminación coincidía con la de la *legis actio* y ahora concuerda con la entrega de la fórmula. La *litis contestatio* no es entonces otra cosa que el contrato que se forma en el instante en que la fórmula es aceptada por las partes. D.3.3.16 y 17

Efectos de la litis contestatio. Su efecto principal es que transforma el derecho primitivo del actor; por un lado crea una obligación nueva entre las partes, por el otro, el anterior derecho del actor se agota, no pudiendo ya deducirlo en un nuevo proceso. Este antiguo derecho, cuando el actor lo pretende deducir nuevamente, casi siempre se paraliza por una excepción y a veces se extingue *ipso iure*. El anterior derecho, al ser deducido en justicia, daba uno nuevo; el derecho a una condena pecuniaria, por eso se le comparó con la novación y se dice que la *litis contestatio* produce efectos novatorios. La extinción del derecho anterior opera *ipso iure* cuando la acción es personal, la fórmula está concepta *in ius* y es un *iudicium legitimum*; opera *per exceptionem* todas las veces que falte una de estas tres condiciones.

G.3.180, 4.106 y 107

La *litis contestatio* fija tanto los elementos personales como los reales del proceso. Esto significa que los litigantes no podrán, ni de común acuerdo, cambiar a las personas que deben figurar en el *iudicium* sea a título de jueces o de partes, salvo casos excepcionales como por muerte, o si el derecho litigioso cambia de sujeto activo o pasivo. Una acción popular abierta a todos, por efecto de la *litis contestatio* se hace del actor, por eso se dice que el *procurator* es *dominus litis*.

D.3.3.17 y SS. D.5.1.76

El juez designado para fallar sobre la obligación nueva, debe referirse al momento en que esa obligación ha nacido, es decir, debe colocarse en el día de la *litis contestatio* para decidir si la pretensión del actor es fundada y para determinar, si procede, el importe de la condena.

D.21.1.25.8

210. LAS PRUEBAS

Al juez es a quien incumbe la tarea de apreciar las pruebas ofrecidas por las partes. Al actor le corresponde probar su derecho —*necessitas probandi incumbit illi qui agit*— o como dice Paulo: *ei incumbit probado qui dicit, non qui negat*. Al demandado se le considera como actor cuando opone una excepción *reus in exceptione actor est*. Lo que significa que una vez establecidos los hechos sobre los cuales se apoya la pretensión, el demandado debe probar a su vez aquellos que alega para destruirla. "Hay que decir que en las excepciones debe el demandado hacer de actor y demostrar la excepción como si fuera la pretensión del demandante, por ejemplo, si se hace valer la excepción de pacto, debe probar que se hizo realmente un pacto."

1.2.20.4. D.22.3.2. y 19

Los dos principales modos de prueba son la escrita y la testimonial, siendo ésta la más usual en un principio. La prueba escrita recibe el nombre genérico de *instrumenta privata* cuando proviene de documentos redactados por los particulares: *arcaria nomina, syngrapha*. A fines de la época clásica los particulares adoptaron la costumbre de redactar sus convenios utilizando los servicios de oficiales públicos llamados *tabelliones*, desde entonces se distinguieron los *instrumenta privata* y los *instrumenta publica*. Además de la prueba escrita y de la testimonial, los romanos admitieron como medios de prueba la confesión, el juramento y las presunciones.

G.3.131, D.12.1.40, D.12.2.39 y 40, D.22.3.24

El uso de los testigos es frecuente y necesario, debiendo ser requeridos como tales aquellos que son de plena confianza. Pueden ofrecerse testigos no sólo en las causas criminales, sino también en los litigios patrimoniales, cuando lo pida el asunto, entre aquellas personas a las que no se prohíbe dar testimonio ni están excusadas de ello por ninguna ley. Unas veces el número de los testigos, otras su dignidad y *quioridad*, otras su buena fama, pueden confirmar la verdad del caso.

Por lo que respecta a la prueba testimonial, el juez debe aquilatar los testimonios y no contarlos. Se puede pues per-

der una causa a pesar de ofrecer varios testigos, como ganarla con uno solo, aunque posteriormente surgió la máxima *testis unus, testis nullus*. En los testigos debe tenerse en cuenta, como dijimos, la dignidad, la veracidad, las buenas costumbres y la gravedad, y por ello no deben ser admitidos* en el juicio los testigos que vacilen en la exactitud de su testimonio.

C.4.20.9, D.22.5.1 y 2

211. LA SENTENCIA

El fin natural del juicio es llegar a una sentencia que debe absolver o condenar al demandado. La sentencia debía ser dictada en alta voz en presencia de las partes; en la época clásica en latín, aunque en el año 397 se permitió el uso del griego; debe ser pura y simple, salvo casos raros en los que puede ser condicional; debe ser motivada y fundada. La sentencia es ley para las partes, por lo que excluye toda búsqueda ulterior de la verdad, en sí misma es tenida *pro veritate*, da al actor la *actio iudicati* cuando probó su acción, cuando no fue así y se absolvió al demandado, da éste una *exceptio iudicati*.

D.9.2.40, D.42.1.56, D.50.17.207

Dictada la sentencia las partes debían acatarla, en cuyo caso se daban treinta días para que fuera cumplida; de lo contrario había la amenaza de una ejecución forzada bajo la forma de una *manus iniectio* o de una *pignoris capio*.

D.42.1.31, G.3.78 y 79

El juez deja de serlo tan pronto como ha dictado sentencia, y en la práctica seguimos el principio de que el juez que ya ha condenado en mayor o menor cantidad, no puede ya enmendar su sentencia, pues bien o mal, ya ha cumplido con su deber. Esta declaración del juez se llama cosa juzgada, pues pone fin a la controversia, tanto si absuelve como si condena.

D.42.1.55 y 1

El que ha sido condenado debe pagar la cantidad a su contraria. La razón de que se exija una suma de dinero es que

no quiso el pretor que las obligaciones dieran lugar a otras obligaciones, y por eso dice: "que pague la cantidad de la condena." Debemos entender que ha pagado no sólo el que propiamente paga, sino todo aquel que se ha liberado de la obligación de la que depende la acción ejecutiva. D.42.1.4.3 y 7

Debemos entender por condenado el que lo ha sido conforme a derecho, de forma que sea en sentencia válida, pues si la sentencia es nula por algún motivo, debe decirse que no es aplicable el término condena. Lo que el pretor ha dispuesto o ha prohibido puede, con un mandato contrario de su imperio, dejar de ordenarlo o de prohibirlo, pero esto no es así con las sentencias, las cuales deben ser respetadas. Los que deben hacer cumplir las sentencias de los jueces o arbitros, son aquellos magistrados que los nombraron.

D.42.1.4.6, 14 y 15

212. «IUDICIUM LEGITIMUM, IUDICIUM IMPERIUM CONTINENS»

Los *iudicia* son o *legitima* o *imperia continentia* —legítimos o basados en el poder del magistrado. Esta distinción no comprende más que a los juicios ordinarios, esto es, a los que suponen la entrega de una fórmula, excluye a los *iudicia cen-tumviralia* y a las *cognitiones extraordinarse*.

G.4.103

Para que el juicio sea legítimo se exige que tenga lugar en Roma o en una milla a su alrededor, que se designe a un juez y que todas las personas que figuren en él sean ciudadanos romanos. Si faltare una de estas condiciones el juicio será *imperium continens*. En el juicio legítimo debía pronunciarse sentencia en un plazo no mayor de dieciocho meses.

