



# DERECHO ROMANO

## JUAN IGLESIAS

Prólogo para no juristas de JOSÉ ANTONIO MARINA

18.<sup>a</sup>

EDICIÓN  
ACTUALIZADA

 sello EDITORIAL



DERECHO ROMANO  
HISTORIA E INSTITUCIONES

Juan Iglesias

Catedrático de Derecho Romano

Decimoctava edición revisada y actualizada por

JUAN IGLESIAS-REDONDO

Universidad Complutense de Madrid

 sello EDITORIAL

Las notas y las abreviaturas se pueden descargar por internet, desde la dirección  
<http://www.selloeditorial.com/extras.php?id=54343>

© 1958 y 2010: Fundación Juan Iglesias, Madrid

Diseño de la cubierta: Eva Olaya

Primera edición: 1958

18.ª edición, revisada y actualizada: septiembre 2010

Derechos exclusivos de edición en español reservados para todo el mundo:

© 2010: Ediciones Sello Editorial, SL

Passeig de Gràcia, 118, pral.

08008 Barcelona

[www.selloeditorial.com](http://www.selloeditorial.com)

ISBN: 978-84-937580-8-0

Depósito legal: M.30.744-2010

Impreso en España

2010. - Artes Gráficas Cofás, SA

Polígono Industrial Prado de Regordoño

Juan de la Cierva, 58

28936 Móstoles (Madrid)

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin autorización escrita del editor.

*A la gloriosa memoria de Contardo Ferrini*





---

## ÍNDICE DE MATERIAS

|   |     |
|---|-----|
| Nota a la decimoctava edición .....                     | XIX |
| Prólogo para no juristas, por José Antonio Marina ..... | XXI |
| Prólogo del autor .....                                 | XXV |

### INTRODUCCIÓN

|   |          |
|---|----------|
| <b>CAPÍTULO I. Conceptos fundamentales .....</b>                      | <b>3</b> |
| § 1. Concepto del Derecho .....                                       | 3        |
| I. El Derecho .....   | 4        |
| II. Derecho objetivo y Derecho subjetivo .....                        | 4        |
| § 2. La interpretación del Derecho .....                              | 6        |
| <b>CAPÍTULO II. Historia de la constitución política romana .....</b> | <b>9</b> |
| § 3. Política y Derecho en Roma .....                                 | 11       |
| § 4. La Roma primitiva .....  | 13       |
| § 5. La República romana .....  | 15       |
| I. Constitución política .....  | 15       |
| II. Italia y las provincias .....                                     | 21       |
| § 6. El Principado .....  | 24       |
| I. Constitución política .....  | 24       |
| II. Italia y las provincias .....                                     | 27       |
| § 7. El Imperio absoluto .....  | 28       |
| I. Constitución política .....  | 28       |
| II. El gobierno de las provincias y de las ciudades .....             | 30       |

|   |        |
|---|--------|
| <b>CAPÍTULO III. Historia del Derecho romano</b> .....  | 31     |
| § 8. El Derecho romano y su estudio .....               | 32     |
| § 9. Fases de desarrollo del Derecho romano .....       | 34     |
| § 10. Costumbre .....                                   | 39     |
| § 11. Ley .....   | 39     |
| § 12. Plebiscito .....                                  | 41     |
| § 13. Senadoconsultos .....                             | 41     |
| § 14. Constituciones imperiales .....                   | 42     |
| § 15. Edictos de los magistrados .....                  | 43     |
| § 16. La ciencia jurídica .....                         | 43     |
| § 17. Las codificaciones .....                          | 47     |
| I. Compilaciones prejustinianas .....                   | 47     |
| II. Compilación de Justiniano .....                     | 50     |
| § 18. Supervivencia del Derecho romano .....            | 57     |
| I. Panorámica general .....                             | 57     |
| II. Historia de los estudios de Derecho romano .....    | 59     |
| <br><b>CAPÍTULO IV. Ideas romanas del Derecho</b> ..... | <br>65 |
| § 19. «IUS» .....                                       | 67     |
| § 20. «IUS» Y «FAS» .....                               | 68     |
| § 21. «AEQUITAS» .....                                  | 69     |
| § 22. «IUSTITIA» .....                                  | 70     |
| § 23. «IURISPRUDENTIA» .....                            | 70     |
| § 24. «TRIA IURIS PRAECEPTA» .....                      | 71     |
| § 25. «IUS PUBLICUM» y «IUS PRIVATUM» .....             | 72     |
| § 26. «IUS SCRIPTUM» y «IUS NON SCRIPTUM» .....         | 74     |
| § 27. «IUS COMMUNE» y «IUS SINGULARE» .....             | 74     |
| § 28. «IUS CIVILE», «IUS GENTIUM», «IUS NATURALE» ..... | 76     |
| § 29. «IUS CIVILE» y «IUS HONORARIUM» .....             | 77     |

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

|  |    |
|--|----|
| <b>CAPÍTULO I. El sujeto de Derecho</b> .....          | 83 |
| § 30. Persona y capacidad .....                        | 85 |
| § 31. Personas físicas. Existencia del hombre .....    | 87 |
| § 32. «Status libertatis». Libres y esclavos .....     | 88 |
| I. La esclavitud. Situación jurídica del esclavo ..... | 88 |
| II. Causas de la esclavitud .....                      | 90 |
| III. Extinción de la esclavitud .....                  | 91 |
| IV. Restricciones a la libertad de manumitir .....     | 93 |

|  |  |     |
|--|--|-----|
|  | V. Los libertos y el patronato .....   | 93  |
|  | VI. Situaciones afines a la esclavitud .....                                     | 94  |
| § 33.  | «Status civitatis» .....   | 96  |
|  | II. Adquisición de la ciudadanía .....   | 99  |
| § 34.  | «Status familiae» .....  | 100 |
| § 35.  | Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Causas modificativas                    | 101 |
| § 36.  | «Capitis deminutio» .....  | 104 |
|  | I. Concepto y clases .....   | 104 |
|  | II. Efectos .....  | 106 |
| § 37.  | Muerte .....   | 107 |
| § 38.  | Personas jurídicas .....   | 107 |
|  | I. Naturaleza de la personalidad jurídica .....                                  | 107 |
|  | II. La personalidad jurídica en el Derecho romano .....                          | 108 |
| § 39.  | Asociaciones .....   | 109 |
|  | I. Definición. Nombres y especies .....  | 109 |
|  | II. Requisitos .....   | 110 |
|  | III. Capacidad jurídica .....  | 111 |
|  | IV. Organización interna .....   | 112 |
| § 40.  | Fundaciones .....  | 112 |
| <b>CAPÍTULO II. Negocios jurídicos</b> .....   |  | 115 |
| § 41.  | Concepto y clases de negocios jurídicos .....                                    | 115 |
| § 42.  | Formas de manifestación de la voluntad .....                                     | 117 |
| § 43.  | Manifestación de la voluntad por medio de otra persona y representación .....    | 118 |
| § 44.  | Elementos accidentales del negocio jurídico .....                                | 119 |
|  | I. Condición .....   | 119 |
|  | II. Término .....  | 121 |
|  | III. Modo .....  | 122 |
| § 45.  | Voluntad y manifestación. Vicios de la voluntad .....                            | 122 |
| § 46.  | Ineficacia de los negocios .....   | 125 |
| § 47.  | Convalidación y conversión de los negocios .....                                 | 126 |
| <b>CAPÍTULO III. Procedimiento civil</b> ..... |  | 127 |
| § 48.  | Introducción .....   | 129 |
|  | I. Ejercicio y protección de los derechos .....                                  | 129 |
|  | II. Actio .....  | 130 |
|  | III. Clases de acciones .....  | 130 |
|  | IV. Acumulación de acciones .....  | 131 |
|  | V. Prescripción de acciones .....  | 132 |
|  | VI. «Iudicium». «Iudicium legitimum» y «iudicium, quod imperio continetur» ..... | 132 |
|  | VII. Procedimiento «in iure» y «apud iudicem» .....                              | 133 |
|  | VIII. El procedimiento civil romano. Épocas que comprende                        | 133 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| § 49. | El procedimiento de las «legis acciones» .....             | 134 |
| § 50. | El procedimiento formulario .....                          | 135 |
|       | I. El procedimiento formulario. Su origen y carácter ..... | 135 |
|       | II. La fórmula. Su estructura y sus partes .....           | 136 |
|       | III. Varias especies de fórmulas .....                     | 139 |
| § 51. | La marcha del procedimiento .....                          | 140 |
|       | I. Magistrados y jueces .....                              | 140 |
|       | II. El fuero .....   | 140 |
|       | III. El tiempo .....                                       | 141 |
|       | IV. Las partes y sus representantes .....                  | 141 |
|       | V. Procedimiento «in iure». Iniciación del proceso .....   | 142 |
|       | VI. La «litis contestatio» .....                           | 142 |
|       | VII. Procedimiento «apud iudicem» .....                    | 143 |
|       | VIII. La sentencia .....                                   | 144 |
|       | IX. Ejecución de la sentencia .....                        | 144 |
| § 52. | Protección jurídica extraprocesal .....                    | 146 |
|       | I. <i>Interdicta</i> .....                                 | 146 |
|       | II. <i>Missiones in possessionem</i> .....                 | 148 |
|       | III. <i>Stipulationes praetoriae</i> .....                 | 148 |
|       | IV. <i>Restitutiones in integrum</i> .....                 | 148 |
| § 53. | La «cognitio extra ordinem» y el proceso posclásico .....  | 149 |
|       | I. Tramitación del proceso .....                           | 149 |
|       | II. Citación. Comparecencia. Defensa .....                 | 149 |
|       | III. La sentencia .....                                    | 150 |
|       | IV. Costas .....   | 150 |

## LIBRO SEGUNDO

### DERECHOS REALES

|  |  |     |
|--|--|-----|
| CAPÍTULO I. <b>Las cosas</b> .....     | 153  |     |
| § 54. Concepto y clases de cosas ..... | 154  |     |
|  | I. Cosa .....  | 154 |
|  | II. «Res in patrimonio» y «res extra patrimonium». «Res in commercio» y «res extra commercium» ..... | 155 |
|  | III. «Res Mancipi» y «res nec Mancipi» .....   | 156 |
|  | IV. «Res mobiles» e «immobiles» .....  | 157 |
|  | V. Cosas consumibles y no consumibles .....  | 157 |
|  | VI. Cosas fungibles y no fungibles .....   | 158 |
|  | VII. Cosas divisibles e indivisibles .....   | 158 |
|  | VIII. Cosas simples, cosas compuestas y universalidades de cosas .....                               | 159 |
|  | IX. Cosas accesorias y partes de cosa .....  | 159 |
|  | X. Frutos .....  | 160 |

|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO II. <b>Los derechos reales en general</b> .....   | 161 |
| § 55. Concepto de los derechos reales y diferencias que los separan de los derechos personales. Especies de derechos reales .... | 164 |
| I. Derechos reales y derechos personales .....   | 164 |
| II. «Actio in rem» y «actio in personam» .....   | 166 |
| III. Especies de derechos reales .....   | 169 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO III. <b>La propiedad</b> .....  | 171 |
| § 56. Concepto e historia de la propiedad .....  | 171 |
| I. Concepto de la propiedad .....  | 171 |
| II. Evolución histórica de la propiedad .....  | 171 |
| § 57. Formas de la propiedad .....   | 175 |
| I. «Dominium ex iure Quiritium» .....  | 175 |
| II. «In bonis habere» .....  | 175 |
| III. Propiedad provincial .....  | 176 |
| IV. Propiedad peregrina .....  | 177 |
| § 58. Limitaciones legales de la propiedad .....   | 177 |
| I. Relaciones de vecindad .....  | 177 |
| II. Limitaciones de Derecho público .....  | 179 |
| § 59. Modos de adquirir la propiedad. Clasificaciones .....  | 180 |
| § 60. Adquisición de la propiedad. Modos originarios .....   | 181 |
| I. Ocupación .....   | 181 |
| II. Adquisición del tesoro .....   | 182 |
| III. Accesión .....  | 183 |
| IV. Especificación. ....   | 186 |
| V. Confusión y conmixción .....  | 187 |
| VI. Adquisición de frutos .....  | 187 |
| VII. <i>Adiudicatio</i> .....  | 188 |
| VIII. <i>Litis aestimatio</i> .....  | 188 |
| § 61. Adquisición de la propiedad. Modos derivativos .....   | 189 |
| I. <i>Mancipatio</i> .....   | 189 |
| II. <i>In iure cessio</i> .....  | 191 |
| III. <i>Traditio</i> .....   | 192 |
| IV. <i>Usucapio</i> .....  | 195 |
| § 62. Protección de la propiedad .....   | 199 |
| I. <i>Rei vindicatio</i> .....   | 199 |
| II. <i>Actio negatoria</i> .....   | 202 |
| III. <i>Cautio damni infecti</i> .....   | 202 |
| IV. <i>Operis novi nunciatio</i> . ....  | 203 |
| V. <i>Interdictum quod vi aut clam</i> .....   | 204 |
| § 63. El condominio .....  | 204 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO IV. <b>La posesión</b> .....  | 207 |
| § 64. Posesión y propiedad .....   | 207 |

|   |  |            |
|---|--|------------|
| § 65.   | «Usus» y «Possessio» .....   | 208        |
| § 66.   | Especies de posesión .....   | 209        |
| § 67.   | La posesión del precarista, del acreedor pignoraticio y del sequestratario ..... | 210        |
| § 68.   | Adquisición de la posesión .....   | 212        |
| § 69.   | Conservación de la posesión .....  | 213        |
| § 70.   | Pérdida de la posesión .....   | 214        |
| § 71.   | Defensa de la posesión .....   | 215        |
|   | I. <i>Interdicta retinendae possessionis</i> .....                               | 216        |
|   | II. <i>Interdicta recuperandae possessionis</i> .....                            | 217        |
| § 72.   | Cuasi-posesión de las cosas y posesión de los derechos .....                     | 218        |
| <b>CAPÍTULO V. Servidumbres y usufructo .....</b>                         |  | <b>219</b> |
| § 73.   | Servidumbres: concepto y distinciones. Servidumbres prediales .....              | 219        |
| § 74.   | Principios generales relativos a las servidumbres .....                          | 220        |
| § 75.   | Tipos de servidumbres .....  | 221        |
| § 76.   | Constitución de las servidumbres .....   | 223        |
| § 77.   | Extinción de las servidumbres .....  | 224        |
| § 78.   | Protección de las servidumbres .....   | 225        |
| § 79.   | Usufructo y derechos análogos .....  | 226        |
|   | I. Usufructo .....   | 226        |
|   | II. El <i>Usus</i> .....   | 229        |
|   | III. <i>Habitatio</i> .....  | 229        |
|   | IV. <i>Operae servorum</i> .....   | 229        |
| <b>CAPÍTULO VI. Enfiteusis y superficie .....</b>                         |  | <b>231</b> |
| § 80.   | Enfiteusis .....   | 231        |
| § 81.   | Superficie .....   | 233        |
| <b>CAPÍTULO VII. Derechos reales de garantía: prenda e hipoteca .....</b> |  | <b>235</b> |
| § 82.   | Introducción .....   | 235        |
| § 83.   | Fiducia .....  | 235        |
| § 84.   | «Pignus» .....   | 236        |
| § 85.   | «Hypotheca» .....  | 237        |
| § 86.   | Constitución del «pignus» .....  | 238        |
| § 87.   | Objeto del «pignus» .....  | 239        |
| § 88.   | Contenido del derecho de prenda .....  | 239        |
| § 89.   | Pluralidad de derechos de prenda sobre la misma cosa .....                       | 240        |
| § 90.   | Acciones .....   | 241        |
| § 91.   | Extinción del derecho de prenda .....  | 241        |