G.4.104

En cuanto al *iudicium imperium continens*, el principio admitido desde el origen —y de ahí viene su denominación— fue que podía durar hasta la terminación de las funciones del magistrado que había entregado la fórmula —*imperio conti-neri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea pncepit imperium habebit*. Por tanto, su duración era varia-

ble y no iba más allá del tiempo que el magistrado duraba en su puesto. G.4.105

213. MEDIOS DE EJECUCIÓN

Toda condena expone al deudor a la acción *iudicati* —de ejecución—, a la prisión y a las vías de ejecución sobre sus bienes; pero el ejercicio de estos medios se suspende durante algún tiempo: las Doce Tablas dan al deudor un plazo de treinta días para que se procure el dinero y pague; el pretor le da un plazo de sesenta días durante los cuales no puede ser molestado, pudiendo aumentar este término. Al final, si no paga el deudor, el acreedor ejercita la acción *iudicati* y el deudor puede:

a) negar la existencia o la validez del juicio, en cuyo caso el magistrado entrega una fórmula enviando a las partes a un juez, pero con la condición de que el deudor dé la caución *iudicatum solvi* —caución de cumplir la sentencia—, si pierde el juicio se le condena al doble.
b) Si el deudor no niega la validez del juicio, o si no puede ofrecer caución, tiene que pagar, pues el magistrado lo puede declarar *addictus* —atribuirlo al acreedor—, pudiendo el acreedor llevarse el preso y pedir además la entrega en posesión de sus bienes llegando a la *bonorum venditio*, que es la venta en bloque de sus bienes, a la *bonorum dis-tractio*, que es la venta en detalle del patrimonio del deudor para evitarle la nota de infamia; o a la toma de una prenda. D.42.1.31, 15.1 y ss.

214. VÍAS DE RECURSO

Bajo la República las decisiones judiciales sólo podían ser atacadas por vías excepcionales a saber, la *revocatio in duplum*, la *intercessio* y la *in integrum restitutio*. Éstas se mantuvieron durante el Imperio y bien pronto se introdujo una cuarta: la apelación, que después fue la vía regular y ordinaria.

Revocatio in duplum. El demandado condenado alega la nulidad del juicio, lo que equivale a decir que no ha sido verdaderamente condenado. Se le presentan dos caminos:

puede esperar a que se ejercite en su contra la *actio iudicati* y defenderse alegando la nulidad del juicio o, al contrario, tomar él la iniciativa y ejercer una acción llamada *revocatio in duplum*. pero si sucumbe será condenado al doble. D.42.1.4.6

Intercessio. Era una regla del derecho público que todo magistrado podía oponer su veto a las decisiones de otro magistrado igual o inferior. Pedir este veto era hacer una *appellatio*, y pronunciarla era *intercederé*. Muy probablemente la *intercessio* podía ser pedida a propósito de la redacción de una fórmula y debía bastar para paralizar un *iudicium* organizado e impedir al juez juzgar.

D.5.1.58

In integrum restitutio. Entre los casos numerosos donde podía ser admitida esta vía de recurso, los dos principales son aquellos de un juicio contrario a un menor de veinticinco años, o determinado por falsos testimonios cuya falsedad ha sido reconocida ulteriormente.

Apelación. Parece que fue introducida por Augusto. He aquí sus rasgos principales: en principio es posible interponerla de cualquiera autoridad que emane la decisión y cualquiera que sea la importancia del negocio. La apelación es juzgada cuando se trata de un asunto sometido al procedimiento formulario, por el magistrado que ha entregado la fórmula o por su sucesor; en las *cognitiones extraordinaria*, por el magistrado superior a aquel que ha conocido en primera instancia. Por lo demás las partes pueden remontar de apelación en apelación todos los grados de la jerarquía judicial. La apelación debe ser interpuesta en el plazo breve de dos días, si el apelante actúa a nombre propio, o de tres días si actúa *alieno nomine*.

D.4.4.17, D.49.1.10.1

Los efectos de la apelación son los que siguen: 1) Es suspensiva, es decir, la sentencia no podrá ejecutarse hasta que no sea confirmada. 2) La misión del que conoce de la apelación consiste en declarar la *appellatio iniusta*, en cuyo caso se ejecuta la sentencia, o a declararla *iusta*, en cuyo caso no se limita a impedir la ejecución del primer juicio, sino que lo reemplaza por uno nuevo. 3) El apelante que sucumbe in-

curre en una pena pecuniaria, que puede ser igual al tercio del interés litigioso.

Paul Sent. 5.33.8, D.49.1.6

215. SUPRESIÓN DEL SISTEMA FORMULARIO

La distinción de la etapa *in iure* e *in iudicio* después de haber durado casi ocho siglos y de haberse acomodado con flexibilidad a las formas distintas de los dos procedimientos, *legis actiones* y formulario, fue suprimida por una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano, promulgada en el año 294 para el Imperio de Oriente y en el año 305 para el Occidente, lo que entrañó necesariamente la desaparición del sistema formulario, y la *cognitio* extraordinaria, que hasta entonces era la excepción, llegó a ser la regla absoluta.

C.3.3.2

En la constitución pueden distinguirse tres disposiciones: 1) En los casos donde antes los presidentes de provincia nombraban a los *iudices pedanei* —jueces delegados—, porque les estaba prohibido juzgar a ellos mismos, debían en adelante retener el asunto, verlo, sin reenviarlo a ningún juez. 2) Para los asuntos que sus ocupaciones administrativas o el gran número de procesos no les permitía juzgar por sí mismos, los presidentes de provincia podían enviar a las partes ante los *iudices pedanei*. En los casos en que el magistrado nombra a un juez, no le entrega fórmula, porque el juez no es en adelante más que su delegado. 3) La excepción que precede no será admitida y el magistrado deberá decidir él mismo en todos los casos que anteriormente pertenecían al dominio de la *cognitio* extraordinaria aun en aquellos que eran meramente facultativos, como en las cuestiones de ingenuidad.

C.3.3.2

LECCIÓN XXXII

216. El procedimiento extraordinario. 217. Su comparación con el sistema formulario. 218. La transformación del procedimiento extraordinario en el procedimiento judicial moderno.

216. EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Este procedimiento comenzó a producirse en el anterior sistema formulario, se originó en los casos en que no podía tener lugar una instancia regular, bien por razón de la naturaleza del litigio, bien por el carácter del funcionario que intervenía. Así en pleno sistema formulario, sin enviar las partes ante un *iudex privatus*, el magistrado conocía de las disputas relativas a los fideicomisos, las persecuciones contra los publicanos y en general las controversias surgidas entre el paterfamilias y las personas que le estaban sometidas. Al final de la época clásica se multiplicaron las *cognitiones* extraordinarias y, como hemos visto, Diocleciano suprimió las últimas aplicaciones del procedimiento formulario.

D.50.13.5, D.35.1.92. G.2.278

217. Su COMPARACIÓN CON EL SISTEMA FORMULARIO

En la *cognitio extraordinem* no existen ya las dos etapas características de la instancia que privaron en los dos anteriores sistemas —*in iure* e *in iudicio*—, en ésta todo se tramita ante el magistrado quien conoce todo el asunto, aunque, en razón de sus múltiples actividades, podía delegar el conocimiento de un hecho o aun de todo el negocio a un juez, pero éste ya no es un *iudex privatus* designado anteriormente por las partes, sino que ahora es un *iudex datus, delegatus pedaneus*, que deriva sus facultades del magistrado.

En este sistema el magistrado tiene una neta P^{wTMine} sobre la actividad que las partes desarrollan en la m

El procedimiento extraordinario es ya una función propia del estado quien compete administrar la justicia. Este procedimiento carece de formalismos; las instrucciones dadas al magistrado al *iudex pedaneus* no pueden ser consideradas como fórmulas, pues no entrañan contrato arbitral ni *litis contestatio* propiamente dicha.

En los procedimientos por *legis actiones* y formulario —Ésta es la oralidad, en cambio en éste se va introduciendo paulatinamente la escritura, levantándose acta de las sesiones y llegando a redactarse por escrito la demanda.

Como en su origen el sistema protegía situaciones jurídicas que se encontraban fuera de la regulación del *ius civile*, su funcionamiento se desenvuelve en un margen de mayor libertad que aquél en que se movía el *iudex privatus* en los anteriores sistemas. En este sistema campean los dictados de la *fides* y del *bonum et equum* —de la buena fe, de la bondad y la equidad—, transformando las antiguas instituciones jurídicas y adecuando el derecho a las nuevas circunstancias.

Desaparecen las antiguas formas de citación —*in ius vocatio* y *vadimonium*—, siendo substituidas por otras. Así en Grecia y en Italia, al principio de la aplicación de este sistema se cita al demandado mediante un orden del magistrado

—*vocatio*—, que puede ser hecha por requerimiento verbal —*in iudicio*—, por requerimiento escrito —*litteris*— cuando el demandado está ausente, o mediante bandos —*edictis*— si no tiene lugar de residencia conocido, en cuyo caso un heraldo lee el requerimiento en lugares públicos por tres veces cada diez días, al cuarto pregón se condena al demandado para que comparezca y en el caso de no hacerlo se tramitará el juicio y se fallará en su ausencia —*edictum perentorium*.

D.40.5.26.7 y 9

Aunque en la *cognitio extraordinaria* ya no existe la división de la instancia en dos partes, sin embargo, subsiste la designación de *litis contestatio* para señalar un momento donde la instancia llega a cierto punto de desarrollo: aquel donde el proceso está trabado por la exposición contradictoria de los medios de hecho y de derecho de las dos partes —*cum his fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem obiectam*. Así pues, la *litis contestatio* presumiblemente tiene lugar cuando las partes, presentes ante

el magistrado, narran sus pretensiones, primero el actor y después el demandado responde a ellas defendiéndose.

La *litis contestatio* produce algunos efectos análogos a los que producía antes: transforma las acciones temporales e intransmisibles en perpetuas y transmisibles; excluye, según algunos autores, todas las excepciones, según otros las excepciones dilatorias que no han sido invocadas antes. Esta nueva *litis contestatio* no tiene el mismo significado que la anterior, pues no designa contrato arbitral alguno, designa ahora sólo un determinado momento procesal en el cual se estima que ya estaba trabada la *litis*.

Anteriormente el juicio tenía por finalidad la absolución o condenación del demandado; en adelante el actor mismo puede ser condenado.

Con respecto al objeto de la condena, hay dos cambios: desde luego ya no es necesariamente pecuniaria, siempre que es posible versará sobre el objeto mismo de la demanda. En segundo lugar, parece que la condena pudo ser incierta, aunque en casos raros, enviándose a las partes con un arbitro para hacer la liquidación.

Los recursos en el sistema formulario eran vetar la decisión del magistrado, la *in integrum restitutio* —devolución completa—, y la revocación al doble; en el sistema extraordinario son la *appellatio* —apelación— y la *in integrum restitutio*.

D.49.8.1

De las vías de ejecución. Hasta Justiniano se continúa admitiendo que los juicios no serían ejecutados sino a los dos meses, plazo que el emperador dobla.

Por lo que respecta al aprisionamiento del condenado, las reglas antiguas permanecieron intactas hasta el tiempo del emperador Zenón. Por una constitución válida para Alejandría y para la diócesis de Egipto, este emperador substituyó la prisión privada por la pública, y más tarde Justiniano generalizó esta reforma. Por lo demás, la *bonorum cessio* —cesión de los bienes— continúa suministrando un medio para evitar la cárcel.

C.9.5.1, C.71.7, D.42.3.9

En cuanto a las vías de ejecución sobre los bienes, se reducen a la *bonorum distractio* —venta individual de los bienes—,

El procedimiento extraordinario es ya una función protectora del estado a quien compete administrar la justicia. Este procedimiento carece de formulismos; las instrucciones dadas por el magistrado al *iudex pedáneas* no pueden ser consideradas como fórmulas, pues no entrañan contrato arbitral, ni sumisión al *iudex*, ni *litis contestatio* propiamente dicha.

En los procedimientos por *legis actiones* y formulario impera la oralidad, en cambio en éste se va introduciendo paulatinamente la escritura, levantándose acta de las sesiones y llegando a redactarse por escrito la demanda.

Como en su origen el sistema protegía situaciones jurídicas que se encontraban fuera de la regulación del *ius civile*, su funcionamiento se desenvuelve en un margen de mayor libertad que aquél en que se movía el *iudex privatus* en los anteriores sistemas. En este sistema campean los dictados de la *fides* y del *bonum et xquum* —de la buena fe, de la bondad y la equidad—, transformando las antiguas instituciones jurídicas y adecuando el derecho a las nuevas circunstancias. Desaparecen las antiguas formas de citación —*in ius vocatio* y *vadimonium*—, siendo substituidas por otras. Así en Roma y en Italia, al principio de la aplicación de este sistema, se cita al demandado mediante una orden del magistrado —*evocatio*—, que puede ser hecha por requerimiento verbal —*denuntiatione*—, por requerimiento escrito —*litteris*— cuando el demandado está ausente, o mediante bandos —*edictis*— si no tiene lugar de residencia conocido, en cuyo caso un heraldo lee el requerimiento en lugares públicos por tres veces cada diez días, al cuarto pregón se conmina al demandado para que comparezca y en el caso de no hacerlo se tramitará el juicio y se fallará en su ausencia —*edictum peren-toriwtt*.

D.40.5.26.7 y 9

Aunque en la *cognitio extraordinem* ya no existe la división de la instancia en dos partes, sin embargo, subsiste la designación de *litis contestatio* para señalar un momento donde la instancia llega a cierto punto de desarrollo: aquel donde el proceso está trabado por la exposición contradictoria de los medios de hecho y de derecho de las dos partes —*cum lis fuerit contéstala post narrationem propositam el contradietionem obiectam*. Así pues, la *litis contestatio* presumiblemente tiene lugar cuando las partes, presentes ante

el magistrado, narran sus pretensiones, primero el actor y después el demandado responde a ellas defendiéndose.

La *litis contestatio* produce algunos efectos análogos a los que producía antes: transforma las acciones temporales e intransmisibles en perpetuas y transmisibles; excluye, según algunos autores, todas las excepciones, según otros las excepciones dilatorias que no han sido invocadas antes. Esta nueva *litis contestatio* no tiene el mismo significado que la anterior, pues no designa contrato arbitral alguno, designa ahora sólo un determinado momento procesal en el cual se estima que ya estaba trabada la *litis*.

Anteriormente el juicio tenía por finalidad la absolución o condenación del demandado; en adelante el actor mismo puede ser condenado.

Con respecto al objeto de la condena, hay dos cambios: desde luego ya no es necesariamente pecuniaria, siempre que es posible versará sobre el objeto mismo de la demanda. En segundo lugar, parece que la condena pudo ser incierta, aunque en casos raros, enviándose a las partes con un arbitro para hacer la liquidación.

Los recursos en el sistema formulario eran vetar la decisión del magistrado, la *in integrum restitutio* —devolución completa—, y la revocación al doble; en el sistema extraordinario son la *appellatio* —apelación— y la *in integrum restitutio*.

D.49.8.1

De las vías de ejecución. Hasta Justiniano se continúa admitiendo que los juicios no serían ejecutados sino a los dos meses, plazo que el emperador dobla.

Por lo que respecta al aprisionamiento del condenado, las reglas antiguas permanecieron intactas hasta el tiempo del emperador Zenón. Por una constitución válida para Alejandría y para la diócesis de Egipto, este emperador substituyó la prisión privada por la pública, y más tarde Justiniano generalizó esta reforma. Por lo demás, la *bonorum cessio* —cesión de los bienes— continúa suministrando un medio para evitar la cárcel.

C.9.5.1, C.71.7, D.42.3.9

En cuanto a las vías de ejecución sobre los bienes, se reducen a la *bonorum distractio* —venta individual de los bienes—,

que toma el lugar de la *bonorum venditio* —venta en bloque de los bienes—, y a la *pignus ex causa iudicandi captus* —toma de prenda por causa del juicio. D.42.1.31 y 58

218. LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL MODERNO

El procedimiento extraordinario deja sus huellas en el procedimiento procesal moderno, pues en él principia la buro-cratización de la justicia: el estado la imparte como un deber que le corresponde y principia por eliminar al *iudex privatus* escogido por las partes, para substituirlo por el magistrado. Los jueces que éste puede designar ya no son electos por las partes, derivan sus funciones del poder del magistrado. Como secuela de este cambio, todo el personal que interviene en la administración de la justicia debe ser retribuido. Cobra importancia el *consüium* que asesora al magistrado jurisdicente —*adsessores*— y junto a ellos los auxiliares —*officiales*— y subalternos —*apparitores*— que cooperan con el magistrado.