## LIBRO TERCERO

## DERECHO DE OBLIGACIONES

|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO I. <b>Concepto y evolución histórica de la obligación</b> ...   | 245 |
| § 92. Concepto y evolución histórica de la obligación .....  | 247 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO II. <b>El objeto de las obligaciones</b> .....  | 251 |
| § 93. La prestación: concepto, clases y requisitos. Especies de obligaciones atendiendo a su objeto .....                    | 251 |
| I. La prestación: concepto, clases y requisitos .....  | 251 |
| II. Especies de obligaciones atendiendo a su objeto .....  | 252 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO III. <b>Sujeto de las obligaciones</b> .....  | 255 |
| § 94. Obligaciones ambulatorias .....  | 255 |
| § 95. Obligaciones parciarias, cumulativas y solidarias .....  | 256 |
| § 96. Los elementos personales de la obligación y el principio de la vinculación exclusiva de los sujetos contratantes ..... | 258 |
| I. Estipulaciones a favor de tercero .....   | 259 |
| II. Estipulaciones a cargo de terceros .....   | 259 |
| III. Créditos y deudas por intermedio de personas en potestad  | 260 |
| IV. Deudas contraídas por intermedio de «extraneae personae»   | 261 |
| V. Créditos por intermedio de «extraneae personae» .....   | 262 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO IV. <b>Eficacia de las obligaciones</b> .....   | 263 |
| § 97. Obligaciones naturales .....   | 263 |
| I. Concepto .....  | 263 |
| II. Casos de obligaciones naturales .....  | 264 |
| III. Efectos de las obligaciones naturales .....   | 264 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO V. <b>Fuentes de las obligaciones</b> .....   | 267 |
| § 98. Fuentes de las obligaciones .....  | 267 |
| I. Clasificación de las «Instituciones» de Gayo .....  | 267 |
| II. Clasificación de los «libri rerum cottidianarum sive aureorum» .....   | 268 |
| III. Clasificación justiniana .....  | 268 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO VI. <b>Obligaciones nacidas de contrato</b> .....   | 269 |
| § 99. El sistema contractual romano .....  | 269 |
| § 100. Contratos reales .....  | 270 |
| I. Nociones generales .....  | 270 |



|   |   |     |
|---|---|-----|
| II.   | Mutuo   | 271 |
| III.  | Comodato  | 272 |
| IV.   | Depósito  | 273 |
| V.  | Prenda  | 275 |
| VI.   | Fiducia   | 276 |
| § 101.  | Contratos consensuales                                  | 277 |
| I.  | Nociones generales                                      | 277 |
| II.   | Compraventa   | 277 |
| III.  | Arrendamiento   | 282 |
| IV.   | Sociedad  | 286 |
| V.  | Mandato   | 288 |
| § 102.  | Contratos formales                                      | 290 |
| I.  | Nociones generales                                      | 290 |
| II.   | <i>Stipulatio</i>                                       | 291 |
| III.  | <i>Dotis dictio</i>                                     | 293 |
| IV.   | <i>Promissio iurata liberti</i>                         | 293 |
| V.  | <i>Vadiatura</i>  | 294 |
| VI.   | <i>Praediatura</i>                                      | 294 |
| VII.  | El contrato literal                                     | 294 |
| VIII.   | Los «chirographa» y los «syngrapha»                     | 295 |
| IX.   | Promesas abstractas del Derecho pretorio                | 296 |
| § 103.  | Contratos innominados                                   | 297 |
| I.  | Introducción  | 297 |
| II.   | Los contratos innominados                               | 298 |
| III.  | Principales contratos innominados                       | 299 |
| § 104.  | Los pactos  | 300 |
| <b>CAPÍTULO VII. Obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales</b> |   |     |
| § 105.  | Promesa unilateral                                      | 303 |
| I.  | Nociones generales                                      | 303 |
| II.   | La <i>pollicitatio</i>                                  | 304 |
| § 106.  | «Negotiorum gestio» y figuras afines                    | 305 |
| § 107.  | Enriquecimiento injusto                                 | 307 |
| § 108.  | «Communio incidens»                                     | 309 |
| <b>CAPÍTULO VIII. Obligaciones derivadas de acto ilícito</b>                  |   |     |
| § 109.  | Delitos. Nociones generales                             | 311 |
| § 110.  | «Furtum»  | 313 |
| § 111.  | «Rapina»  | 315 |
| § 112.  | «Damnum iniuria datum»                                  | 316 |
| § 113.  | «Iniuria»   | 318 |
| § 114.  | Los actos ilícitos del derecho pretorio (cuasi delitos) | 319 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO IX. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones</b> .....         | 321 |
| § 115. Cumplimiento de las obligaciones. ....                                       | 321 |
| § 116. El incumplimiento de las obligaciones y sus presupuestos <sup>10</sup> ..... | 322 |
| § 117. Efectos del incumplimiento imputable al deudor .....                         | 326 |
| § 118. Mora .....   | 327 |
| <b>CAPÍTULO X. GARANTÍA Y REFUERZO DE LAS OBLIGACIONES</b> ....                     | 329 |
| § 119. Garantía de las obligaciones .....   | 329 |
| I. Concepto y formas de garantía .....  | 329 |
| II. La noción de <i>intercessio</i> .....   | 329 |
| III. Garantías personales. ....   | 330 |
| § 120. Refuerzo de las obligaciones .....   | 332 |
| I. «Arrha» .....  | 332 |
| II. Cláusula penal .....  | 333 |
| III. Juramento .....  | 333 |
| <b>CAPÍTULO XI. Extinción de las obligaciones</b> .....                             | 335 |
| § 121. Los modos de extinción .....   | 335 |
| I. Concepto y modos de extinción .....  | 335 |
| II. Causas de extinción « <i>ipso iure</i> » .....                                  | 336 |
| III. Causas de extinción « <i>ope exceptionis</i> » .....                           | 340 |
| <b>CAPÍTULO XII. Transmisión de los créditos y de las deudas</b> ...                | 345 |
| § 122. Transmisión de los créditos .....  | 345 |
| § 123. Transmisión de las deudas .....  | 346 |

## LIBRO CUARTO

## DERECHO DE FAMILIA

|  |     |
|--|-----|
| <b>CAPÍTULO I. La familia romana</b> .....   | 349 |
| § 124. Carácter y evolución histórica de la familia romana .....                               | 351 |
| § 125. Poderes del « <i>paterfamilias</i> » .....  | 352 |
| § 126. Modos de entrar en la familia .....   | 352 |
| I. Nacimiento .....  | 353 |
| II. Adopción .....   | 353 |
| III. « <i>Conventio in manum</i> » .....   | 355 |
| § 127. Extinción de la « <i>patria potestas</i> » y de la « <i>manus</i> » .....               | 356 |
| § 128. Agnación, cognación y afinidad .....  | 357 |
| § 129. La « <i>patria potestas</i> » y las relaciones patrimoniales. Los <i>peculios</i> ..... | 358 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO II. Matrimonio</b> .....  | 361 |
| § 130. El matrimonio .....  | 361 |
| I. Concepto del matrimonio .....  | 361 |
| II. Elementos .....   | 361 |
| III. Requisitos .....   | 362 |
| IV. Impedimentos .....  | 363 |
| V. Efectos del matrimonio .....   | 364 |
| VI. Legislación matrimonial de Augusto .....                                  | 365 |
| VII. Segundas nupcias .....   | 366 |
| § 131. Disolución del matrimonio .....  | 366 |
| § 132. Esponsales .....   | 368 |
| I. Concepto .....   | 368 |
| II. Capacidad .....   | 368 |
| III. Efectos .....  | 369 |
| IV. Extinción .....   | 369 |
| V. Arras esponsalicias .....  | 369 |
| § 133. Concubinato .....  | 369 |
| § 134. Filiación natural y legitimación .....                                 | 370 |
| § 135. Relaciones patrimoniales entre cónyuges .....                          | 371 |
| I. Régimen de absorción de bienes .....                                       | 371 |
| II. Régimen de separación de bienes .....                                     | 371 |
| III. Régimen dota .....   | 372 |
| § 136. Donación nupcial .....   | 375 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO III. Tutela y curatela</b> .....                                  | 377 |
| § 137. Esencia y origen histórico de la tutela y de la curatela .....         | 377 |
| § 138. Tutela de los impúberes .....  | 378 |
| I. Especies de tutela y poderes del tutor .....                               | 378 |
| II. Incapacidades y excusas <sup>16</sup> .....                               | 379 |
| III. Funciones del tutor y limitaciones en el ejercicio de la<br>tutela ..... | 380 |
| IV. Responsabilidad del tutor .....   | 382 |
| V. Extinción de la tutela y cese del oficio de tutor .....                    | 383 |
| § 139. Tutela de las mujeres .....  | 383 |
| § 140. La curatela .....  | 384 |

LIBRO QUINTO

SUCESIONES Y DONACIONES

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO I. El derecho hereditario</b> ..... | 389 |
| § 141. Introducción .....                       | 389 |

|  |  |            |
|--|--|------------|
| § 142.   | Evolución histórica de la «hereditas» .....  | 390        |
| § 143.   | Concepción dogmática de la herencia .....  | 392        |
| § 144.   | «Bonorum possessio» .....  | 394        |
| § 145.   | Delación de la herencia .....  | 395        |
| § 146.   | Acrescimiento .....  | 397        |
|  | I. El acrescimiento en la sucesión testamentaria .....   | 397        |
|  | II. El acrescimiento en la sucesión intestada .....  | 398        |
|  | III. Régimen del acrescimiento .....   | 399        |
| § 147.   | Herencia yacente .....   | 400        |
| § 148.   | «Usucapio pro herede» .....  | 402        |
| § 149.   | Adquisición de la herencia .....   | 402        |
| § 150.   | Requisitos y tiempos de la aceptación .....  | 405        |
| § 151.   | Renuncia a la herencia .....   | 406        |
| § 152.   | Remedios contra los efectos de la adquisición: «separatio bonorum» y «beneficium inventarii» ..... | 406        |
| § 153.   | Comunión hereditaria .....   | 408        |
|  | I. Principios generales .....  | 408        |
|  | II. Deber de colación .....  | 409        |
| § 154.   | Acciones a favor del heredero .....  | 410        |
|  | I. <i>Hereditatis petitio</i> .....  | 410        |
|  | II. <i>Interdictum quorum bonorum</i> .....  | 412        |
| <b>CAPÍTULO II. Sucesión testamentaria</b> ..... |  | <b>415</b> |
| § 155.   | Concepto del testamento .....  | 415        |
| § 156.   | Formas de testamento .....   | 416        |
|  | I. Formas antiguas de testar .....   | 416        |
|  | II. Formas de testar en el Derecho nuevo .....   | 418        |
| § 157.   | Testamentos especiales o extraordinarios .....   | 419        |
| § 158.   | «Testamentum militis» .....  | 420        |
| § 159.   | Capacidad de testar .....  | 421        |
| § 160.   | Capacidad de suceder por testamento .....  | 422        |
| § 161.   | Contenido del testamento. «Heredis institutio» .....   | 424        |
| § 162.   | Sustituciones .....  | 426        |
|  | I. Sustitución vulgar .....  | 426        |
|  | II. Sustitución pupilar .....  | 427        |
|  | III. Sustitución cuasi pupilar .....   | 428        |
| § 163.   | La voluntad testamentaria .....  | 429        |
| § 164.   | Invalidez e ineficacia del testamento .....  | 431        |
|  | I. Invalidez .....   | 431        |
|  | II. Ineficacia .....   | 431        |
| § 165.   | Revocación .....   | 431        |
| § 166.   | Apertura y publicación del testamento .....  | 432        |
| § 167.   | Codicilos .....  | 433        |

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO III. Sucesión intestada</b> .....   | 435 |
| § 168. Nociones generales .....   | 435 |
| § 169. La sucesión intestada en el «ius civile» .....                                 | 435 |
| § 170. La sucesión «ab intestato» en el edicto pretorio .....                         | 436 |
| § 171. La sucesión intestada en los senadoconsultos y constituciones imperiales ..... | 438 |
| § 172. La sucesión intestada en las Novelas 118 y 127 .....                           | 439 |
| § 173. Sucesión intestada en orden a los libertos .....                               | 440 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO IV. Sucesión legítima contra el testamento</b> .....                      | 443 |
| § 174. Nociones generales .....   | 443 |
| § 175. Sucesión legítima formal .....   | 443 |
| § 176. Sucesión legítima real .....   | 445 |
| § 177. La Novela .....  | 446 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO V. Legados y fideicomisos</b> .....                                       | 447 |
| § 178. Legados: concepto y formas históricas .....                                    | 447 |
| § 179. Personas que intervienen en el legado .....                                    | 449 |
| § 180. Objeto de los legados .....  | 450 |
| § 181. Fideicomiso .....  | 453 |
| § 182. Acercamiento y fusión de legados y fideicomisos .....                          | 453 |
| § 183. Reglas sobre la adquisición de los legados .....                               | 454 |
| § 184. Limitaciones legales impuestas a los legados .....                             | 454 |
| § 185. Acciones y garantías .....   | 456 |
| § 186. Invalidez de los legados .....   | 457 |
| § 187. Acrecimiento entre colegatarios .....  | 458 |
| § 188. El prelegado .....   | 459 |
| § 189. El fideicomiso universal .....   | 460 |
| § 190. La sustitución fideicomisaria .....  | 461 |
| § 191. El fideicomiso de familia .....  | 462 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO VI. Donaciones</b> .....  | 463 |
| § 192. Concepto de la donación .....  | 463 |
| § 193. Límites y formas especiales de la donación .....                               | 464 |
| § 194. Figuras especiales de donación .....   | 465 |
| § 195. Revocación .....   | 466 |

---

## NOTA A LA DECIMOCTAVA EDICIÓN

Se cumplen ahora sesenta años de la primera edición del presente libro. A través de su estudio se han formado, teniendo su primer contacto con el Derecho, numerosas generaciones de estudiantes españoles e iberoamericanos.

Consciente de la importancia de acudir a las fuentes de donde nacen las instituciones, Juan Iglesias centró los esfuerzos de su estudio, recogidos en este libro, en «descubrir» el espíritu del Derecho romano, «matriz y motor del todo jurídico». Porque el Derecho romano, según dejó escrito, «se define por lo que tiene de más brillante, hondo y sostenido, y esto es, por la forma espiritual, por la luz que le da su ser, en respuesta a una manera de ser pronunciadamente romana».

Catedrático de Derecho romano de las Universidades de Oviedo (1942), Salamanca (1943-1948), Barcelona (1948-1953) y Complutense de Madrid (1953-1985), desempeñó también sus tareas docentes en las Universidades San Pablo-CEU y Pontificia de Comillas (ICADE).

Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española y de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Nápoles, le fue concedido por su dedicación al Derecho el «Premio Príncipe de Asturias 2001» de Ciencias Sociales. Tal reconocimiento, de especial importancia para la defensa de los estudios romanísticos, tuvo lugar en un momento en que la reforma de los planes de estudio de las Facultades de Derecho españolas despreció injustamente los indudables valores de la enseñanza del Derecho romano. Es lo cierto que, desde hace unas décadas, crece el número de los que se dedican al estudio de la Ciencia jurídica ignorando, por decisión legislativa, que no cabe comprender el Derecho, en su significado más vivo e íntimo, si se ignora la fuente de la que provienen sus más fundamentales principios, reglas e instituciones.

El lector del presente libro encontrará en él las lecciones dictadas por el profesor Iglesias a sus alumnos a lo largo de más de cincuenta años. Unas lecciones que dejan a las claras su concepción del Derecho, resumida en estas

palabras: «Solo una cosa puede ser el Derecho. Solo puede ser el arte de lo bueno y de lo justo, tal como lo entendían los romanos. Y a las preguntas: ¿qué es el Derecho?, ¿qué es la justicia?, ¿qué es la libertad?, no se les da contestación apropiada si no se sabe qué es el hombre.»

Las páginas de este libro van dirigidas primordialmente a quienes se acercan por primera vez al estudio del Derecho y las lecciones que contiene quieren ser, en confesión de su autor, «todo menos una especie de catálogo o inventario fríamente explicado de instituciones jurídicas romanas». Confiamos, ahora nosotros, en que su lectura lleve al estudiante a descubrir un ordenamiento jurídico, como el romano, que encierra unas enseñanzas de valor eterno y singularmente útiles a quienes se sientan llamados al estudio del Derecho.