Ya no es el particular, el actor, quien notifica al demandado, sino un subalterno —*executor*—, que le lleva la demanda. Si el demandado desea defenderse, debía presentar un *libellus contradictionis* —escrito de contradicción— contradiciendo las pretensiones del actor y otorgando una fianza de comparecer en juicio —*cautio indicio sisti*.

El procedimiento eminentemente oral de los sistemas anteriores se va transformando en escrito, se levantan actas de las sesiones. Este cambio origina que el proceso ya no sea gratuito y que se condene al pago de las costas y gastos del juicio a quien lo pierda.

Se conserva la *litis contestatio* que presumiblemente tenía lugar en el primer debate contradictorio hecho ante el magistrado.

Pasan al procedimiento moderno, entre otros, el recurso de revocación y el de apelación, que tiene por objeto que el magistrado superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior.

Podemos decir que en sus lincamientos generales, en su estructura externa, el procedimiento extraordinario pasa al moderno con sus virtudes y con sus vicios.

LECCIÓN XXXIII

219. Las acciones. 220. Sus principales clasificaciones. 221. Las acciones divisorias. 222. Transmisibilidad de acciones. 223. Concurso de acciones.

219. LAS ACCIONES

Ya hemos dado una somera noción de lo que es la acción, así como sus significados restringidos y generales, por lo que aquí nos concretamos a dar su definición. *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi* (D.44.7.51) —la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe—, así define Celso a la acción. Esta es la noción de acción tomada del procedimiento formulario, que se aplica a las persecuciones de obligaciones —*quod sibi debeatur*— y que Justiniano reproduce en sus Instituciones (1 4.6.pr.). Cada derecho estaba sancionado con su respectiva acción, por lo que el litigante debía tener cuidado en seleccionarla para evitarse consecuencias desagradables en el desarrollo del juicio.

220. SUS PRINCIPALES CLASIFICACIONES

Gayo en su comentario 4.1 dice que dos son los géneros de las acciones: *in rem e in personam* —reales y personales—, aquéllas sancionan los derechos reales, de sucesión, o de familia, éstas sancionan toda obligación. Estas acciones tienen sus diferencias: *a)* la acción *in personam* se da contra un adversario determinado, que es el único que puede violar el derecho del acreedor: el deudor. La acción *in rem*, por el contrario, se ejercita contra toda persona que obstaculice el derecho del actor, *b)* La anterior diferencia se refleja en la redacción de la fórmula: la *intentio* de la acción *in personam* contiene el nombre del demandado, en la *intentio*

de la acción *in rem* no figura el nombre, c) La fórmula de la acción *in rem* se distingue de la acción *in personam* en que no contiene *demonstrado*, d) El demandado en la acción real debe suministrar siempre la caución *indicatum solvi* —de cumplir la sentencia—, resto de la *actio sacramenti*, en que la parte que obtenía la posesión interina debería de dar *prse-des litis el vindiciarum* —garantías de que devolvería la cosa. G.4.1 a 3 y 87, D.44.7.25

La segunda división clasifica a las acciones en civiles y honorarias o pretorias. Hay acciones civiles tanto *in rem* como *in personam*, al igual que acciones honorarias *in rem e in personam*. Las acciones civiles son las que otorga el derecho civil; las honorarias, las que da el magistrado en virtud de su *iusdictio*. Las honorarias pueden ser tanto acciones pretorias como acciones edilicias.

G.4.2 y 3, 1.4.6.3, D.44.25.2

Las acciones honorarias difieren de las civiles por su forma y duración: a) por su forma, las honorarias son *in factum* —sobre un hecho— o ficticias. Cuando el magistrado crea una nueva acción, la fórmula es *in factum*, no podía tener *intentio in ius* porque no descansaba sobre el derecho civil, sino sobre la autoridad del magistrado, como la acción hipotecaria y la acción de dolo. Cuando el magistrado extiende una acción civil modificándola, emplea por lo general una ficción, suponiendo realizadas las condiciones para que la acción fuese concedida en derecho civil, y redactada la *intentio in ius*, por ejemplo, la acción publiciana, las acciones dadas al *bonorum possessor* y al *bonorum emptor* —poseedor de los bienes y al comprador de los bienes, b) Por su duración, por lo general las acciones civiles eran perpetuas y las honorarias anuales. Sin embargo: 1) Algunas acciones civiles eran limitadas, como la acción *depensi* —de pago— dada la *sponsor* —que se obligaba por otro—, que se extinguía a los dos años, la *querella inofficiosi testamenti*, a los cinco años. 2) Las acciones honorarias que completaban al derecho civil eran perpetuas, como la acción publiciana, la hipotecaria y la acción *furii manifesti* —de hurto manifiesto. La perpetuidad de las acciones civiles tenía sus inconvenientes por lo que Teodo-

sio II las limitó a treinta años y Justino extinguió a los cuarenta la hipotecaria y la *actiu furti manifesti*. D.44.7.35

De las acciones in rem civiles. Las acciones *in rem* civiles son la *rei vindicatio*, la acción negatoria, la confessoria y la petición de herencia.

De la reivindicatio. Es la principal *actio in rem* civil por ser la sanción del derecho de propiedad, por ella el propietario desposeído hace valer su derecho para obtener la restitución de su objeto. Su campo de acción se limita a las cosas susceptibles de propiedad privada, muebles e inmuebles, pero no es aplicable a patrimonios. Se puede ejercitar contra aquel que posee, contra el que dolosamente ha dejado de poseer y contra el poseedor ficticio.

D.6.1.1.1

El actor que afirma su derecho de propiedad, debe justificar que era propietario en el día de la *litis contestatio*, el demandado se limita a combatir los alegatos de su adversario y si éste no prueba su acción, aquél es absuelto.

D.41.1.20

De la acción negatoria. Se da esta acción al propietario de una cosa contra toda persona que ejercite sobre ella una servidumbre sin tener derecho a ello.

D.4.6.2

De la acción confessoria. Esta acción sanciona el derecho de servidumbre y por ella se obtiene que sea reconocida su existencia.

1.4.6.2

De la petición de herencia. Es una acción por la que se tiende a obtener una sucesión. Pertenece a aquel que pretende ser heredero y para triunfar debe demostrar su calidad. Esta acción se ejercita contra aquellos que poseen *pro herede* o *pro possessore* —como heredero o como poseedor.

D.5.3.9

De las acciones in rem pretorias. Estas acciones son muy numerosas, comprenden las acciones ficticias y las acciones

in factum. Las primeras son acciones civiles extendidas gracias a una ficción fuera de su esfera ordinaria de aplicación, siendo la más importante la acción publiciana. Las segundas, sancionan los derechos reales pretorios: la acción *vectigalis*, la acción *serviana* y la *cuasi serviana* o hipotecaria.

De la acción publiciana. El derecho civil sólo concedía la *rei vindicatio* al propietario *ex iure quiritium*; la acción publiciana es una *reivindicatio* ficticia, porque trata al actor como si hubiese completado la usucapió de la cosa que reclama, considerándolo ficticiamente propietario. Esta acción fue creada por un pretor llamado Publio y su uso se generalizó prontamente, al grado que el propietario quirritario la podía ejercitar en vez de la *rei vindicatio*, por ser más fácil la prueba. Esta acción produce los mismos efectos que la *rei vindicatio*.

D.6.2.1

De la acción cuasi serviana o hipotecaria. Es la sanción del derecho real de hipoteca, dada al acreedor no pagado para reclamar la cosa hipotecada en manos de quien se encuentre. La fórmula se redacta *in factum* —sobre el hecho—, porque el pretor al concederla se colocaba fuera del derecho civil. Como la hipoteca es un derecho accesorio, el actor debe probar que tiene un crédito exigible y que la hipoteca se ha establecido por el propietario en garantía del crédito.

D.20.1.16.2 y 3

Efectos de la acción hipotecaria: como es una acción *in factum*, el juez no tiene que hacer ninguna declaración sobre el derecho; si la acción está justificada, antes de condenar debe ordenar al demandado que suministre satisfacción al actor, pagándole o restituyéndole la cosa hipotecada. Esta acción hipotecaria tiene su antecedente en el interdicto *sal-viano* y en la acción *serviana*.