En otro orden de cosas, debe reseñarse que la publicación de esta decimotava edición se produce en un momento en que la universidad española sufre profundas transformaciones. La denominada reforma de Bolonia trae consigo un nuevo cambio de los planes de estudio, caracterizado por una importante reducción de las horas dedicadas a las lecciones magistrales, junto con la conversión de nuestra disciplina en materia de duración cuatrimestral. Se acierte o se yerre con la reforma, y si no queremos ver reducidos los programas de Derecho romano a un simple elenco de conceptos fundamentales, es lo cierto que el alumno deberá suplir la merma de explicaciones en clase con un destacable esfuerzo y dedicación al estudio fuera de las aulas universitarias.

Lo dicho, va a exigir una progresiva adaptación de los clásicos manuales a las nuevas tendencias metodológicas del llamado «Espacio Europeo de Educación Superior». En este sentido, hemos optado por llevar las notas a pie de página —con un aparato bibliográfico hartamente grueso y singularmente útil al especialista—, a un soporte informático que, facilitando su consulta y actualización, permita no engrosar excesivamente el libro con apariencia que llegue a asustar al alumno.

JUAN IGLESIAS-REDONDO

---

## PRÓLOGO PARA NO JURISTAS

Este prólogo no está escrito para juristas —o al menos no solo para juristas— sino para todas las personas que se entusiasmen con los alardes de la inteligencia. Escribo desde mi campo de investigación, que es el estudio de la inteligencia humana cuando hace cosas sorprendentes y maravillosas: ciencia, arte, técnica, poesía. Pues bien, el derecho es la poesía de la razón práctica, la que intenta humanizar una naturaleza hostil, feroz a ratos. Me lo enseñó un gran especialista en derecho romano, Rudolf von Ihering, que definía el derecho como «la poesía del carácter». Por eso, me indigno cuando veo explicarlo o vivirlo como una aburrida colección de códigos o como una técnica para pleitear. Es como pretender comprender la vida estudiando una momia, como querer sustituir la potencia vital de la selva por las tristes páginas de un herbolario. En el magnífico libro de Juan Iglesias van a ver desplegarse un gigantesco sistema jurídico, perfeccionado durante siglos. Pero cada uno de sus conceptos tiene una caudalosa genealogía hecha de pasión y razón, de altruismo y violencia, de intereses encontrados, de búsqueda de la «humanitas» —una gran creación de la cultura romana—, que hay que descubrir. En el origen de cada fórmula jurídica hay siempre un problema que el derecho —gran solucionador— trata de resolver. Recuerdo una anécdota de Jean Walh, un viejo y sabio profesor de la Sorbona. Contaba que después de dedicar una clase de filosofía a refutar brillantemente las aporías de Zenón, aquel que decía que el veloz Aquiles nunca alcanzaría a la tortuga, se levantó un alumno y le dijo: «Profesor, he entendido perfectamente la refutación, lo que no he entendido es el problema». Añadía que esa observación le había advertido de la inutilidad de enseñar las soluciones si previamente no se había sabido explicar dramáticamente los problemas. Pues lo mismo sucede con los conceptos jurídicos. A veces no entendemos el conflicto que los originó, y, en ese caso, no hemos entendido nada. La historia del derecho nos descubre la admirable y trágica aventura de los humanos para humanizar su convivencia. A quien no lo entienda así, habría que repetirle, modificada, la famosa frase de un político: «¡Es la vida, estúpido!». En efec-



to, es la vida lo que estamos estudiando al estudiar derecho. O mejor aún, es la justicia, de lo que estamos hablando. Lo demás es asunto de gestoría. Celso, uno de los grandes juristas romanos, definió el derecho como «el arte de lo bueno y de lo equitativo». Había que realizar esa bondad, había que crear esa igualdad desconocida e inexistente. ¡Que grandiosa visión! La palabra «arte» indica inteligencia en acción. Me gusta citar la definición de la arquitectura que grabó Cayo Julio Lacer en el puente de Alcántara, su gran obra: «Ars ubi materia vincitur ipsa sua». Es el arte mediante el cual conseguimos que la materia se venza a sí misma. Se refería al admirable hecho de conseguir elevar grandes construcciones aprovechando la fuerza de la gravedad. Las piedras se caen. El arco se yergue. Pues podríamos definir el derecho como el arte mediante el cual la insociabilidad humana se vence a sí misma. Estamos en los dominios de la gran creación. Los seres humanos no queremos vivir en la selva e intentamos ponernos a salvo sustituyendo el reino de la fuerza física, por el mundo de la fuerza simbólica: el derecho. ¿Cómo no va a asombrarme semejante invento?

— Para leer bien este libro necesitamos ser conscientes de un problema muy actual. Hay una perversión de la inteligencia moderna que consiste en interesarse solo por el presente. Hay que conocer la ciencia actual, no la historia de la ciencia. Hay que conocer el derecho vigente, no la historia del derecho. Hay que conocer nuestra estructura política, no la génesis de nuestras instituciones. Sin duda es una actitud eficaz, sirve para salir del paso, pero creo que impide la comprensión de la realidad y de las creaciones humanas, y por eso impide el verdadero progreso. Esta codicia de lo inmediatamente aplicable está produciendo un universo plano, sin profundidad, propicio para surfear, pero no para grandes navegaciones, en las que no basta con conocer la epidermis de las olas, sino que es preciso detectar las grandes corrientes de fondo. Navegar no es hacer surf. El surf es toreo marítimo de salón. Y esto que es evidente en la navegación, vale también para el conocimiento. La cultura nos permite, precisamente, comprender el presente y preparar el futuro conociendo lo que nos ha traído adonde estamos.

El derecho romano nos permite asistir a la genealogía de nuestro modo de convivir, a la colosal tarea de inventar un modo de vida regido por la justicia. Ulpiano señaló los tres grandes principios del derecho: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo. Siguen vigentes. Cada uno de ellos abre un programa de investigación, que todavía estamos explorando. Los juristas eran conscientes de que se movían en un terreno difícil, complejo como la existencia humana, lleno de contradicciones y fuerzas en tensión. Tenían que resolver problemas concretos, pero también tenían que aplicar principios universales. La historia del derecho romano es la crónica de esta disyuntiva dramática. Los romanos recelaban de las leyes, porque temían que fueran demasiado abstractas y excesivamente rígidas. *Summa lex, summa injuria*. A veces, sus textos dan la impresión de que se enredaban

en casuísticas excesivamente minuciosas. Pero estaban viviendo dramáticamente las paradojas de la justicia, que tiene que atender al caso individual, sin perder de vista lo general. Por eso, dieron tanta importancia a los *iuris-prudentes*, es decir, a los juristas que sabían aplicar la inteligencia a los asuntos humanos. «La jurisprudencia —escribió Ulpiano— es el conocimiento de lo divino y de lo humano, la ciencia de lo justo y de lo injusto». El término *prudentia* traducía el griego *phrónesis*, que designaba la inteligencia aplicada a la acción. Los filósofos medievales sacaron las enseñanzas de esta idea, y consideraron que la prudencia era la máxima virtud intelectual, a la que definían como el talento para aplicar las normas generales a los casos concretos. El aprecio que el mundo romano tuvo por la jurisprudencia, por la opinión de los juristas destacados, demuestra esta preocupación por no descuidar la peculiaridad de cada caso. Es curioso que —de manera sorprendente— la esencia del derecho romano se exprese en este momento de manera más viva en el derecho anglosajón —en el sistema de la *common law*—, que no pertenece a la tradición romana. En cambio, la tradición romana se engolfó en procesos de codificación, que, de alguna manera fueron en contra de su dinamismo esencial.

La necesidad de resolver problemas concretos de forma universal exige la formación de conceptos abstractos. El concepto es un artificio mental para manejar la diversidad. La mayor parte de los conceptos jurídicos que todavía manejamos proceden del derecho romano. Pero tenían tanto miedo de la abstracción, que preferían describir el contenido a definirlos. Tal vez pensarán como Goethe que «los conceptos generales y la gran oscuridad siempre están a punto para generar horrendas desgracias».

Una última razón para leer este libro. El derecho romano no es una tarea individual, sino un ejemplo de inteligencia compartida. Los griegos, demasiado racionalistas, pensaban que era mejor que las normas jurídicas fueran redactadas por una persona. Solón, por ejemplo, era un profesional de la redacción de constituciones. En cambio, los romanos pensaban que la realidad era demasiado compleja para que una persona sola, por muy erudita que fuera, pudiera conocerla y, menos aún, ordenarla. La experiencia, la práctica, la prueba de los años era indispensable para una buena legislación. Ya lo dijo Cicerón en *De republica*, hablando de la constitución romana: «Ni los poderes convenidos de todos los hombres, viviendo en determinado momento, podrían hacer todas las previsiones de futuro necesarias sin la ayuda de la experiencia y de la gran prueba del tiempo». Los romanos pensaban que la mejor forma de mejorar las normas era mediante la práctica guiada por la jurisprudencia. Por eso desconfiaban de las leyes promulgadas por el Estado. Habían descubierto un modo nuevo de racionalidad: la experiencia jurídica probada en el tiempo. Una aplicación —a veces terrible— del principio de ensayo y error.

Les dejo a las puertas del libro de Juan Iglesias, un hombre para quien estudiar el mundo del derecho romano no era vivir en el pasado, sino habitar

JUAN IGLESIAS

el presente de forma responsable y esperanzada. A él podría aplicarse la frase de Goethe: «Lo mejor que obtenemos de la historia es el entusiasmo que suscita». Sé que él transmitió ese entusiasmo a sus miles de alumnos y yo espero que lo haga también a todos sus lectores.

JOSÉ ANTONIO MARINA

---

## PRÓLOGO DEL AUTOR

*La presente obra, cuya primera edición, en dos volúmenes, data de 1950 y 1951, ha cambiado su título o rúbrica en el curso de los años hasta ahora transcurridos, y siempre con miras a que las variantes, los añadidos o cualesquiera otras alteraciones dieran cumplida respuesta a lo que, ocasionalmente, demandara su propio cuerpo y disposición.*

*No tengo inconveniente en confesar que este libro me ha exigido, a lo largo de sus varias ediciones, una dedicación tan atenta como constante. Y todo porque he entendido que una obra de Instituciones debe tener por destinatario no solo al estudiante, sino también al estudioso.*

*A lo que creo, sirven los Manuales —los «libri istituzionali»— de asientos y vehículos de conocimiento y transmisión de los resultados de la investigación. Dentro de su apretada síntesis, el romanista puede encontrar en ellos apuntes, guías o sugerencias útiles. El no romanista —en general, el estudioso del Derecho moderno— tiene trato con tales libros, cuando busca el antecedente histórico de tal o cual principio, regla o institución, y no ya con monografías o gruesas obras a las que, tantas veces, los romanistas imprimen un estilo tal, que las hace enojosas para el profano.*

*A lo largo de las páginas de este libro, hay lugar, más de una vez, para la posición personal del autor. Pero prestando atención a aquello de ne quid nimis, a aquello de «no hay que exagerar». Toda ciencia —la romanística también— es humilde, y comete pecado de desarmonía el que, aquí o allí, en éste o en el otro lugar, va en persecución de «lo genial», de «lo original», de «lo ocurrente».*

*En cualquier caso, soy fiel a la idea de que hay que intentar comunicarse con el alma de la totalidad jurídica estudiada, pese a que el estado de las «fuentes» —escasas, fragmentarias o alteradas, en no pocas ocasiones— aumente las dificultades con las que debe pechar ese historiador del Derecho que es el romanista. Si hemos tratado de leer en ellas, en las «fuentes», estamos muy lejos de haber asumido la pretenciosa y condenable tarea de crearlas.*

*La letra pequeña —la de las notas, singularmente— puede ser útil al especialista. El aparato bibliográfico es harto grueso, pero no exento de justificación. Una literatura registrada «en su sitio» resulta siempre cómoda y provechosa. En cualquier caso, y a ojos vistas, pone de relieve cuan grande es el laboreo de unos estudiosos que bien merecen hoy, en esta hora preñada de dificultades, el mejor premio.*

*Por lo demás, bien me gustaría —y está lejos de mí el logro— que este libro fuera todo menos una especie de catálogo o inventario, secamente explicado, de instituciones jurídicas romanas. Bien me gustaría, en efecto, que el espíritu forjador de las instituciones todas —nada más y nada menos que el espíritu romano— latiera en estas páginas. Sería cosa de ver cómo lo vario y distinto se explica por comunión última con ese espíritu uno y enterrizo.*

*No conseguido, ni mucho menos, semejante propósito, quede al menos segura constancia de mi adhesión devota a quienes saben exponer y explicar el Derecho romano en manera nada fría, nada enojosa, nada cargante.*

*Lo que en varias páginas de este libro, casadas con otras del propio autor, aparece como exaltación de lo jurídico romano, no obedece a manera alguna de culto idolátrico o fetichista. Bien sé, de una parte, que en la sociedad romana no todo fue escuela de maravillas, pero tampoco ignoro, de otra, que aquélla no puede ser juzgada por el mismo rasero que la actual.*

\* \* \*

*Por lo pronto, nuestras nociones a propósito del individuo, de la sociedad, del Estado, de la libertad, de la democracia, del totalitarismo, de la riqueza y la pobreza, de las clases sociales, del capitalismo, de la industria servida por la tecnociencia, no pueden ser transportadas, sin más ni más, al mundo romano. Añádanse a lo dicho que si en Roma ocurrieron cosas terribles —la esclavitud, la mendiguez de no pocos, la persecución de los cristianos, la crueldad de los juegos circenses—, procede que su examen —el que de ellas hagamos nosotros— no se desentienda del mandato de la «edad histórica». Porque es cierto que los hombres, y los de ayer y los de hoy, se hacen su historia, pero actuando desde la «circunstancia» que es con ellos. Desde la forma que la vida —«costumbres» y espíritu, remediando la cierta idea volteriana— asume en ellos y con ellos. Y, a veces, a pesar de ellos y aun en contra de ellos.*

*Los hombres del presente siglo, tan zarandeado por el vértigo, no de todo podemos enorgullecemos. Por desgracia, nuestra Edad Contemporánea es pródiga en eso que llamamos «barbaridades».*

\* \* \*

*Si la sociedad romana se centró máximamente en la propiedad agrícola, mientras la moderna lo hace en la empresa financiera, en la sociedad mercantil, en el industrialismo invasor, en el crédito, en el trabajo, resulta cierto que el Derecho romano, en sus mismísimas prescripciones, carece de sitio en el mundo actual.*

*Sin embargo, otra cosa es desterrar el conocimiento de la más soberana formación jurídica que han conocido los tiempos. Otra cosa es declarar baldío aquello que, en expresión zubiriana, se ofrece como uno de «los tres productos más gigantescos del espíritu humano».*

*En definitiva, ignorar el Derecho romano, en su textura orgánica, vital y espiritual, en la disposición de sus principia y en la técnica aplicadora de éstos, lleva a no tener noción cabal de eso que llamamos Derecho.*

\* \* \*

*No es posible rehuir aquí, en la presente obra, el sistema expositivo de las instituciones del Derecho privado que impera, y en nuestro ámbito y en el del moderno Derecho civil, desde los tiempos de Savigny. Hay ocasiones, como esta que dice al «sistema», en que lo conveniente —y tal sería la representación del Derecho romano según su propia articulación interna— cede paso a lo convencional, afirmado de un modo sostenido por la doctrina romanística desde hace un par de siglos. Mas, si hay que estar a esto, a lo convencional, no se debe esquivar el intento de aproximarse a un ius civile enraizado en un cosmos de «creencias» que se arrastran desde la hondura atávica del mundo romano, para el que lo vital, lo que está ahí, lo que se vive, prima por encima de todo.*