D.20.1.29.2

De las acciones in personam civiles. Estas acciones sancionan las obligaciones nacidas de los contratos, cuasi contratos y de la mayor parte de los delitos. Aquí nos limitaremos a hablar de la *condictio* cuyo nombre se extiende a veces a todas las acciones civiles *in personam*, pero en sentido propio sólo es aplicable a aquellas cuya *intentio* expresa una obligación unilateral de hacer o de dar: *dari fieri oportere*.

La *condictio* sanciona la estipulación, el contrato *litteris*, el *mutuum*, también se concede en caso de enriquecimiento sin causa, sanciona las obligaciones consagradas por las constituciones imperiales. Por sus inúmeras aplicaciones, la *con-dictio* recibe varias calificaciones: *condictio sine causa*, *condictio indebiti*, *condictio ob rem dati*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, *condictio furtiva*, *condictio legi*, etc., —condicción sin causa, condicción de lo indebido, condicción de cosa dada, condicción de causa inmoral o injusta, condicción furtiva, condicción por ley. D.4.5, D.44.7.25

Según su objeto, las *condictiones* se dividen en *condictio certae creditie pecunia* —cuando el objeto es una cantidad de dinero— y *condictio certae rei* o *trincaría* cuando el objeto de la obligación es cierto, pero que no consiste en dinero y la *condictio incerti* cuando el objeto es indeterminado.

De las acciones in personam pretorias. Estas acciones *in personam pretorias* son muy numerosas, pues el pretor daba algunas veces la acción civil extendida con una modificación en la fórmula, a personas que no podían ejercitar directamente la acción civil, como las concedidas al *bonorum possessor* y al *bonorum emptor*; otras veces concedía acciones a un tercero, en razón de los contratos celebrados con él por los *alieni iuris*, en contra del paterfamilias; en otras ocasiones el magistrado mismo creaba nuevas acciones, como las que describimos a continuación.

G.4.34 y 35

De la acción pauliana. El pretor Paulo la instituyó para que los acreedores pudieran rescindir los actos fraudulentos del deudor, esta acción era además *in factum* y arbitraria. Su ejercicio estaba condicionado a que el acto disminuyera el patrimonio del deudor, pero no podía utilizarse para atacar los actos por los cuales el deudor no quisiera enriquecerse, como cuando rehusaba aceptar una herencia o una donación.

D.22.1.38.4

De la acción de dolo. Esta acción se debe a Aquilo Galo, quien en el año 688 de Roma creó una acción personal, *in factum* y arbitraria, por la cual la víctima del dolo podía

obtener reparación. Como es una acción infamante, sólo se concedía después de un examen y en determinadas condiciones. Se daba contra el autor del dolo durante un año útil y sólo a falta de otro recurso. Si se prueba la acción, el juez ordena al demandado que repare el perjuicio, reponiendo las cosas en el estado en que estaban antes; si el demandado obedece, queda absuelto; si se niega, sufre una condena pecuniaria y le acarrea la nota de infamia. D.4.3.1.1

De la acción metus causa. Es algo anterior a la de dolo, también se le llama fórmula octaviana. Es personal, *in factum* y arbitraria, se ejercitaba no sólo contra el autor de la violencia, sino también contra la persona que se hubiera aprovechado de ella, aunque fuera de buena fe. No lleva la nota de infamia y tiende a restablecer las cosas al estado que tenían antes de la violencia.

D.4.2.1 y 3

De la acción de eo quod certo loco. Fue creada por el pretor para cuando el deudor por necesidad o por mala fe no se encontraba en el lugar donde debería hacer el pago. Mediante esta acción el acreedor no incurre en la *plus petitio loco* —cuando se pide en lugar distinto al convenido. El juez ordena al demandado a pagar en el lugar convenido y si no lo hace, lo condena a pagar en el mismo lugar del proceso.

D.13.4.1, G.4.53

La tercera división las clasifica en acciones *rei persequendae causa*, penales y mixtas; división que se refiere al objeto de las acciones, según el fin que quiere alcanzar el actor al ejercitarlas. Si la acción tiende a hacer entrar en su patrimonio un valor que el actor ya no tiene, sin procurarle enriquecimiento, se dice que está dada *rei persequendae causa*. Si la acción tiende a enriquecer al actor por reclamar una satisfacción o una suma de dinero a título de pena, resulta penal. Si el actor trata de obtener *rem et pa-nam*, entonces es mixta.

G.4.6 a 9. D.44.7.35

Todas las acciones *in rem*, las *in personam* nacidas de los contratos y cuasi contratos, se dan *rei persequendae causa*; las acciones *in personam* nacidas de los delitos como la *furti*

y la *iniuriarum*, son penales; son mixtas la *vi bonorum raptorum* y la acción *legis Aquiliae*.

El interés de esta división se manifiesta desde el doble punto de vista de la transmisibilidad y del concurso de las acciones. Las acciones penales no se dan contra los herederos del autor del delito; las mixtas se dan contra ellos cuando se desembarazan del elemento penal; las *rei persequendae causa* sí se dan en contra de los herederos, salvo raras excepciones. Del lado del acreedor, sí son transmisibles las acciones a sus herederos, exceptuando las que implican la reparación de una ofensa personal. Después de la *litis contestatio* toda acción se hace transmisible a favor y en contra de los herederos.

D.50.17.38, G.4.112

La cuarta división las clasifica en acciones del simple, del doble, del triple y del cuádruplo, se funda sobre la relación que existe entre el interés del actor, afirmado en la *intentio* de la fórmula, y la cantidad fijada por la *condemnatio*; si deja al juez entera libertad de apreciación, la acción será siempre del simple; pero si la *intentio* ha precisado un valor determinado, la *condemnatio* ordena al juez condenar al doble, al triple o al cuádruplo. 1.4.6.21

Todas las acciones *rei persequendae causa* y algunas penales son del simple; otras penales son del doble como la *furti nec manifesti* —de hurto manifiesto— y un gran número de las mixtas, como la *iudicati*, la *depensi* y la *actio legis Aquiliae* —de ejecución de sentencia, la de pago y la acción de la ley Aquilia. Las acciones *furti concepti* y *oblati* —de hurto encontrado y de hurto endosado— eran al triple. Las principales acciones al cuádruplo eran la *furti manifesti*, *vi bonorum raptorum* y *metus causa* —de hurto manifiesto, de los bienes arrebatados con violencia y la de a causa de miedo.

La quinta división las clasifica en acciones de buena fe y acciones de derecho estricto y se funda en la extensión de los poderes que la fórmula concede al juez; en las de derecho estricto el juez debe limitarse a decidir si la pretensión del actor está basada en derecho; en las de buena fe el juez debe tener en cuenta otros factores para dictar su sentencia. La distinción de las acciones de buena fe y de derecho estricto

no se aplica más que a las acciones civiles *in personam*, cuya fórmula es *in tus concepta*. 1.4.6.28

Las acciones de buena fe nacen de un contrato o de un cuasi contrato sinalagmático y el juez necesita amplitud de apreciación para regular equitativamente esas relaciones. La *intentio* de la fórmula de las acciones de buena fe siempre es incierta y contiene las palabras *ex fide bona*.

1.4.6.30

Los textos no dan ninguna lista de las acciones de derecho estricto, por lo general nacen de un contrato o de un cuasi contrato unilateral y son las *condiciones*, la *actio ex stipulatu* v la acción *ex testamento*.

1.4.6.29

En las acciones de buena fe el juez toma en consideración no sólo las cláusulas expresadas en el contrato que sanciona, sino también todas las cláusulas usuales en los contratos de la misma índole; en las acciones de derecho estricto, por el contrario, el juez sólo se sujeta a los términos del contrato. Además, en las acciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, si es de buena fe, los intereses se pagan a partir de la demora; en las de derecho estricto ni la demora ni la *litis contestatio* hacen correr los intereses.