*Séparse, en cualquier caso, que el juego de fiel comunicación entre el ordo iuris y el sistema de saberes jurisprudenciales, nada abstractivos o metafisiqueros, mostrándose acorde con tal mundo de creencias, y no simplemente de ideas, potenció hasta el máximo una formación jurídica —la propia del ius civile— que, por feliz paradoja, pudo ser a un tiempo roqueña y progresora. Roqueña, esto es, enérgicamente afirmada en la conciencia colectiva, hasta el punto de ser tenida por intocable; progresora, en cuanto madriguera de unos principia con aptitud para cambiar, permaneciendo.*

*Ciertamente, los saberes jurisprudenciales, aun no obedientes a técnicas operatorias siempre iguales, al producirse sobre la compleja variedad de casos, procuran que en cada uno de ellos se espeje la noción una y soberana del bonum et aequum, con lo que se propicia la marcha del Derecho hacia adelante.*

*La jurisprudencia, siendo fiel al ordo iuris, con todo lo que tiene de castizamente romano, logra salvar la saludable contradicción que supone conciliar un ius civile inviolable con medidas o arbitrios que otorgan debida asistencia a las nuevas necesidades o demandas.*

*A la postre, la utilización por nuestra parte de una manera expositiva tenida hoy por oportuna, no debe impedir el intento de aproximarnos a un mundo en el que el Derecho civil y los saberes jurisprudenciales confluyen en un sistema vital que supera a todos. Tal es el de unas creencias cuyo eje diamantino gira en torno al bonum et aequum, a lo que es bueno y justo en cada momento.*

\* \* \*

*Una vez más, séame permitido significar lo mucho que debo a quienes tuvieron bondadosas palabras para este libro, en ediciones anteriores. Por modo singular, y con mención solo de los desaparecidos, a los profesores Ursicino Álvarez, Vincenzo Arangio-Ruiz, Biondo Biondi, Pietro De Francisci, Fernand De Visscher, Wolfgang Kunkel, Olís Robleda y Julius Christiaan van Oven. Renuevo la dedicatoria que, a partir de la primera edición, hiciera a Contardo Ferrini, cuya efigie ilumina siempre, donec fata sinant, mi cuarto de estudio.*

*Advierto, por último, que para la revisión de las ediciones octava y siguientes he contado con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo.*

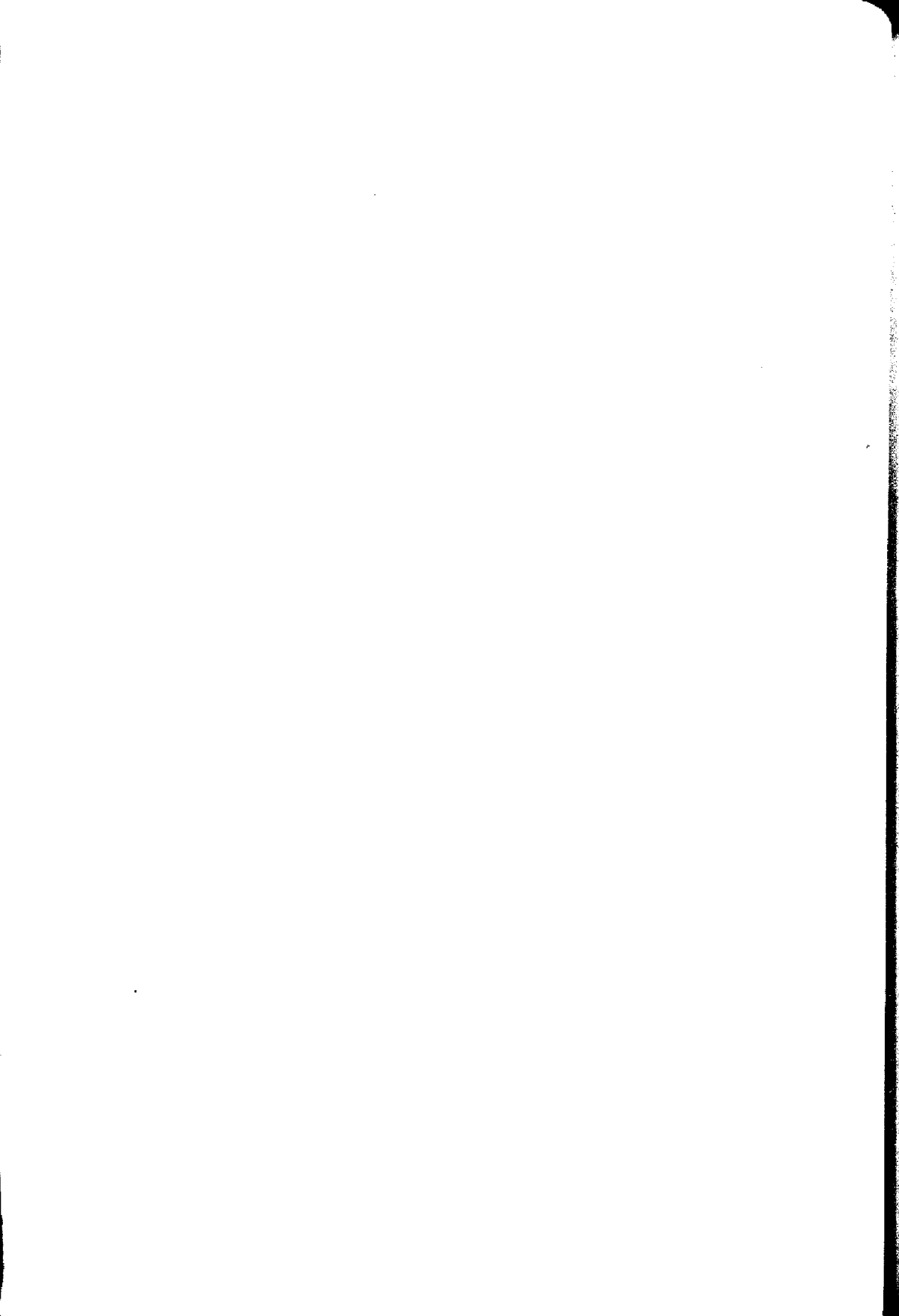
J. I.

Madrid, 3 de febrero de 1993.

---

## INTRODUCCIÓN





## CAPÍTULO I

# CONCEPTOS FUNDAMENTALES

### § 1. Concepto del Derecho

**I.** *Ningún hombre es él solo. Cada uno de nosotros somos con otros. Cierto que mi yo es algo mío. Es lo más mío, pero no por obra toda mía.*

*Mi alma, mi espíritu, mi yo se nutre de lo circunstante, que es decir, de cuanto está a mi alrededor y da disposición y asiento a mi entender, a mi conocer, a mi saber.*

*A la postre, yo soy yo, con personalidad e historia de todo punto irrepetible, pero no radicalmente desde mí mismo. Sobre mis interiores actúan, de tal o cual manera, los «otros». Los «otros», con sus —y mis— cosas, son co-arquitectos de mi ser.*

*Dicho lo anterior, es patente que el hombre, cada hombre o persona singular, tiende a la comunicación. No hay «salvación», y nos referimos a la de aquí abajo, para el hombre aislado, irrelacionado, independiente.*

*Firme el principio de la sociabilidad, ese de que «el hombre es sociable por naturaleza», resulta también cierto que el convite social postula como necesarias unas pautas o reglas. Tales son las cifradas en la Norma o Mandamiento jurídico.*

*El Derecho hace posible la sociedad, la vida en común, la con-vida, al disciplinar los sentimientos, los quererés, los impulsos de los sujetos. En definitiva, la actuación de éstos, si se quiere afianzar la comunión social, solo puede producirse desde determinadas posiciones. Hay que poner a los hombres en terreno propicio para que la sociedad sea tal, y no puro desconcierto.*

**II.** *En punto al Derecho, el pensamiento va a la zaga del sentimiento. El Derecho tiene su arranque en mundos interiores, que es donde habita la verdad. Si se priva al Derecho de su entidad vital y espiritual, se le degrada y, más aún, se le convierte en instrumento de tiranía, de sofocación de libertades internas. Se hace de la verdad mentira, y nada hay tan grave como una mentira lisonjeada con lenguaje jurídico.*

**III.** *Pura monstruosidad es un Derecho abstracto, dirigido a hombres también abstractos. Desdibujados quedan el Derecho, el hombre y su vida en las hinchadas y coloristas formulaciones de laboratorio.*

*Daña cuanto atente a la idea de que el Derecho es arte excelso, arte que lleva a que los hombres, que son todo menos fantoches, vivan mejor entre sí, en alianza que procura la justicia.*

## I. El Derecho

El Derecho es norma de convivencia. Por el Derecho se logra la vida en común, que es tanto como decir la sociedad política.

La relación entre Derecho y sociedad política es íntima. La sociedad política se forja a través del Derecho, y éste se convierte en realidad social y positiva merced a la organización. La organización que establece el Derecho —el Estado, de forma principal, aunque no única<sup>1</sup>— y el Derecho mismo se subordinan al Derecho natural.

El Derecho positivo —el Derecho históricamente determinado— ha de descansar en principios de Moral. El juicio sobre la justicia que asiste a los preceptos positivos viene formulado por el Derecho natural.

No ha de verse solo en el Derecho lo que éste tiene de vínculo externo, sino también lo que tiene de vínculo de orientación hacia dentro, de vínculo en profundidad. En la unión del Derecho con el espíritu radica su «secreto», salvo que tendemos a conferir al Derecho un mero objetivo de orden social.

El Derecho se refiere al hombre, pero el hombre es ser de dos mundos. Tal verdad no es ignorada por la prudencia sacerdotal del jurista romano, que sabe tender un puente entre lo humano y lo divino. El oficio de jurista —la *iurisprudencia*— se define como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto) (§ 23).

El Derecho no es algo sujeto a rigores y mediciones de cuerpo material, sino sustrato vigoroso de un estado y necesidad del alma individual, que se transfigura en alma colectiva.<sup>2</sup> El Derecho, norma de convivencia, está impregnado de savia de alma común, de un alma que no nace por simple pacto de egoísmos.

Si se priva al Derecho de su entidad vital y espiritual, se le degrada y aun se le convierte en instrumento de tiranía, de sofocación de libertades internas.

## II. Derecho objetivo y Derecho subjetivo

En su acepción objetiva, la palabra *Derecho* se traduce por «ordenamiento jurídico», y se define como el conjunto de normas que regulan la convivencia social.

El Derecho objetivo —norma jurídica o *norma agendi*— tiene su fuente

principal en el Estado, y se distingue por la *coactividad*, en cuanto que es dable imponerlo, en caso necesario, mediante el uso de la fuerza. Se caracteriza también por la *bilateralidad*, esto es, por enfrentar a un sujeto con otro, ordenando a éste que observe respecto de aquél un determinado comportamiento. El vínculo que liga al pretensor —sujeto activo— y al obligado —sujeto pasivo— se llama «relación jurídica».

Las notas de *coactividad* y *bilateralidad*, que acompañan al Derecho positivo, no se dan en las normas específicamente morales. En la Moral, el hombre —cada hombre— dialoga consigo mismo, y no hay coacción posible para lograr la observación de sus preceptos.

Las normas jurídicas tienen carácter *abstracto* y *general*, en el sentido de que proveen a regular una serie hipotética e indefinida de casos, y contemplan una categoría genérica de destinatarios.

En sentido subjetivo, la palabra *derecho* significa «facultad», «poder» o «autorización» reconocida a los particulares miembros de la comunidad por el ordenamiento jurídico —*facultas agendi*. Tal reconocimiento importa la tutela de intereses dignos de protección, y fortalece el carácter legítimo de las normas que lo sancionan.

No se corresponden con las ideas romanas las nociones actuales, enraizadas en la concepción liberal decimonónica, que trabajan con los binomios sociedad-derecho objetivo, de un lado, e individuo-derecho subjetivo, de otro. Tampoco casa con lo romano la moderna teoría de la «estatalidad del Derecho» y, por otra parte, lo que nosotros llamamos «derecho subjetivo» solo puede definirse en Roma por la idea de «poder».

Poder personal, y no simplemente «facultad». El poder descansa en la *manus*, en la mano. La mano es símbolo de poder.

El origen del poder está en la conquista, en el apoderamiento físico. En época histórica, cuando se instauran medios pacíficos para adueñarse de algo o de alguien, pervive tal idea: de algo, de una *res*, o de alguien, del deudor incumplidor, por la *manus iniectio* (§ 51 IX).

La pervivencia de la idea de conquista, de la idea de «coger», está presente:

- 1) en la palabra *praedium* (predio, finca, emparentado con *praeda*, de *prae-hendere*, *prendere*, y así, hacer una presa se dice *praedam facere*;
- 2) en la *mancipatio* (§ 61 I) y en la *in iure cessio* (§ 61 II), donde solo habla, por principio, el adquirente: «*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium...*» («digo yo que esta cosa es mía por derecho quirritario...»);
- 3) en la presencia de la lanza —*hasta*— en acto relacionado con el dominio: comprada una finca, se clava sobre ella la lanza;
- 4) en la figura extrajurídica de la posesión (§ 64 ss.) —*possessio*, de *pote-sedere*—: el poseedor se pone, con su actuación, en lugar del propietario inoperante, se sitúa en su «sede».

- 5) en el combate procesal, en la *vindicatio* —de *vim dicere*, es decir, actuar con fuerza—; en la justicia privada toda, dado que la intervención magistral se limita a preparar, a encauzar el litigio —fase *in iure* (§ 48 IV).

Poder personal, repetimos, y no simplemente «facultad». Poder apto para proyectarse legítimamente, de forma firme y rotunda, sobre las cosas o las personas. El título por el que se es *paterfamilias* o se es *heres* o sucesor arranca de un mundo de representaciones trascendentales anidadas en la mentalidad —política, jurídica y religiosa— de los más viejos romanos.

## § 2. La interpretación del Derecho

Dado el carácter abstracto y general de las normas jurídicas, se hace necesaria su *interpretación*.<sup>3</sup> La interpretación o exégesis tiende a establecer una certera adecuación entre una determinada norma y el caso concreto al que ha de aplicarse.

La interpretación, llevada a cabo por el juez —interpretación judicial— o por el jurista o profesional del Derecho —interpretación doctrinal—, puede ser *gramatical*,<sup>4</sup> si trata de descubrir el significado literal que alberga el texto de la ley —*vox iuris*—, o *lógica*, si atiende al sentido de la norma —*ratio iuris*—, deduciéndolo de su origen, de sus fines y de su propio encaje armónico dentro del ordenamiento jurídico.<sup>5</sup>

Cabe que la letra de la ley no se acerque —*minus dixit quam voluit*— o sobrepase —*plus dixit quam voluit*— a su propio espíritu, actuándose entonces, respectivamente, una interpretación *extensiva* o *restrictiva*.

Cuando ninguna norma provee a la regulación del caso concreto —*laguna del Derecho*—, se recurre a la *interpretación analógica*,<sup>6</sup> proyectando sobre él los elementos de una norma amplia, reguladora de un caso sustantivamente idéntico o semejante —*analogia legis*—, o el principio que informa a un conjunto de normas o al entero ordenamiento jurídico —*analogia iuris*.

De la interpretación propiamente dicha, y que no es otra que la actuada por el juez o por el jurista o profesional del Derecho, se distingue la llamada interpretación *auténtica*, que llevan a cabo los órganos legislativos del Estado.<sup>7</sup> En realidad, no cabe hablar aquí de interpretación, sino de una norma nueva que se sobrepone a la anterior, regulando hechos o situaciones pasadas, cuando es nota común a toda norma jurídica la de proyectarse hacia el futuro —*irretroactividad de las leyes*.<sup>8</sup>

Lo cierto es que la compleja realidad jurídica alcanza hoy su máxima expresión en la ley, y de ésta es intérprete principal el juez, siéndolo de forma subsidiaria el jurista.