De las acciones arbitrarias. Se llaman arbitrarias aquellas acciones en virtud de las cuales el juez, por un derecho propio llamado *arbitrium*, antes de pronunciar la condena fijaba equitativamente las satisfacciones debidas por el demandado al actor. Condenaba sólo que el demandado no restituyese, exhibiese, o pagase, pero si obedecía la indicación del juez, éste lo absolvía. El pretor creó la fórmula arbitraria para remediar los inconvenientes de las condenas pecuniarias.

Son acciones arbitrarias: 1) Las acciones *in rem*, a excepción de las prejudiciales que no llevan condena. 2) Determinadas acciones *in personam* como las acciones de dolo, *metus causa*, *ad exhibendum* —para exhibir o mostrar—, de *eo quod certo loco* —acción por la cual se pide lo que se ha prometido en un sitio determinado—, la acción pauliana v otras.

1.4.6.3J

221. LAS ACCIONES DIVISORIAS

Las acciones divisorias son tres: *familite erciscundm*, *com-muni dividundo* y *finium regundorum*; presentan la particularidad de que sólo ellas tienen *adiudicatio* en la fórmula, parece que ésta iba entre la *intentio* y la *condemnatio*, según el orden en que Gayo enumera las partes de la fórmula —*partes autem formularum hx sunt: demonstratio intentio adiudicatio condemnatio* (G.4.39)—, pero según los comentaristas del edicto, suponen que iría después de la *demonstratio*.

Por medio de la *adiudicatio* se permite al juez hacer atribuciones de propiedad o constitución de derechos reales, así como de condenar y acordar retribuciones o compensaciones a la parte que haya sido perjudicada en el reparto.

Por la acción *familise erciscundce* el juez reparte una sucesión a los coherederos; por la *communi dividundo* reparte cosas indivisas entre copropietarios; por la *finium regundo-rum* regla los límites de las propiedades contiguas.

222. TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES

No son transmisibles los derechos personales que no pueden ser ejercidos más que por la persona a quien le competen, cuyo ejercicio es inseparable de la cualidad del titular del derecho; tampoco pueden cederse los derechos litigiosos, de ahí la consecuencia de que una acción no sea transmisible desde el momento en que se ha intentado. Después de las acciones de la ley, en el procedimiento formulario, se facilita la cesión de las acciones redactando la fórmula con el nombre del cedente en la *intentio* y dictando la sentencia con el nombre del cesionario.

Se puede ceder toda acción que resulte de los derechos de crédito, cualquiera que sea el origen de la obligación, bien provenga de convenciones, de contratos, de delitos o de otras causas. Esta materia será vista con mayor amplitud en el tratado de obligaciones en las lecciones X y XVI de nuestro Segundo Curso de Derecho Romano.

G.4.112 v 113

223. CONCURSO DE ACCIONES

Cuando concurren dos o más acciones, no siempre podrán acumularse. Las acciones reipersecutorias que han nacido de un mismo hecho, no pueden ser acumuladas, el actor debe elegir una y ejercida ésta no podrá después utilizar la otra porque ambas persiguen un mismo fin; esto no obstante, si lo intentare, el demandado le opondría la *exceptio rei iudi-catce* —excepción de cosa juzgada—; así, el propietario que haya depositado una cosa, podrá utilizar para recobrarla, la acción reivindicatoria o la *actio depositi* —acción del depósito. Tampoco son acumulables dos acciones nacidas del mismo contrato, como la acción redhibitoria y la *quanti minoris* —devolutoria y la de reducción en el precio— emanadas de la compraventa.

Por el contrario, dos acciones penales son acumulables entre sí, de las acciones penales que concurren por la misma causa, nunca una de ellas consume la otra —*numquam actio-nes prénales de ea pecunia concurrentes alia aliain consumit*—; así, el que roba un esclavo y después lo mata, queda sometido a la *actio furti* v a la *actio legis Aquitite*.

D.44.7.60

Las acciones reipersecutorias pueden acumularse a las acciones penales, tanto si proceden de la misma causa como si proceden de causa distinta. 1) De la misma causa: de un *furtum* se deriva la *condictio furtiva*, acción reipersecutoria, que atañe al propietario ejercitarla para obtener el valor de la cosa robada, y otra puramente penal, la *actio furti*, para obtener el cuádruplo o el duplo del valor de la cosa que compete al que resulte perjudicado por el robo; ambas son acumulables. 2) De causa distinta, como la acción reivindicatoria que podrá ejercitarla el propietario para recuperar la cosa robada y además podrá interponer la *actio furti* para reclamar la pena.

LECCIÓN XXXIV

224. Las *exceptiones*. 225. Principales clasificaciones. 226. Principales *exceptiones*.

224. LAS «EXCEPTIONES»

Las excepciones han sido establecidas para protección de los demandados, pues suele suceder que se esté obligado de acuerdo con el derecho civil —*ius civile*—, pero que resulte inicuo ser condenado en el juicio; por ejemplo, "si yo hubiera pactado contigo no reclamarte lo que tú me debieras, ello no obstante, yo te puedo reclamar lo mismo que tú me debas dar, ya que la obligación no se extingue por el pacto convenido, pero se decide que mi pretensión debe ser repelida por la excepción de pacto convenido".

G.4.116 y ss.

La *exceptio* es un modo de defensa que tiene el demandado, pero que no contradice directamente la pretensión del actor. Puede definirse como una parte accesoria de la fórmula, situada entre la *intentio* y la *condemnatio*, y en la cual se recoge una objeción del demandado que, reconociendo la pretensión del actor, hace valer frente a ella una circunstancia de hecho que puede ser capaz de neutralizarla. La *exceptio* tiene, pues, que jugar un papel condicional negativo para que produzca la condena y se insertaría en la fórmula de esta manera: *Titius iudex esto: Si paret Nurnerium Ne-gidium Aula Agerio sextertium centum daré oportere, Sí ÍNTER ALLLM AGERIIM ET NI MERILM NEGIDH M NON CONVENIT NE EA PECUNIA PBTERETUR tu iudex Nurnerium Negidium Aldo Agerio, condemna, si non paret, absolve.* —Ticio sé juez: si resulta que Numedio Negidio debe dar a Aulo Agerio cien sestercios, y entre Aulo Agerio y Numerio Negidio no se ha convenido ningún pacto por el cual se acordara que no sería reclamada

tal cantidad, tú juez, condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio v si no resulta, absuélvele. G.4.116 y ss.

La *exceptio* no se conocía en el sistema de las acciones de la ley, si al magistrado le parecía infundada la pretensión del actor, denegaba la acción; pero en el sistema formulario se va desarrollando bajo la influencia del pretor en su tendencia para atenuar los rigores del derecho civil. En el sistema formulario la *exceptio* es una *adiectio* —adición— inserta en la fórmula a petición del demandado y que obliga al juez a no pronunciar condena, aunque la *intentio* esté reconocida como fundada, si cualquier circunstancia particular alegada por el demandado está ya comprobada. Si la *exceptio* se justifica, su efecto es que se absuelva al demandado o al menos que se disminuya la condena, como dice Paulo: *Exceptio est conditio quip modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationein.*

D.44.1.22

Las excepciones subsisten en el procedimiento extraordinario, son un modo de defensa que puede hacerse valer en el curso del proceso. Sin embargo, por su mismo carácter, hay *exceptiones* que deben oponerse de inmediato, en el momento mismo en que se inicia el litigio, debiendo el demandado hacerlas valer en la primera contestación que dé a las pretensiones del actor, tal es el caso de las llamadas *exceptiones* prejudiciales. Otras *exceptiones* deben de oponerse antes de la *litis contestatio*, como es el caso de las excepciones dilatorias, aun cuando su prueba se haga posteriormente, ya que ésta sería innecesaria si el actor no prueba la realidad de su pretensión. Las *exceptiones peremptorhv*, por el contrario, se pueden oponer en cualquier momento del proceso anterior a la sentencia e incluso también en la apelación por cualquiera de las partes.