La actual tarea interpretativa, explicativa o aclaradora de la ley —de una ley tendente a abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico vigente— difie-

re de la romana, ya que en Roma lo jurídico tiene carácter consuetudinario —el cifrado en los *mores*— y logra su aclaración gracias a la interpretación de los juristas, y no ya de los jueces.

Distinta de la interpretación teleológica, dirigida a explicar y completar el contenido de las normas, es la construcción jurídica o interpretación conceptual del Derecho, cuyo resultado final es el «sistema».

La dogmática jurídica, fundamentada por la Pandectística (§ 18), confiere el máximo rango al sistema, que es concordancia suprema de conceptos bajo dictados de racionalidad, orden y simetría.

La tarea que incumbe a la «alta jurisprudencia» o «jurisprudencia superior» —la «jurisprudencia inferior» se cifra en la interpretación o exégesis— ha sido expuesta de modo magistral por Ihering.<sup>9</sup>

Según el ideario de Ihering, la construcción jurídica —obediente a las leyes del «análisis jurídico», de la «concentración lógica» y de la «belleza jurídica»— tiene por resultado final el sistema.

La técnica jurídica obtiene, por medio del análisis, los «cuerpos jurídicos» o «elementos simples del Derecho», que son escasos en número y se ofrecen siempre los mismos. De esta primera operación —una especie de «alquimia jurídica»— se pasa a la de la concentración lógica, por virtud de la cual, y merced a un proceso de abstracción, el material jurídico es transformado en reglas generales. Finalmente, un nuevo proceso de abstracción lleva a la construcción jurídica, para terminar todo en el sistema.

El sistema importa la forma *más visible de la materia*. Por el sistema, la materia pasa a un estado de organización, a un agolpamiento de cuerpos modelados plásticamente. El sistema, a la postre, es una fuerza viva, una fuente inagotable de materia nueva, de nuevas verdades.

La exposición de Ihering, aun produciéndose en materia harto intrincada, como es la de la construcción jurídica, se define por su claridad. Ciertamente, uno de los grandes méritos del insigne romanista alemán está en que toda su obra se muestra reñida con el espíritu de pesadez.

Sin embargo, creemos que la autoridad del Derecho está en sí mismo, y no en la sistemática, contra cuya utilidad —de razón instrumental— tampoco podríamos pronunciamos.

Sistema significa orden, simetría, claridad, unificación de los problemas, y al jurista no le debe ser permitido camppear por mundos de disgregación. Esto es verdad, pero no lo es menos que las enseñanzas de la experiencia nos dan la pauta de unos métodos que no consueñan con los planes que ordena la imaginación.

Es menester que nuestro arte de juristas descienda a la realidad, para luego plasmar ésta en conceptos de vida, en formas vivientes. En todo caso, importa mucho que los conceptos no se enajenen de su raigambre original, sino que la revelen, plásticamente, en su misma encarnadura.

Un buen sistema es aquel cuyos conceptos pueden ser transferidos de la forma que son a la realidad de la que vinieron, y de tal suerte que semejante transferencia no deje de probar que ellos mismos mantienen su comunicación con el dinamismo de la vida.

La *natura* debe ser vertida en conceptos, pero en términos que éstos descubran, por modo claro y terminante, el mundo vivo —entrañable— que aquélla anida. Bueno es el concepto si es expresión de un alma. El refinamiento imaginativo mata la realidad y, por lo que ahora nos interesa, no sirve a la mejor realización del Derecho.

El sistema ha de estar dominado por el *sentimiento* —sentimiento, en este caso, de la naturaleza y del fin del Derecho—, antes que por el simple «conocer». De todas maneras, debemos tener presente que no hay mejor forma de dialéctica jurídica que la inspirada en el sentimiento de lo justo.

El simplicismo, llevado al extremo posible, debe ser el sello de todo sistema. En modo alguno cabe olvidar que nuestros planes u ordenaciones han de producirse sobre la vida real, tan sujeta a mudanzas como falta de «programa».

El progreso del Derecho positivo se logra por medio de una sistematización y, por tanto, de una abstracción. Pero el Derecho es justicia, y solo será buen método el que nos lleve a la realización de lo justo. Lo justo debe imperar en el sistema y por fuera del sistema.

El laboreo secular de la jurisprudencia romana es consonante con la alta misión reclamada por el pueblo, para el cual es Derecho lo que es justo. La común sabiduría práctica, fundada sobre la experiencia, tiene su expresión en la famosa definición de Celso: *ius est ars boni et aequi* (el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo). Es ella, desde el principio al fin, el eje rector de la jurisprudencia verdaderamente romana.

Definido el Derecho como justicia, y considerada la ciencia jurídica como ciencia o arte de lo justo, todo lo demás se mide en función única de este objeto. De ahí que el valor de la sistemática solo sea estético o didáctico.

Cicerón escribe un tratado de sistemática: *De iure civili in artem redigendo*. Del libro solo nos ha llegado el título,<sup>10</sup> mientras que los *libri tres iuris civilis* de Masurio Sabino, el *ius civile* de Quinto Mucio Scévola y los *libri iuris civilis* de C. Casio Longino, tan desordenados como ajenos al cuadro sistemático moderno,<sup>11</sup> han desafiado a los siglos.<sup>12</sup>

No otras razones que las fundadas en la conveniencia, la comprensión y la justicia de la solución dada, son las que buscan el Pretor y los juristas, atentos siempre al *bonum et aequum*.

Ni la literatura jurídica ni los cuerpos legislativos se basan en la división, clasificación u ordenación de las reglas en consonancia con una pauta sistemática o científica.<sup>13</sup> El Edicto adrianeo (§ 15) agrupa las materias de acuerdo con el oficio del Pretor y la sucesión de los actos del juicio.<sup>14</sup>

Una metódica sistemática —un método de rigor técnico, a la manera que lo entendemos los modernos— no hubiese favorecido la corriente viva y lozana del Derecho, de un Derecho que, a través de varias manifestaciones —*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*—, goza en sí de la aptitud para aumentar de ser.<sup>15</sup>

## CAPÍTULO II

# HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA ROMANA

**I.** *No es cosa de referir aquí los pasos dados por Roma desde la fundación de la ciudad hasta la mejor hora republicana. Pero sí lo es de decir algo sobre la causa primera de la sin par hazaña romana. Y tal causa primera está en el propio modo de ser, de pensar y de sentir de ese pueblo todo uno que es el pueblo romano. La causa está, a la postre, en eso a lo que define la palabra romanitas, con la que Tertuliano daba nombre a las «costumbres e instituciones de los romanos».*

*Costumbres e instituciones, e hijas, las últimas, por parte de experiencia, de las primeras.*

*Costumbres, es decir, hábitos ganados a la brega del vivir diario. Leyes no escritas que forja el genio en su sabia inclinación por lo que de mejor brinda la natura, la realidad viva de las cosas.*

*Costumbres venidas de atrás, de la hora primera y más dura. Costumbres hechas religión por la tradición.*

*En eso, en la tradición, en lo que de las costumbres y de la sobrealma —el espíritu— de ésta se entrega de unos a otros, descansa el poder de hacer historia del romano.*

*Las costumbres tradicionales —las más viejas, las más radicales— son creadoras de ideal y, precisamente, de ideal de vida en común.*

*La ortodoxia pagana, agazapada en las horas difíciles —peligrosas— de los últimos tiempos de la República, hallará nuevo refugio en las cabezas bien puestas de aquellos hombres de la minoría culta que hicieron posible el Imperio.*

*El romano de la mejor hora republicana se alimenta de una moral que viene de atrás, forjada en escuela de sobriedades. Su vida es arreglada —sobrietas vitae—, ajustada a un preceptual con el que tiene que ver cuanto es dicho —y es mucho, extremadamente mucho— con las palabras gravitas, constantia, probitas, humanitas, fides, disciplina, industria, frugalitas, magni-*



tudo animi, auctoritas, officium, virtus. Palabras estas preñadas en Roma de tal y tan sutil sabor, que difícilmente resultan aprehensibles por nosotros.

Todo el repertorio de cualidades de las que son expresión las palabras dichas tiene cifra y compendio en los mores maiorum.

Ahí, en las «viejas costumbres», tiene entronque cuanto dice al cuerpo de reglas fomentadoras y orientadoras de la conducta, disciplinadoras del quehacer político y jurídico.

Toda la vida —«el ser como somos»— viene troquelada por tal cuerpo de reglas, en nada desatentas al influjo de determinaciones extralegales con sede en los profundos senos sociales de la conciencia colectiva.

Ahí, en esas «viejas costumbres» —«en los caminos hollados por las gentes de valor de los primeros tiempos», que diría Horacio— se forja el civis, el ciudadano.

Ahí nace el sentimiento cívico, el que, sostenido y alimentado por hombres que se saben superiores, así en el manejo de las armas como en el de las leyes, hace de la urbe el Orbe.

Los hombres son instruidos para «vivir vida de virtud verdadera, con ánimo íntegro frente al adversario». Cabalmente, «en esto consiste la libertad: en dar refugio a un corazón puro y recio. Lo demás es una esclavitud metida en noche oscura»<sup>1</sup>

Todo está dispuesto para eso, para cumplir una misión universal desde el principio decretada: «ciudad fundada para lo eterno, creciente hacia la inmensidad»<sup>2</sup>

Todo, los hombres y sus instituciones, está dispuesto. Los hombres son preparados para serlo desde el oficio de civis. Y en la cuna, semillero de la república, que es la familia.

El civis, hecho de la madera del campesino-soldado —de los campesinos salen los varones íntegros y los soldados aguerridos<sup>3</sup>—, pone la primera atención en el bien de Roma. Pues la virtud consiste en «tener en cuenta el interés de la patria, en primer lugar, y a seguido, el de los padres, y, por último, en lugar postrero, el de uno mismo»<sup>4</sup>

Sentimiento cívico e idea imperial se ponen de concierto desde la hora primera. Desde la hora primera, la virtus abre a los romanos los caminos, erizados de dificultades, de lo eterno. Será eso, la virtus, lo que, empalmado al hombre de ayer con el de hoy y con el de mañana, tejerá ese suceso uno y único que es el «suceso romano».

«Historia perpetua», no historia de hechos o acontecimientos singulares. Historia donde el fin está en el principio y el principio en el fin.

**II.** Hablamos de Monarquía, República, Principado, Imperio... Mas, hay que ver cómo queda lo que pasa, cómo se remansa en hora nueva algo que aleteó en hora vieja. Cómo queda, en manera de sucesión, de seguimiento, la esencia arrastrada por el río de la historia.

Lo esencial que se entrega —que no es todo, ni siempre, todo, libre de variación— persiste, sobrevive mucho más de lo que solemos imaginar.

**III.** *En Roma la política no está gobernada por leyes matemáticas. Su virtud estriba en ponerse delante de la realidad, en cualquiera de sus manifestaciones, para actuar sobre ella de modo oportuno — opportune—. El misterio de la política consiste en aprovechar la ocasión — occasionem arripere—.*

*Hay que obrar a tiempo. Justamente, el tiempo oportuno para obrar se dice, en latín, occasio, y regla de oro de la política es la de que hay que aprovecharse de la ocasión, sacando de ella todo su jugo, y siempre para venir en ayuda de los intereses sociales o nacionales.*

*La idea de «salvación» de lo romano no tiene puro y simple apoyo en la acción. La acción, sin más, conduce a la catástrofe.*

*La hora mala romana —la de los agitadores demagogos— es pura movilidad. La falta de aplomo de los profesionales del griterío lleva a subvertir el orden asentado en las costumbres patrias, instigadoras y directoras de todo lo que queda por hacer.*

### § 3. Política y Derecho en Roma<sup>5</sup>

Si la historia de Roma es la historia de un pueblo puesto en bregosa e incesante marcha para ir a la busca de lo eterno,<sup>6</sup> su raíz hay que encontrarla en los tiempos más lejanos, cuando aún no existía la *urbs*, pero se preparaba el advenimiento. El principio está en épocas anteriores a aquellas en que fueron echados los cimientos de Roma, para hacer de Roma el Universo.

El Estado y el Derecho de Roma no son más que la proyección en el tiempo del precívico ordenamiento familiar y gentilicio. En la *familia* —grupo de personas sujetas a la potestad de un mismo *pater* o jefe— y en la *gens* —agrupación de familias— es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica.

Pesa en la familia de edad histórica —y por ahí en todo lo demás— el cuadro mental e ideológico que dio germen, encauzamiento y envoltura a lo familiar en edad antehistórica.

Con todo, cabe señalar que no es menester adscribirse a la idea de una marcha ascendente que, partiendo de la *familia*, llegue a la *civitas* por el intermedio de la *gens*. Antecesoras del Estado pueden ser las *gentes*, o agrupaciones de *gentes*, o incluso formaciones sociales de otro tipo. La cuestión, difícil de zanjar, de todas maneras, no está en eso, sino en saber por qué las *familiae* de época histórica ofrecen unos rasgos nada consonantes con nuestras acostumbradas explicaciones.

Es claro que hoy relacionamos lo «político» con lo estatal, definiéndolo como algo que se hace dentro del Estado y para el Estado. Ahora bien, adjectivar de «política» a la familia romana no es pecado, si resulta que es un campo con caracteres y fines que sobrepasan los de pura razón doméstica. Por lo pronto, la pequeña república —*pusilla res publica*— que es la *fami-*

lia, a más de atender a su propio y peculiar regimiento, es precioso vehículo para el quehacer nacional, en cuanto forjadora de ciudadanos hechos y derechos.

Decir tal, no fuerza a medir con cinta métrica los linderos de lo familiar y de lo estatal y, sobre todo, a buscar paralelismos entre la *familia* y el Estado, tal como lo intentara Bonfante.

Política y Derecho se conciertan en la tarea constructora de los grupos menores —la *familia* y la *gens*— para dar luego vida, bajo igual determinante, al grupo supremo, es decir, al Estado. Desde los días de la infancia hasta la hora del Imperio, el genio político romano es el inspirador constante —original y extremo— de un Derecho encaminado a reforzar los lazos de asociación, a eliminar las tendencias disgregadoras, a procurar, en fin, el bien común en la ley común, con la libertad que da el hacer de ésta la grandiosa forja de un cuerpo humano colectivo.

La historia de Roma es una historia progresiva y ascendente, porque el signo de la continuidad de la vida, que es acción y movimiento, «hace colocar el hecho en el puesto del problema». Roma es un pueblo que, acaso como ningún otro, supo «comprender sus intereses».

La historia de Roma, con sus altos y sus bajos, sus glorias y sus quiebras, permite columbrar un discurso aleccionador: el de un pueblo que hace de la «experiencia» su máxima regla de oro. Roma conoce maneras varias de gobernar, mas todas plegadas a lo que manda la realidad de cada situación.

Lo mejor de lo político, eje rector de todo, descansa en la intuición, la lógica y el buen sentido. En eso, en lo político así instrumentado, radica el secreto del romanismo, de la Romanidad.

La Romanidad, el espíritu e influencia de Roma, está presente en su Imperio, que se extiende desde la Inglaterra del Norte hasta las riberas del Eufrates, desde el mar Negro hasta la costa atlántica de España.

Aun en medio de no pocas incertidumbres, cabe afirmar que la Romanidad es expresión de una serie de caracteres e impulsos sabiamente conjugados para el mejor imperio de la política y del Derecho. Cabe afirmar, en efecto, que la Romanidad debe al campesinado autóctono preindogermánico tanto su vinculación especial a la tierra y a los antepasados, cuanto la firmeza de las asociaciones familiares primitivas y el feliz sentido de la forma; debe a las fuerzas del pastoreo de los inmigrantes centroeuropeos la nota de su planificación y tenacidad y, ocasionalmente, una voluntad de poder animada por grandes aspiraciones; debe, en fin, a los grandes terratenientes y guerreros navales etruscos la forma del Estado-ciudad y del poder regio absoluto, esto es, el *imperium* y el *augurium*.<sup>7</sup>

Roma obra, crea. El Derecho romano es un producto de la fuerte virtualidad creadora del genio político. Política y Derecho laboran al unísono, para hacer de la urbe un orbe, para cumplir una misión de dimensión universal.<sup>8</sup>

#### § 4. La Roma primitiva<sup>9</sup>

Dificultades de toda suerte se amontonan a la hora de interrogar sobre las edades prerromanas. Pueblos de las más varias razas y de las más diversas procedencias tuvieron asiento en el primitivo territorio italiano. No se sabe, en verdad, quiénes fueron los aborígenes, ni hay datos que permitan una segura identificación filológica, arqueológica o paleoetnológica de cada una de las gentes sobrevenidas y sobrepuestas por conquista, inmigración o infiltración.