D.44.1.2.4 y 3

225. PRINCIPALES CLASIFICACIONES

Atendiendo a su origen, las *exceptiones* se dividen en civiles o pretorias, pero existen otras clasificaciones que seña-

lan los textos unas se fundan en la equidad como las *exceptiones doli* y *mettts cansa*, otras se justifican por consideraciones de utilidad general, aunque su resultado no siempre sea equitativo, como las *exceptiones rei iudicatx*, S. C. *Macedo-niani* y S. C. *Valleiani*. Otras son *rei* coherentes, o *persona* coherentes, aquéllas se dan en razón misma de la persecución ejercitada, éstas sólo pertenecen a una persona determinada, única que puede hacerla valer. Otras son perpetuas o perentorias y temporales o dilatorias. "Son perpetuas y perentorias las que pueden tener lugar en todo momento y no se pueden evitar, como es la excepción de dolo malo, la de cosa juzgada y la del que afirma que hay infracción a la ley o al senado-consulta, también la de pacto convenido a perpetuidad, es decir, el de que nunca se pida la cantidad debida. Son temporales y dilatorias las que no tienen lugar en cualquier momento, sino que pueden evitarse, como es la excepción de un pacto convenido por un cierto tiempo... también son dilatorias las excepciones procuratorias... pues el que afirma que alguien no puede litigar como procurador, no niega totalmente lo que pretende el adversario, sino que excluye la persona." D.44.1.3 y 2.4, G.4.120 a 122

226. PRINCIPALES «EXCEPTIONES»

El pretor cumple además por medio de la *exceptio*, otra misión importante: dotar la sanción a determinados actos prohibidos por el derecho civil y para los cuales éste no había previsto cuáles serían los efectos de su comisión. Así, la ley Cincia prohibía las donaciones que excedieran de determinada cuantía, pero no .jjaba la sanción que habría de imponerse cuando a pesar de la prohibición se hacía una donación excesiva; por medio de la *exceptio legis Cinche* —excepción de la ley Cincia— se permite que el donante se defienda de cualquier reclamación del donatario que pretendiera obtener una cantidad mayor a la autorizada por la ley—Este mismo carácter presenta la *exceptio S. C. Velleiani* que ampara a la mujer que, contra lo dispuesto en dicho senado-consulta, hubiera fiado por otro. Lo mismo acontece con la *exceptio legis Phetorie*, que protegía a los menores de veinticinco años de los engaños fraudulentos de terceros.

La *exceptio S. C. Macedoniani* deja sin eficacia los préstamos hechos a los hijos de familia realizados en contra de su prohibición. Todas las anteriores *exceptiones* son civiles por su íntima conexión con las normas del derecho civil.

Las *exceptiones* que introdujo el pretor aparecen con un matiz equitativo, entre ellas podemos contar a las *exceptiones doli, metus causa y pacti conventi* —excepciones de todo, a causa de miedo y de pacto convenido.

Hay otras excepciones *in factum compositiv* —redactadas sobre el hecho— que son aquellas cuya fórmula está fundada sobre hechos no calificados y que el pretor concede después de un examen, pues no todas las excepciones figuraban en el edicto pretorio.

LECCIÓN XXXV

227. El interdicto. 228. Clasificación de los interdictos.

229. El beneficio de competencia. 230. Las medidas contra la temeridad de los litigantes. 231. El *summatim cognoscere*.

227. EL INTERDICTO

Los interdictos eran decisiones dadas por el pretor en virtud de su *imperium*, bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones y por las que ordenaba o prohibía hacer algo. Por medio de los interdictos el magistrado procura poner remedio a una controversia entre dos personas. Eran dados en forma imperativa: *restituas, exhibeas, vim fieri veto* —restituye, exhibe, prohíbe emplear la fuerza. G.4.141

Poseemos datos que nos permiten afirmar la existencia de los interdictos en la época de las acciones de la ley, aunque se desarrollaron plenamente bajo el sistema formulario. Como hemos dicho por ellos se trata de evitar una disputa, si es acatado, el interdicto ha conseguido su fin y la controversia queda resuelta de momento, sin perjuicio de que la parte afectada pueda acudir más tarde al procedimiento ordinario, para hacer valer el derecho que pretendía ejercitar; así el propietario que ha perdido la posesión de su bien, si intenta recuperarla por sí solo, será rechazado por el actual poseedor mediante un interdicto de retener la posesión, esto no obstante, le queda el camino expedito para ejercitar su acción reivindicatoria en un proceso ordinario.

G.4.141

Procedimiento. Todo el procedimiento interdicial se ven-tila ante el magistrado. El actor pide que se emita el interdicto —*postulatio interdicti*—; expuesto el objeto del litigio,

el magistrado realiza un estudio sumario de la cuestión, del resultado de este estudio, puede rehusar el interdicto si a su parecer era inadmisibile la pretensión del actor, o bien lo otorga, eligiendo la fórmula del interdicto más semejante al caso que se le presenta e inserta, si procede, en el mandato interdicta!, una *exceptio* y, en ocasiones, toma algunas providencias relacionadas con el desarrollo del procedimiento interdicta!, tales como una autorización para renovar o aplazar el proceso, atribución interina de la posesión, invitación a que se otorgue caución. El demandado debe conformarse con el interdicto, si éste lo obedece, queda todo terminado, pero si no se acata, van ante el juez llevando una fórmula *in factum concepta* para que él examine si el demandado ha rehusado obedecer sin razón. G.4.151 a 153 y **163**

La concesión de la fórmula iba precedida de una *sponsio* recíproca por la cual cada parte se comprometía a pagar a la otra cierta cantidad a título de pena si perdía. Este procedimiento quedó en vigor para los interdictos consistentes en una defensa; para los que ordenaban una restitución o una exhibición, ya no fue necesaria la doble *sponsio*, dando entonces el pretor una fórmula arbitraria.

G.4.165

228. CLASIFICACIÓN DE LOS INTERDICTOS

Como los interdictos tutelan situaciones muy variadas, existe gran número de ellos, lo que permite clasificarlos en varios grupos.

Atendiendo a su forma podemos clasificar a los interdictos en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios, cuando prohíben un determinado comportamiento, cuando ordenan devolver una cosa o a que se reintegre a su primitivo estado una cosa que ha sido modificada sin autorización, y cuando ordenan que sea exhibida o presentada una persona o un documento. Hay también otros interdictos mixtos que son prohibitorios y exhibitorios.

D.43.L1.I, G.4.142

Luego sigue la división según la cual los interdictos son acordados por causa de adquisición, de retención o de recuperación de la posesión. (Ver núm. **141.**)

Interdictos simples y dobles sería otra clasificación. En el simple hay actor y demandado y la condena sólo alcanza a éste; en el doble ambos son actores y demandados, como en los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* —tal como poseáis y en cuál de las dos partes— porque en ellos la posición de las partes es de tal modo pareja que no se puede decir cuál sea actor y cuál demandado.

G.4.156 a 160

Atendiendo al sujeto que puede solicitarlos, los interdictos pueden ser privados y públicos o populares. Privados aquellos para quien se ha previsto la protección que el interdicto confiere y populares los que pueden ser solicitados por cualquier persona. Son privados los interdictos quasi posesorios, los relativos a las servidumbres y los referentes a la posesión.

Son públicos: el interdicto para que pueda usarse de la vía pública, o el de río público o el de que nada se haga en la vía pública.

D.43.2.1

Los interdictos posesorios se dividen en **cuatro** categorías: 1) Los interdictos *adipiscendu- possessionis*, que tienden a lograr una posesión que nunca se ha tenido. 2) Los interdictos *recuperando; possessionis*, que tienden a recobrar una posesión que se ha perdido, como los interdictos *unde vi*, de *precario* y de *clandestina possessione*. 3) Los interdictos *reti-nendx possessionis*, que tienen por finalidad mantener a una persona en la posesión de su cosa, defendiéndola contra posibles perturbaciones de ella, como los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. 4) Los interdictos *tam adipiscendx quam recuperando possessionis*, que son dos: *quem fundum* y *quam hereditatem*; mediante éstos el actor adquiriría la posesión si no la había tenido nunca, la recobraba si había poseído anteriormente la cosa litigiosa.