Los métodos de la Filología, de la Arqueología y de la Paleoetnología no han discurrido por la misma vía, en el común concierto de buscar soluciones unitarias. Si la Filología pretendió asegurar una bien trabada unidad étnica y lingüística de los arios, la Antropología señaló la existencia de tres razas no entroncadas con éstos, diferentes entre sí y asentadas a lo largo de distintos territorios europeos: *homo europeus*, *homo alpinus*, *homo meridionalis*. La Arqueología, por su parte, nos habló de una raza uniforme, a la que sería propia la común cultura de los pueblos prearios del África septentrional y de la Europa meridional.

Llegados a este punto, no creemos que la adecuada postura sea la de aferrarse a los viejos cánones que sentencian sobre el común origen o la unidad de entronque étnico. Lo justo, lo conveniente es hablar de una cultura latina, de una casta latina a la que es consustancial, desde un primer momento, el sentimiento político de patria —de patria universal.

La vieja comunidad latina, de la que nace Roma, no es hija de una sola raza, sino de esa suerte de luchas, entrecruzamientos y sobreposiciones de los diversos pueblos que pasaron por el suelo latino. Cabe que las inmigraciones arias tuvieran el carácter de verdaderas invasiones, y cabe que tal no sucediera. Sea como fuere, siempre tendremos que hablar, antes que nada, de inmigración de una lengua aria, con la cultura que lleva en su entraña.

De acuerdo con la tradición, se señala como fecha fundacional de Roma la de los años 754 o 753 a. de C. La verdad es, no obstante, que la *civitas quiritaria* —*Quirites* es término con el que se nombran los antiguos ciudadanos romanos, que no son sino los *patricii* o miembros de las *gentes patriciae*— surge tras un largo proceso de integración política.

Desde la hora de su nacimiento hasta el siglo III de C., Roma es una ciudad-Estado, una *civitas* o πολις. Por tal se entiende, según el concepto clásico, un agrupamiento de hombres libres, establecidos sobre un pequeño territorio, todos ellos dispuestos a defenderlo contra cualquier injerencia extraña y conjuntamente partícipes de las decisiones que importan al interés común.<sup>10</sup>

Grupos políticos anteriores al Estado dieron ya esencia de vida al mundo civil.

La célula primaria es la *familia*. Su definición como organismo político no está refrendada por documento alguno, pero su propia estructura históri-

ca nos impide toda explicación basada en las características propias de la familia de los tiempos modernos.

Al jefe de la comunidad familiar —*paterfamilias*— se someten por igual personas y cosas, y el conjunto de unas y otras se nombra, precisamente, con el término común *familia*. El vínculo que liga a los individuos con el jefe no tiene su fundamento en la sangre, sino en el sometimiento a la misma autoridad.

De la *familia* se va a la *gens*. La *gens* no es sino una ancha familia, un agrupamiento, mayor o menor, de comunidades familiares. Lazo de razón política es el que une a los miembros gentilicios bajo la común autoridad del *pater gentis*.

De la agregación de varias *gentes* nace Roma. Al surgir el Estado —la *civitas*— como grupo político unitario y supremo, no desaparecen los grupos políticos menores —*familiae, gentes*. Cierta es que la *gens* viene abatida durante la etapa republicana, para quedar de ella una lejana memoria histórica en la época de Antonino Pío. Pero la *familia* conserva siempre, a lo largo de todo el discurso histórico del Derecho romano, rasgos que denuncian su vieja estructura.<sup>11</sup>

La *civitas* de los cuatro primeros siglos se emparenta con la *gens*. Se es ciudadano en tanto en cuanto se pertenece a una *gens*. Y tal pertenencia o gentilidad originaria tiene cuño patricio, de forma que las *gentes* plebeyas, al margen de la razón privilegiada de las *gentes patriciae*, solo tardíamente —hacia la mitad de siglo IV a. de C.— se suman, con carácter de eficiencia, a las tareas del gobierno de la *civitas* y adquieren rango en lo que toca al goce de los derechos privados.

El régimen político de la Roma antigua descansa en tres órganos: rey, senado y comicios.

El rey es sumo sacerdote, jefe del ejército, juez supremo y cabeza rectora —*rex*, de *regere* = dirigir— de la *civitas*.

El *rex*,<sup>12</sup> soberano vitalicio, está asistido por el *senatus*.<sup>13</sup> Nacido como órgano asesor del rey, a él pertenecen, en un principio, los *patres* o jefes de las *gentes* fundadoras de la *civitas*, que la tradición fija en número de cien. Es probable que en un momento posterior la designación de los senadores recaiga en el rey, en virtud de propia decisión o simplemente como refrendo a un acuerdo del *senatus*.

Aparte de asistir y aconsejar al *rex* en las tareas de gobierno, el *senatus* refrenda, con su *auctoritas* —*auctoritas patrum*— la validez de los acuerdos tomados por las asambleas populares —*comitia*.<sup>14</sup> Además, es función suya la de asumir las riendas del poder regio al quedar vacante la más alta magistratura —*interregnum*.

Muerto el rey, los *patres* ejercen el poder por tiempo de cinco días cada uno, hasta que el pueblo aclama y presta obediencia al nuevo monarca —*lex curiata de imperio*—, designado por el predecesor, siendo éste es el principio

romano en materia de sucesiones, o por el *interrex* de turno, si es que el anterior rey no proveyó a la designación.

El antiguo pueblo romano se halla distribuido, según la tradición, en las tres tribus de los *Ramnes*, *Tities* y *Luceres*, que algunos historiadores pretenden identificar, aunque sobre bases muy problemáticas, con las estirpes fundadoras de la *civitas*: latinos, sabinos y etruscos.

Cada una de las tres tribus se divide en diez curias. Las treinta *curiae* dan cuerpo a la asamblea general de los patricios, cuyas funciones, por lo que se refiere a este período primitivo, no son bien conocidas. Por lo común, se afirma hoy que carecen de poder para elegir magistrados,<sup>15</sup> no menos que de poder legislativo.

Además de su intervención en la *lex curiata de imperio*, con el significado antes apuntado, y de su asistencia a las declaraciones de guerra —*lex de bello indicendo*—, las *curiae* solo participarían en asuntos de carácter religioso, así como en actos que afectan a la vida de los grupos familiares o gentilicios: testamentos, admisión en la comunidad de una nueva *gens* —*cooptatio*—, arrogación —*adrogatio*— y renuncia del arrogado al culto familiar —*detestatio sacrorum*.<sup>16</sup>

Las *curiae*, a la vez que cumplen fines políticos y religiosos, contribuyen a la defensa de la *civitas*, suministrando el contingente de tropas que nutre la *legio* —la *leva*.

## § 5. La República romana<sup>17</sup>

### I. Constitución política

1. *Los orígenes de la República.* — A tenor del relato tradicional, una revolución pone fin, en el año 510 a. de C., al poder despótico del último Tarquino. Cabe pensar que a la revolución hayan contribuido las fuerzas concertadas de los *patres* —de la aristocracia patricia y tradicional—, cuya posición se ve menguada por la dinastía etrusca, y de los plebeyos-soldados. Quizás el órgano favorecedor de la rebeldía sea el *exercitus centuriatus* patricio-plebeyo, creado por obra de Servio Tulio.

Servio Tulio, instado por su espíritu liberal y popular, pero más que nada, probablemente, por razones de orden militar, procede a una nueva ordenación de la *civitas*. Por virtud de ella, los plebeyos —que no tienen *gentes* y, por consiguiente, no forman parte de las *curiae*— engrosan las filas de un ejército de tipo etrusco —*exercitus centuriatus*.

Bajo el régimen serviano el territorio es dividido en nuevas *tribus* o *regiones*, es decir, sin semejanza con las viejas tribus de *Ramnes*, *Tities* y *Laceres*, que acaso no fueran sino zonas o cuarteles de la ciudad, pero denotando los tres grupos de *gentes* establecidos en regiones distintas. Las nuevas *tribus* o *regiones* son cuatro: la *Palatina*, la *Esquilina*, la *Succusana* —o

*Suburana*— y la *Colina*. Las tres primeras aparecen situadas en el *Septimontium* —las «siete colinas», sede de las tribus primitivas—, en tanto que la última coincide con la nueva zona del *Quirinal*.

Las tribus servianas son distritos político-administrativos, que importan un reparto de la población sobre la base del domicilio. No se sabe si es contemporánea de tal división la que se hizo del campo aledaño de la *urbs*, al distribuirlo en 16 *tribus rusticae*, sucesivamente aumentadas hasta alcanzar, en el año 241 a. de C., el número definitivo de 35.<sup>18</sup>

La población es dividida, según el régimen serviano, en clases y centurias. Las clases son cinco, integradas por propietarios cuyas yugadas de tierra ascienden a 20 [= 100.000 ases] (1ª clase); 15 [= 75.000 ases] (2ª clase); 10 [= 50.000 ases] (3ª clase); 5 [= 25.000 ases] (4ª clase); y 2 [= 11.000 ases] (5ª clase). La pertenencia a cada clase gradúa el montante de lo que debe pagarse, en concepto de contribución, al Estado.

Las clases se subdividen en centurias, en número total de 193, y nutridas por cuantos están obligados al servicio de las armas, incluidos los que no son propietarios de tierras. A la cabeza de este ordenamiento militar figura la caballería —los *equites*—, con 18 centurias, seis de las cuales, conocidas bajo el nombre de *sex suffragia*, se reservan a los patricios, y gozan de una situación privilegiada. La primera clase consta de 80 centurias de *infantes* (cuarenta de *iuniores*, con edad de 18 a 46 años, y cuarenta de *seniores*, con edad de 46 a 60 años). La segunda, tercera y cuarta clase tienen 20 centurias cada una (diez de *iuniores* y diez de *seniores*). La quinta, 30 centurias (quince de *iuniores* y quince de *seniores*). Súmanse a las centurias de caballería y de infantería enumeradas, otras cinco centurias de soldados que no son propietarios fundarios, y sirven como obreros ingenieros —*fabri tignarii* y *aerarii*—, músicos —*tubicines* y *cornicines*— y asistentes o portadores del bagaje y los accesorios —*accensi velati*. Las dos centurias de los obreros ingenieros —carpinteros, herreros— están adscritas a la primera clase; las tres de *tubicines*, *cornicines* y *accensi velati*, a la quinta clase. Los que nada tienen y, por ello, no pueden procurarse armamento —*inermes*— son llamados *capite censi* —estimados por cabezas, es decir, por su persona y no por el patrimonio— o *proletarii* —en cuanto solo han de contribuir al Estado con su prole. Parece ser que quedan agrupados en una centuria *infra classem*.

Las 193 centurias forman el cuerpo del ejército, que actúa, con los *seniores*, en la defensa del territorio, y con los *iuniores*, en la misión de llevar las armas contra el enemigo.

El ordenamiento centuriado sirve de base, no solo al ejército, sino también a una nueva asamblea, constituida desde el primer momento o con posterioridad: los *comitia centuriata*. Tal asamblea, dado su carácter militar, se reúne fuera de la ciudad —en el campo de Marte, por lo común—, convocada por un magistrado con *imperium*, y decide —aprueba o rechaza— sobre las propuestas del convocante.

Los *comitia centuriata* se caracterizan por su conservadurismo y ten-

dencia al gobierno de las clases adineradas. La unidad de voto es la centuria, y la votación comienza por las 18 centurias de caballeros y las 80 de infantes de la primera clase. Puesto que en los caballeros impera el elemento patricio, y en la primera clase la riqueza cuantiosa, la unión de unos y otros significa la mayoría, cifrada en 98 votos, sin que haya lugar a proseguir la votación. Los menos afortunados económicamente están en fácil trance de no emitir su voto.

Con la riqueza, prevalece la edad. Los ancianos son menos, pero la existencia de igual número de centurias de *iuniores* y *seniores* determina un rango privilegiado para la ancianidad.<sup>19</sup>

Se atribuya o no a Servio Tulio —y la cuestión es discutida— el ordenamiento centuriado patricio-plebeyo, cabe creer que, siendo éste la base de la organización política de la época republicana, solo tras un proceso lento logra imprimir un giro radical a la fisonomía del Estado.

La instauración del orden republicano no significa una ruptura violenta con la constitución monárquica. Pasará largo tiempo hasta que el rey se vea convertido en simple jefe de los asuntos religiosos — *rex sacrorum* o *sacrificulus*—, para llegar a un momento en que tal jefatura es asumida por el *pontifex maximus*.<sup>20</sup> Solo a mediados del siglo IV a. de C. se dibuja con caracteres claros la efectiva organización republicana.

2. *Las luchas sociales.* — La República representa una forma sabia de solidaridad entre la vieja y tradicional casta patricia y la plebe,<sup>21</sup> si bien al pacto patricio-plebeyo se llega tras una lucha larga y tenaz.

El ordenamiento centuriado favorece a la plebe con puras concesiones formales. El voto de los plebeyos es tal desde un punto de vista teórico, ya que los poderosos, inscritos en las centurias de caballería y de la primera y segunda clase, se erigen, cuando se conciertan, en poder mayoritario.

La plebe, acrecida por consecuencia de las guerras victoriosas, aspira a una participación efectiva en el mando. Consciente de su alto papel social, y a la hora en que el patriciado no accede a las demandadas reivindicaciones — políticas, religiosas, económicas—, la plebe se niega a participar en la vida de la comunidad. Recurre a la secesión, a la huelga integral — retirada a los montes Sacro y Aventino— y a la huelga militar — desobediencia de los soldados a los *praetores* o jefes del ejército.

La secesión no persigue la disociación, sino todo lo contrario. La secesión es una llamada a la concordia, a la participación en una empresa de vida en común, bajo la ley común. Los plebeyos ansian cambiar el teorema de una ciudadanía formal — el voto «muerto» de la asamblea centuriada— por el ingreso en la plenitud de la vida política romana. También ellos quieren ser Roma.

En todo caso, la comunidad necesita guerreros y operarios, y se llega a un pacto. En el año 494 se instaura el tribunado de la plebe,<sup>22</sup> defensor de ésta, mediante la *intercessio*, contra los abusos del patriciado. Los tribunos, junto al derecho de *intercedere* — de paralizar cualquier decisión de un



magistrado—, tienen reconocido el atributo de la *sacrosanctitas*, por el que es declarado *sacer*<sup>23</sup> quien atente contra sus personas.

La plebe, con sus atributos y sus propias asambleas —*concilia, plebis*— se entrega a la activación de un programa de reivindicaciones dirigido a la integración de las dos clases opuestas en la unidad del Estado.

En lo político, abogan los plebeyos por la validez general de los plebiscitos —*plebiscita*—, así como por el acceso al consulado y demás magistraturas y al senado. La *lex Valeria Horatia* (449) sanciona la fuerza legislativa general de los plebiscitos.<sup>24</sup> Viene luego la conquista de las magistraturas: tribunado militar con potestad consular (443); cuestura (421); consulado (*leges Liciniae* del 367); edilidad curul (366); censura (356); dictadura (351); pretura (337). Por la *lex Genucia* (342) se establece que uno de los cónsules ha de ser siempre plebeyo, y lo propio viene determinado, en orden a la censura, por la *lex Publilia* (339). En el año 312 la *lex Ovinia* abre el Senado a los plebeyos.

En lo jurídico, es deseo de los plebeyos que se redacte un código común a las dos clases antagónicas, así como que se acabe con la prohibición de los matrimonios mixtos. La primera aspiración se ve colmada con la Ley de las XII Tablas —*lex XII tabularum*— o ley decenviral (451-450). La autorización de matrimonios entre patricios y plebeyos es sancionada por la *lex Canuleia* (445).

Con la *lex Ogulnia* (300) los plebeyos tienen acceso al sacerdocio, en los cargos de augures y pontífices.

Desde el punto de vista social, las conquistas plebeyas se traducen en la prohibición de intereses usurarios (*lex Genucia*, del 342); condonación y moratoria de deudas, y participación en la división del *ager publicus* (*leges Liciniae*, del 367); abolición de la ejecución sobre las personas —*manus iniectio*— por razón de deudas (*lex Poetelia Papiria*, del 326).

3. *La organización política republicana.* — El Estado patricio-plebeyo se caracteriza por la armonía existente entre los tres órganos de la comunidad: la magistratura, los comicios y el Senado. Tal armonía se mantiene firme hasta el final de la segunda guerra púnica.

A) *La magistratura.* — La magistratura<sup>25</sup> no constituye un cuerpo jerarquizado, con funciones bien deslindadas. En el curso de la Roma republicana y ascendente, la magistratura se distingue por actuar de conformidad con una mentalidad elemental y práctica, acorde siempre con el real sentido político de la sociedad romana.

El magistrado está investido de una potestad de mando —*potestas*<sup>26</sup>. Cuando ésta es suprema —caso de los cónsules, el dictador y el pretor— se llama *imperium*, un poder originario y soberano al que ningún ciudadano puede sustraerse.<sup>27</sup>

Entre los atributos del *imperium* figuran los siguientes: la suprema dirección del gobierno del Estado; el mando militar; el *ius edicendi* o derecho de dirigirse al pueblo y dictar ordenanzas; la *iurisdictio*, o facultad de admi-

nistrar justicia civil y criminal; el *ius agendi cum patribus* y el *ius agendi cum populo*, o derecho de convocar y presidir, respectivamente, al senado y a los comicios; la *coercitio*, o poder disciplinario; el *ius auspiciozum*, o facultad de consultar la voluntad de los dioses con precedencia a la celebración de ciertos actos.<sup>28</sup>

El poder de los magistrados encuentra importantes limitaciones en la temporalidad, la colegialidad, la *intercessio* de los tribunos de la plebe, la *provocatio ad populum*<sup>29</sup> y la responsabilidad.

El cargo de magistrado es gratuito —se define como un *honor*, y se habla de *cursus honorum*, de carrera política honoraria, con diversos escalones<sup>30</sup> — y temporal. Con carácter general, el magistrado ejerce el cargo por tiempo de un año, representando excepciones, el dictador —seis meses— y los censores —dieciocho meses.

Dentro de cada categoría —la de cónsul, pretor, etc.— hay dos o más magistrados, que desempeñan la función en régimen de colegialidad. Colegialidad significa que, siendo pleno e íntegro el poder de cada uno de los magistrados —de los dos cónsules, por ejemplo — tal poder puede verse limitado por la concurrencia —veto o *intercessio*— de cualquiera de ellos. El acuerdo preventivo entre los magistrados de la misma categoría, así como el turno o el sorteo, pueden salvar cualquier posible colisión.

Compete a los tribunos de la plebe la facultad de oponerse — *ius intercessionis*— a las decisiones de los magistrados que, afectando al gobierno de la ciudad, consideran perjudiciales para los derechos o intereses de la plebe.

Todo ciudadano puede apelar ante los comicios —*provocatio ad populum*— contra la pena o el castigo disciplinario impuestos por un magistrado.

De los actos contrarios a la ley cometidos por los magistrados, responden al final del ejercicio del cargo, si se trata de magistrados mayores —elegidos en los comicios centuriados—, y antes de dejar la función, en el caso de los magistrados menores —designados por los *comitia tributa*.

Los magistrados son elegidos por las asambleas populares, entrando en el ejercicio del cargo por razón del propio nombramiento y sin necesidad de un acto especial de aceptación.

Aun faltando la idea de jerarquía, o si se quiere, la idea de delegación o subordinación, existen diferentes categorías, que afectan, sobre todo, a la eficacia del veto — *intercessio*— y a los auspicios.

Entre los principales magistrados figuran los dos *consules*, jefes anuales del Estado y del ejército —*imperium domi militiaeque*—; los *praetores* —*praetor urbanus* y *praetor peregrinus*<sup>31</sup>— encargados de administrar justicia; los dos *censores*, a cuyo cargo corre la administración del *ager publicus*, la *lectio senatus* y la formación del censo de los ciudadanos, con miras al sufragio, a la tributación, al servicio militar y a la tutela de las costumbres —*cura morum*—; los dos *aediles curules*, con funciones de policía ciudadana —*cura urbis, annonae, ludorum*—; los *quaestores*, magistrados auxiliares de los *consules* y de los *censores*, que intervienen en la administración de la jus-

ticia criminal —*quaestores parricidii*—, en la percepción de multas y confiscaciones y en el gobierno de la tesorería estatal —*Aerarium*—; el *dictator*, magistrado único, supremo y extraordinario, que sustituye a los cónsules en momentos de grave peligro para la República, sea por guerras internas o exteriores.

A veces, los magistrados ordinarios son prorrogados por un año en el ejercicio de su cargo —*prorrogatio imperii*—. Tal ocurre por decisión de los comicios, según exigencias nacidas de las campañas guerreras o de la administración de las provincias. El cónsul y el pretor con jurisdicción prorrogada reciben, respectivamente, los nombres de *proconsul* y *propraetor*.

B) *Los comicios*. — Las asambleas populares<sup>32</sup> son tres: *comitia curiata*, *comitia centuriata* y *comitia tributa*. Hay que añadir los *concilia plebis* o asambleas de la plebe.

En la época republicana pierden eficacia los comicios curiados. De ellos solo queda, en época histórica, la ficticia representación de treinta *lictors* de las treinta curias.

Los comicios centuriados intervienen en la elección de los magistrados con *imperium* —cónsules, dictador, pretores— y de los censores, así como en la votación de las leyes propuestas por tales magistrados—*leges rogatae*.

Los *concilia plebis* o asambleas de los plebeyos, reunidos en treinta y cinco grupos —uno por cada tribu—, eligen los *tribuni plebis* y los ediles plebeyos, votan los plebiscitos —*plebiscita*— propuestos por éstos y acogen la *provocatio* contra determinadas penas impuestas por los tribunos.

Los *comitia tributa* son los propios *concilia plebis*, en cuanto convocados por los magistrados *cum imperio*, sea para elegir los magistrados menores, sea para la votación de leyes —*leges tributa*.

La reunión de las asambleas tiene lugar por convocatoria de un magistrado, que las preside. Preside los comicios centuriados un magistrado de rango superior —*cum imperio*—, o un cuestor o un tribuno, y también, en juicios por multas, un censor o un edil. Finalmente, los tribunos de la plebe presiden los *concilia plebis*. La convocatoria se hace de acuerdo con determinado ceremonial y en tiempo y lugares también determinados.

C) *El Senado*.<sup>33</sup> Constituye la asamblea de los hombres más representativos por su riqueza y prestigio. Defensor de la tradición genuina, el senado es el eje de la vida política romana. Integrado, al principio, solo por patricios, luego tienen acceso a él los plebeyos, aunque sin lograr, desde un primer momento, la denominación de senadores, por lo que se habló de *patres conscripti*, es decir, patricios y miembros agregados.

El número de senadores varía en el curso de los tiempos: 300 hasta Sila, que lo eleva a 600. Con César llega a 900, para retornar a 600 con Augusto.

El nombramiento de senadores recae en ex magistrados. Hasta la ley Ovinia (312 a. de C.), la designación se hace por los cónsules. Dicha ley confiere tal poder a los censores, quienes revisan cada lustro la composición de la asamblea senatorial —*lectio senatus*.

El Senado interviene en funciones políticas de alto rango: relaciones internacionales, guerra, hacienda, culto, dirección del ejército, designación de gobernadores de las provincias, distribución de funciones entre los magistrados, etc. En caso de grave peligro, puede conferir el poder único y absoluto a los cónsules, suspendiendo todas las garantías constitucionales —*senatus consultum ultimum*.

El Senado decide sobre las deliberaciones de los comicios, prestándoles su «refrendo» o *auctoritas* —*auctoritas patrum*—, si bien perdió vigor cuando se hizo preventivo respecto de las deliberaciones legislativas (*lex Publilia Philonis*, del 339) y electorales (*lex Moenia*, entre el 299 y el 290).

El Senado se reúne por virtud de convocatoria de un magistrado provisto de *imperium*, en forma y lugar determinados. Expuesta la cuestión —*relatio*— por el presidente —el propio convocante—, los senadores son interrogados —*rogare sententias*— de acuerdo con su categoría de ex magistrados, comenzando por los de más autoridad o prestigio, y siempre y en primer término por el *princeps senatus*, el ex censor patricio de mayor edad. La votación se hace *per discessionem*, separándose en dos grupos —el favorable y el contrario a la propuesta— los senadores votantes —*pedibus in sententiam ire*—. Lo decidido en la deliberación, siempre por mayoría, se denomina *senatus consultum*.

## II. Italia y las provincias<sup>34</sup>

A través de largas vicisitudes y peripecias, Roma llega a dominar las costas del Mediterráneo, desde España al Asia Menor.

La organización jurídica de los territorios italianos, desde el Po al estrecho de Mesina, no se hace siguiendo una directriz uniforme. Tres son, en efecto, los sistemas mediante los cuales quedan organizados tales territorios: la alianza o federación, la incorporación a la ciudadanía y la fundación de colonias.

Según refiere la tradición, Roma celebra una alianza, en el año 493 a. de C., con las ciudades del antiguo Lacio. El *foedus* entonces concertado —*foedus Cassianum*— pone en pie de igualdad a Roma y sus aliados, pero sobreviene la guerra entre aquélla y éstos, y la victoria romana lleva a la disolución de la liga (338 a. de C.).

Tras la ruptura de la liga latina, algunas ciudades quedan unidas a Roma, participando por completo en su vida política, en tanto que otras se someten a ella en relación de vasallaje, mediante *foedera iniqua*. El vasallaje latino —*Latium* o *ius Latti*— afecta a la mayor parte de las ciudades latinas, y las convierte en comunidades de semiciudadanos. Entre tales comunidades, las más favorecidas son las de los *prisci Latini* —*Latium vetus*— que gozan de autonomía política interna y de ciertos derechos, como el *ius commercii*, el *ius conubii* y el *ius suffragi* (§ 33), limitado éste a los días en

que se encuentren en Roma y haciéndolo valer en una única tribu sacada a la suerte. Pueden, además, adquirir la ciudadanía romana, renunciando a la propia y trasladando su domicilio a Roma.

Como contrapartida, los latinos se supeditan a la política internacional de Roma, en términos de no poder ejercer el *ius belli et pacis* por propia decisión. Por otra parte, deben ayudar a Roma, en caso de guerra, con hombres y dinero.

El sistema de alianzas puesto en práctica con los latinos es extendido por Roma a las comunidades de Italia. Por lo común, la relación se establece sobre la base de *foedera iniqua*.

La expansión de Roma en Italia se actúa también mediante la anexión de los territorios conquistados y la incorporación de sus habitantes al Estado romano. El territorio queda afecto al sistema administrativo de las tribus, cuyo número aumenta hasta el total y nunca rebasado de treinta y cinco. Los habitantes de las ciudades italianas incorporadas se equiparan a los ciudadanos romanos —*cives optimo iure*— o bien quedan en situación de subordinación, por negárseles el derecho de voto —*cives sine suffragio*.

Las ciudades incorporadas a Roma reciben el nombre de *municipia*. Obligados a verificar determinadas prestaciones —tributos y servicio militar—, se caracterizan los municipios por conservar su autonomía administrativa y sus magistrados. Los *municipia* participan de la ciudadanía romana, ya sea plena —*municipia cum suffragio et iure honorum*— o limitada en el campo del Derecho público —*municipia sine suffragio*.

Otro sistema puesto en práctica para organizar Italia es el de la fundación de colonias —*deductio coloniae*—. La fundación obedece, en un principio, a razones de orden militar, que aconsejan el envío y asentamiento de contingentes de personas en determinados territorios. Los colonos dan vida a una nueva ciudad o pueblan la ya existente, ya sea con el fin militar antes apuntado o con el de descongestionar centros cargados de población.

Las colonias constituidas exclusivamente por ciudadanos romanos —*coloniae civium Romanorum*— tienen igual régimen que los municipios. Las colonias formadas por latinos —*coloniae Latinae*— o por romanos que renuncian a la ciudadanía romana, reciben el nombre de *civitates foederatae*.

La fundación de la colonia se regula mediante senadoconsulto, donde se señala el tipo que adopta, el número de colonos, los lotes o parcelas asignadas a cada colono y el número de magistrados a quienes se encomienda la *deductio* y que, por lo común, integran una comisión de tres magistrados —*tresviri coloniae deducendae agroque dividundo*—. Tales magistrados suelen asumir la tarea de fijar, mediante *leges datae*, el régimen político de la colonia.

Ceremonias religiosas —*auspicatio*— presiden la fundación y el reparto de las tierras. Mediante la *groma* —aparato geodésico— se trazan dos grandes líneas en cruz, una de Este a Oeste —*decumanus maximus*— y otra de

Norte a Sur —*cardo maximus*—. Paralelas a estas dos, que son vías principales, se trazan otros *cardines* o *decumani*, en términos de quedar repartido el territorio en los espacios cuadrangulares iguales que se asignan a los colonos.

Por vía de conquistas —y a lo largo de un curso que va desde el comienzo de la primera guerra púnica (264 a. de C.) hasta la destrucción de Cartago y la toma de Corinto (146 a. de C.)— Roma se hace dueña y señora de la cuenca mediterránea. Con Sicilia y Cerdeña inaugura Roma el sistema provincial, que abarcará a un territorio de colosales dimensiones, y en el que la pauta de la organización política toma en cuenta, por lo general, el régimen otorgado a las ciudades itálicas.

Los territorios extraitálicos quedan incorporados al Estado romano, que ejerce sobre ellos un derecho de propiedad —*res in pecunia populi Romani*. El gobierno de cada territorio se confía a un magistrado *cum imperio*, cónsul o pretor, o *proconsul* o *propraetor*, si se trata de poder prorrogado. El gobernador está asistido, en los asuntos financieros, por un cuestor, y en lo referente a la administración y funciones jurisdiccionales, por varios *assessores*, *comites* o *contubernales*.

La esfera de competencia del gobernador se llamó, en un principio, *provincia*. Provincia significa, después, el territorio sobre el cual ejerce el magistrado su jurisdicción.

En orden a la administración de justicia la provincia se divide en distritos —*conventus*— que el gobernador visita periódicamente. En los pleitos entre romanos el gobernador aplica las normas del *praetor urbanus*; en las contiendas entre indígenas de la misma ciudad, actúa el gobernador discrecionalmente, no descuidando las costumbres locales, y en los litigios entre ciudadanos de distintas ciudades el propio gobernador o delegados suyos — designados entre residentes romanos o miembros de ciudades neutrales— tienen en cuenta las normas que mejor convienen a las partes litigantes.

La reglamentación administrativa de cada provincia se hace mediante una ley — *lex provinciae*. Distinto es el régimen otorgado a las varias provincias: *civitates foederatae*, formalmente independientes, con dominio sobre el propio territorio; *civitates (sine foedere) liberae*, con autonomía administrativa; *civitates immunes*, exentas del pago de tributos; *civitates stipendiariae*, afectas a tributación fija —*stipendium*—, hecha efectiva por el cuestor.