D.43.16, 17, 26 y 31, G.4.143

Principales interdictos. He aquí algunos de los principales interdictos citados en el libro 43 del *Digesto*:

"Lo que por legado", es para adquirir la posesión y consiste en que lo que se ocupa a causa de legado sin el consentimiento del heredero, debe restituirse a él. 3.1

El interdicto "no se haga violencia al que sea puesto en posesión", el pretor lo propuso con gran previsión, pues pondría inútilmente en posesión para asegurar algo si no protegiera a los así puestos en posesión. 4.1

El interdicto de exhibir las tablas del testamento. 5 El interdicto "que nada se haga en lugar público; no hagas ni metas nada en lugar público que pueda causarle daño... pues en este caso no daré interdicto por lo que allí se haya hecho". 8.2

"Dice el pretor: prohibido que hagas o pongas en un río público o en su orilla algo que entorpezca o pueda entorpecer el estacionamiento o tránsito de la barca." "Prohibo hacer o poner algo en un río público o en su orilla por lo que el agua fluya de otra forma que en el anterior estío." "Prohibo que se impida violentamente al demandante pasar con barco o balsa por un río público y cargar o descargar en la orilla. Asimismo, daré interdicto para que se pueda navegar por lago, presa o estanque público." 12 a 15

Sobre el interdicto del derecho de superficie, dice el pretor: "Prohibo que se impida por la violencia que sigáis disfrutando del derecho de superficie..." 18.1

Sobre el interdicto de agua diaria o de agua estival, dice el pretor: "Prohibo que se impida por la violencia que puedas traer el agua de que se trata como lo has hecho en este último año." 20.1

Sobre el interdicto de lo que se hace con violencia o clandestinamente, dice el pretor: "Restituirás la obra hecha con violencia o clandestinamente de la que se trata, dentro del plazo en que se puede reclamar." Este interdicto es restitutorio y con él se sale al paso de la astucia de los que intenten hacer algo con violencia o clandestinidad, pues se dispone que restituyan lo hecho. 24.1

Sobre el interdicto de precario: precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con preces o ruegos, y por tanto tiempo como cuanto lo tolere el concedente. Dice el pretor: "Restituirás al demandante aquella cosa objeto de la demanda que has recibido de él en precario o has dejado dolosamente de tener en tu poder." 26.1 y 2

Sobre el interdicto para hacer presentar a una persona libre, dice el pretor: "Presentarás a la persona libre que retienes con dolo malo." Se propone este interdicto para proteger la libertad. 29.1

Dice el pretor: "Prohibo que impidas con violencia que el inquilino pueda sacar el esclavo de que se litiga, o lo que sea, si no es de aquellas cosas introducidas en la vivienda en cuestión, o llevadas, nacidas o hechas allí que se convino entre tú y el demandante que te quedaran en prenda del pago del alquiler de la vivienda..." Este interdicto se propone a favor del inquilino que quiere sacar los muebles de la vivienda arrendada, después de haber pagado el alquiler. 32.1

229. EL BENEFICIO DE COMPETENCIA

El beneficio de competencia es una excepción que se permite a los deudores oponer a su acreedor y por la cual no se les puede condenar más que en el límite de su patrimonio. En esta virtud, no eran tratados como insolventes, evitando así la *bonorum vendito*, con el encarcelamiento y la nota de infamia consiguientes.

1.4.6.37

Este beneficio se concedía: a) Al marido perseguido en restitución de la dote por la acción *rei uxoriae*; b) A los ascendientes demandados por sus descendientes y a los patronos accionados por sus manumitidos; c) Al asociado perseguido por su consocio; d) Al donante contra el cual ejercita el donatario, en ejecución de su donación, una acción personal; e) Al deudor que después de haber hecho cesión voluntaria de su patrimonio a sus acreedores en virtud de la ley Iulia, es perseguido por ellos.

D.17.2.63, D.42.1.16 y 17

El beneficio deriva tanto del edicto del pretor como de las constituciones imperiales. Ordinariamente se expresa en la fórmula por una modificación de la *condemnatio*: *dnw laxat ŷŷ; quod faceré potest condemnato* —tan sólo en lo que pueda pagar condénalo.

D.17.2.63, D.42.1.16 y 17, 1.4.6.37, 38 y 40

230. LAS MEDIDAS CONTRA LA TEMERIDAD DE LOS LITIGANTES

En las *legis actiones* y en el procedimiento formulario, la justicia era gratuita, debido más que nada a la oralidad del

procedimiento y a lo reducido de las costas: los medios de prueba no representaban grandes erogaciones, los honorarios de los *procuratores*, abogados y oradores eran reducidos, por lo que cada parte soportaba sus propios gastos. Como el proceso no costaba, se dictaron medidas tendientes a reducir los litigios sólo a casos necesarios y suficientemente fundados, ya era una limitación para el litigante temerario la pérdida del *sacramentum*; pero las verdaderas sanciones surgieron en la época clásica: el litigante temerario debe meditar bien antes de la *litis contestatia* si continúa o no el pleito, pues en caso de perder el litigio, en casos determinados, puede ser condenado al doble en virtud del principio *lis infitiandu crescit in duplum* (G.4, 9 y 171).

Justiniano trata este mismo tema en sus *Instituciones*. Conserva la pena al duplo o al triplo para los litigantes que niegan de mala fe los derechos de la otra parte. Ya anteriormente, el emperador Zenón por una constitución del año 487 establece la imposición del principio puro y simple de que las costas debe soportarlas la parte que sucumbe en el litigio *rictus fert expensas*.

I.4.16.pr. y 1

Otra medida para reprimir la temeridad de los litigantes consistió en dotar de obligatoriedad al *iusiurandum calumnia*., que era un juramento que exigía el actor que le prestara el demandado antes de la iniciación del proceso, declarando que no se oponía a la acción "por calumnia" —*calumnia causa*—, es decir, jurando que no se oponía a la acción a sabiendas de que al actor le asistía la razón y la justicia. "El demandante ciertamente jure que no ha iniciado la instancia con el deseo de acusar falsamente, sino pensando que tiene una buena razón: que el demandado, de otra forma, no emplee sus defensas a menos que previamente también él haya jurado..."

C.2.58(59)2

La parte que jurara en falso se veía obligada a pagar una pena. Con estas medidas se trató de evitar que personas poco escrupulosas sobrecargaran a los magistrados y jueces con litigios vanos o abiertamente dolosos.

231. EL «SUMMATIM COGNOSCERE» (LA COGNICIÓN SUMARIA)

El *summatim cognoscere* es una forma de procedimiento especial que deja a un lado ciertas garantías que en un juicio ordinario tendrían las partes, para conseguir una mejor fluidez en el procedimiento. Con objeto de que éste sea más rápido, se abrevian los términos de las *denuntiationes* y los de comparecencia, a veces se reduce la prueba, en otras se excluye la apelación.

Esta *sumaria cognitio* solía aplicarse a las controversias sobre la prestación de alimentos, a la *missio in possessionem* —a la puesta en posesión— en la sucesión de un difunto solicitada por un menor que pretenda tener derecho a esos bienes, o por una mujer que lleve en su seno a un *nasciturus* en cuyo nombre invoque el título de sucesor *ex carboniano edicto ventris nomine*. También se aplicaba este procedimiento en aquellos casos en que resultaba acreditada claramente la existencia de una deuda mediante un documento; a los fideicomisos; a las acciones de tutela y de gestión de negocios, a los asuntos de cuantía inferior a cien sueldos, etcétera.

D.25.3.5.8

Conviene decir que el procedimiento interdicta! del periodo clásico también era sumario cuando por aquiescencia del destinatario del interdicto éste era cumplido, de lo contrario se seguía un juicio ordinario.

Otro procedimiento especial era el llamado *per rescriptum principis*, utilizable en controversias no llevadas aún ante el magistrado y para cuestiones a las cuales el derecho positivo no tutelaba en forma definida y precisa, especialmente si se trata de situaciones protegidas por el derecho local, las cuales no estaban sancionadas por el Derecho Romano común.



SE TERMINÓ ESTA OBRA RI, DÍA 14 DE DICIEMBRE DE 2012 IN
CASA ALDO MANUZIO

Tennessee núm. 6, Col. Nápolcs - 03810 México, D. F.



2
1
1