De peor condición son las ciudades conquistadas por la fuerza —*civitates vi captae*—, cuyos habitantes se consideran *peregrini dediticii* (§ 33), en tanto que el suelo —*ager publicus*— queda sujeto al pago de un *vectigal* —*ager privatus vectigalisque*—, que importa un gravamen sobre los productos y cuyo cobro se hace por los publicanos. Si en orden a las demás ciudades, antes enumeradas, es firme, de modo más o menos preciso, la idea del dominio eminente del Estado romano sobre los territorios de las mismas, la situación se agrava por lo que toca a las ciudades en las que no se obró a tiempo la rendición —*deditio*—, puesto que aquí no se da, con relación a sus habitantes, ninguna forma de propiedad.

## § 6. El Principado<sup>35</sup>

### I. Constitución política

1. *La crisis republicana.* — En los comienzos del siglo III a. de C. Roma se asoma al Mediterráneo, para hacerlo latino, desde España al Asia Menor, por obra de una conquista en la que se combinan el genio militar y el político, y que culmina en el último siglo de la República.

La vieja constitución política no sirve ya para el gobierno de un fabuloso territorio. La penetración de las ideas y del espíritu de Grecia y de Oriente opera fuertemente sobre la vieja mentalidad romana. Al calor de las guerras, del arriendo de los impuestos, de las contrataciones de obras públicas, de los negocios bancarios, surge una potente clase capitalista —los *equites*—, en tanto que disminuye la vieja aristocracia senatorial y sobreviene la ruina de las clases medias, de aquellos propietarios rurales que contribuyeron en grado máximo a sostener el equilibrio político.<sup>36</sup>

Las graves consecuencias derivadas del ensanche del territorio, junto con las luchas y antagonismos entre la vieja nobleza, la nobleza nueva de navieros, banqueros e industriales, el proletariado y los itálicos ansiosos de la ciudadanía romana, producen una crisis que, afectando a los órdenes político, económico y social, tendrá que dar paso a un mando excepcional.

A lo largo de los siglos II y I a. de C. se vive un continuo episodio de conflictos y luchas, de movimientos y golpes de Estado de breve duración. Los Gracos tratan de imponer una dictadura personal, con el apoyo del pueblo y de los *équites*, pero su programa —concesión de la ciudadanía a los itálicos y ley agraria, sobre todo— no hace otra cosa que indisponer entre sí a los varios sectores ciudadanos.

Vida efímera tienen la dictadura de Sila y los intentos de Principado de Pompeyo. Falla también, truncada por las circunstancias, la sabia fórmula de César, que implica el concertar a Roma y las provincias. Si la idea del Imperio universal acompaña a los romanos de todos los tiempos, acaso es solo César quien ve la necesidad de acabar con una cabeza hegemónica —la Roma municipal, con leve y tosca máquina administrativa— distanciada de las provincias. La solución está en casar la urbe y el orbe, la ciudad y sus inmensos contornos provinciales, de forma que Roma sea en todos y todos en Roma.

Depositada la confianza del pueblo romano en Octavio, tras su victoria sobre Marco Antonio, asume aquél la tarea de restaurar la paz y la justicia, superando el caos moral, político y económico de los últimos tiempos. En Octavio ven sus conciudadanos al *princeps civitatis*, al primero entre los *cives*, al más digno para llevar a cabo la restauración y vigorización de las viejas virtudes y tradiciones religiosas y nacionales.

2. *La instauración del Principado.* — Augusto instaura, en el año 27 a. de C., el Principado, fórmula política hartamente discutida. Varias son, en efecto, las tesis preconizadas para definir el régimen augusteo: tesis de la restaura-

ción monárquica, de la restauración republicana, de la idea del protectorado.

Por nuestra parte, creemos que es difícil calificar con rigor preciso la fórmula política compleja puesta en práctica por Augusto, del cual todo puede decirse. Todo, menos que todo fue en él pura mascarada.

Cierto que la «República restaurada» no es algo que debe tomarse *ad litteram*. El *princeps*, el que, por necesidad cierta y para salvar la nave del Estado, asume mayor y mejor mando, no se desentiende, sin más, de la tradición de los antepasados. ¿Por amor de Augusto a lo que la política de la hora republicana tuvo de superior, de algo así como una manera perenne de vida pública?

Respondemos a la demanda, afirmando que no cabe negar tal plan. Pero hay que poner de relieve, sobre todo, que Augusto no ignora que los hombres de su tiempo siguen adscritos al viejo ideario republicano. Aun a costa de que la «República restaurada» no sea fruto puro y limpio de un elegir absolutamente lo preferido.

La República sigue, continúa, salvo que de otra forma. A la República (y por definición) *sine rege* sucede la República (y aquí lo chocante) *cum principe*.

No es fácil el concurso de lo real y de lo aparente. No es fácil congeniar la vieja, y por demás, querida manera de vida en común —la republicana— con esa otra a la que fuerza el Poder incardinado en una sola persona.

El romano es maestro en ese arte peculiar que consiste en habérselas con la realidad. Por eso mismo, y para sortear los escollos que la realidad ofrece, recurre a la invención.

La invención del *principatus* estriba en plegar la *respublica* a cuanto es necesario para salvar el cuerpo nacional. Y tal adaptación resulta de lo que hace el *princeps*, supremo jefe de Estado al poner en orden, mediante oportuna instrumentación del mando, lo caótico o desordenado, mas también de lo que hace, o mejor, de lo que deja de hacer, por tolerancia, el Pueblo.

Sabe el *princeps* que la savia del republicanismo no se ha agotado, y juzga —y juzga bien— que no es conveniente proceder «*contra morem maiorum*». Sabe el Pueblo que solo por adaptación de la *respublica*, ahora maltrecha, a un nuevo modo de operar político, cabe salvar lo que es más importante, y tal es la mismísima nación.

Lo que ocurre, en definitiva, es que *princeps* y Pueblo ponen en juego esa sabia, esa prudente manera comercial que se llama transacción. A eso, por vía callada, no espectacular, llegan el uno y el otro.

Transacción quiere decir tanto como ajustamiento o conciliación de opuestos pareceres, a base de renunciaciones mutuas. El ajuste se traduce, a la postre, en que el *princeps*, erigido en rector, antes obre por lo que confiere la *auctoritas* —dignidad del hombre tenido por primero— que lo que autoriza la *potestas*.

Por lo demás, ni los emperadores pueden arrumbar el viejo ideario de vida pública —lo que se dice *respublica*—, ni el común de los romanos va a enfrascarse en una defensa a ultranza, por vehículo revolucionario, del «principio republicano», cuando lo importante es responder a la llamada del deber histórico.



### 3. La organización política del Principado

A) *La figura del princeps*. — El *princeps* acumula en su persona una serie de títulos y facultades, que le son concedidas formalmente por los supervivientes órganos republicanos. Tras renunciar al consulado, en el año 23, recibe la *tribunicia potestas*, con carácter vitalicio; el *imperium proconsulare infinitum* —no supeditado al límite del *pomerium*— y *maius* —superior al de los gobernadores de las provincias senatoriales— y otra serie de facultades.

Augusto —*pater patriae, Augustus, Imperator*<sup>37</sup>— asume una serie de poderes que le colocan en situación preeminente sobre los demás órganos constitucionales.

El príncipe no es un *magistratus*. En el príncipe se encarna un nuevo órgano, de vida permanente, investido con un *imperium* y una *tribunicia potestas* que contrastan con las viejas notas de la temporalidad, la colegialidad y la responsabilidad, definidoras todas de la vieja magistratura republicana.

Mantenidos formalmente por Augusto los antiguos órganos de la constitución republicana, en situación de subordinación o de obligada colaboración, poco a poco pierden importancia.

B) *Las magistraturas*.<sup>38</sup> — Con el acrecentamiento del poder del príncipe, las magistraturas quedan privadas de atribuciones efectivas, perdiendo su viejo sello democrático en tiempos de Tiberio, al ser elegidos los magistrados por el Senado y entre hombres de rango senatorial.

C) *El Senado*.<sup>39</sup> — Cobra vigor en un primer momento, para perder luego su vieja y alta autoridad política, absorbida por el príncipe. Si bien asume, al principio, la función electoral que antes competía a las asambleas comiciales, más tarde tal función sufre grave quebranto, al introducir el príncipe nuevos nombres en las listas o recomendar a los senadores la candidatura de una determinada persona. Cuando menos, el Senado queda sujeto a una obligada colaboración con el príncipe.

El nombramiento de senadores se hace por el príncipe, y puede recaer, a partir de Domiciano, incluso entre personas que no han sido magistrados —*adlectio*. Adriano da vida a una organización general burocrática, a una Administración civil vinculada al príncipe, y Septimio Severo decide de modo pleno en lo que atañe al nombramiento de magistrados.

D) *La Administración imperial*. — Con el Principado surge la burocracia. El príncipe nombra y destituye a una serie de funcionarios a sueldo. Entre ellos figuran los *legati Augusti*, encargados del gobierno de las provincias —*legati Augusti pro praetore*— o del mando de las legiones —*legati legionis*—; los *praefecti praetorio*, jefes de la guardia imperial, y encargados también de entender en asuntos civiles y criminales; el *praefectus urbi*, que representa al príncipe en su ausencia, y tiene a su cargo la policía de la ciudad; el *praefectus vigilum*, con función de vigilancia, especialmente nocturna; el *praefectus annonae*, encargado del abastecimiento de la ciudad, de los

precios, etc.; el *praefectus Aegypti*, delegado del príncipe para el gobierno de Egipto; los *procuratores*, administradores de la hacienda pública.

## II. Italia y las provincias<sup>40</sup>

En la etapa del Principado se afianza el régimen municipal, borrándose toda diferencia sustantiva entre *coloniae* y *municipia*. El tipo administrativo imperante es el *municipium —civium Romanorum—*, cuyos habitantes participan de la ciudadanía romana.

Este régimen uniforme se instaura en Italia a partir de Augusto, y reproduce, en lo fundamental, las características del sistema de gobierno de la Roma republicana, con sus magistrados, comicios y Senado.

Italia goza, al principio, de una situación de privilegio, al quedar exento su territorio del pago de impuestos y sus habitantes del servicio militar. Con la afirmación de la idea imperial, se tiende a establecer un régimen de igualdad entre Italia y las provincias.

La jurisdicción criminal compete al *praefectus urbi*, hasta 100 millas de Roma, y al *praefectus praetorio*, en el resto de Italia.

La jurisdicción civil corresponde al *praetor urbanus* o al *peregrinus*. Sin embargo, tal jurisdicción es conferida por Adriano a cuatro *consules*, jefes de las cuatro circunscripciones en que queda dividida Italia. Antonino Pío suprime la función de dichos *consules*, para aparecer nuevamente con Marco Aurelio, bajo el nombre de *iuridici*.

Con Augusto y Trajano, sobre todo, el dominio de Roma se extiende de modo extraordinario. Las quince provincias de los tiempos republicanos se doblan en la época augustea, para alcanzar el número de 45 en el año 117 de C.

Durante todo el Principado las provincias se dividen en dos clases: provincias senatoriales —*provinciae senatus* o *populi Romani*— y provincias imperiales —*provinciae Caesaris* o *principis*—, según queden, respectivamente, bajo el mandato y vigilancia del Senado o del príncipe. Los gobernadores de unas y otras son nombrados, en todo caso, por el príncipe.

Los gobernadores —*praesides provinciarum*, en la denominación genérica— son retribuidos. Los de las provincias senatoriales son *proconsules*, que ejercen el cargo por tiempo de un año, y *propraetores —legati Augusti pro praetor—* los de las imperiales, de duración indefinida. Los *proconsules*, asistidos por los cuestores, ejercen funciones administrativas y judiciales. Los *legati Augusti* o gobernadores de las provincias imperiales desempeñan las mismas funciones que los anteriores, a la vez que asumen el mando de las *legiones*.

El gobierno de Egipto se encomienda a un especial *praefectus —praefectus Augustalis Aegypti—*, representante o virrey del príncipe romano, que se considera sucesor de los Faraones.

El régimen de las ciudades provinciales —el régimen municipal enunciado al principio— es semejo en Italia y las provincias. El gobierno de los *municipia*, a imagen del de Roma, descansa en la magistratura, los comicios y el Senado.

Los magistrados municipales son elegidos —por los comicios, primero, y por los decuriones, después— entre personas del *ordo decurionum*, y ejercen el cargo por un año, en régimen de colegialidad. De rango superior son los *quattuorviri iure dicundo* —*duoviri* en las *coloniae*—, jefes y administradores de la ciudad, con función jurisdiccional, aunque limitada, en lo civil y en lo penal, y mando sobre las tropas locales.

Magistrados inferiores son los *duoviri aediles*, cuyas funciones se semejan a las de los *aediles* en Roma. Administradores de la casa municipal son los dos *quaestores*. De carácter extraordinario son los *praefecti*, sustitutos de los *duoviri* o *quattuorviri*.

El Senado municipal —*ordo decurionum*— está constituido por cien miembros, elegidos entre los ex magistrados por los *duoviri* o *quattuorviri iure dicundo*. El cargo de senador es vitalicio y reporta grandes honores, pero está sujeto a graves cargas —*onera*— que se cifran, sobre todo, en responder con el propio patrimonio de la exacción de los impuestos municipales y del Estado.

Los comicios agrupan a los *municipes*, repartidos en diez curias o tribus, y asumen, hasta el siglo II de C., funciones electorales.

El territorio municipal es regulado por una *lex municipalis*. Se divide en cabezas o distritos —*oppidum, colonia, municipium, praefectura*— y en núcleos rurales —*loci*— de vario nombre: *fora, conciliabula, pagi, castella, vici*.

Los habitantes de las ciudades se distinguen en *cives* e *incolae*. La primera condición se basa en el *origo*, y éste se tiene por nacimiento, adopción, manumisión y naturalización —*adlectio*—; la segunda, por el domicilio.

## § 7. El Imperio absoluto<sup>41</sup>

### I. Constitución política.

1. *La crisis del Principado*. — A la muerte de Alejandro Severo (235 de C.) se produce una gran crisis, que dura hasta Diocleciano (284 de C.). Todo un curso de cincuenta años está dominado por un capítulo de luchas y pronunciamientos, que tienen por centro, principalmente, el problema de la sucesión en la jefatura del Estado y el de la equiparación a Roma de Italia y las provincias. Súmase a ello la quiebra de la autoridad en el interior, el conflicto entre el Imperio romano y el Cristianismo, la crisis económica,<sup>42</sup> la irrupción siempre creciente de los bárbaros y la extensión desmedida de los territorios.

2. *La instauración del nuevo Régimen.* — Con Diocleciano, nombrado emperador por las tropas, se impone el absolutismo al estilo oriental. El *imperator* se convierte en jefe y señor único, en árbitro pleno de la vida pública.

Diocleciano reforma los tributos y el ejército, monta una burocracia oficial y numerosa, que reemplaza a las magistraturas, y encomienda el gobierno a dos emperadores, ayudados por dos *Caesares*, colaboradores y sucesores de aquéllos. Por lo demás, la división del Imperio desaparece con Constantino, para dividirse nuevamente y retornar a la unidad en sucesivas ocasiones. Tras la última división, con Teodosio, la unión última en una sola persona —el emperador de Oriente— tiene lugar en el tiempo que va desde Zenón a Justiniano.

En el curso de siglos que discurre entre Diocleciano (284-305) y Justiniano (527-565) las invasiones de los bárbaros y otra suerte de vicisitudes impiden el logro de la unidad espiritual del Imperio.

La fórmula política de los mejores tiempos se traduce en una sabia armonía entre Estado y sociedad. Ambas marchan al compás hasta la hora de la expansión romana. Viene luego, con el grandioso ensanche del territorio y de la población, el desajuste del Estado. La técnica del Estado-municipio no sirve a las exigencias de todo un orbe que no puede estar presente, con sus sufragios, en el comicio de Roma. Finalmente, una más perfecta máquina estatal lleva, en la época del Imperio absoluto, a la atrofia de la sociedad.

El poder se desplaza de la sociedad-Estado a un Estado en manos de la burocracia y de la milicia, donde no se advierte la más leve adhesión a los principios del viejo dinamismo político-social.

### 3. *La organización política*

A) *La figura del emperador.* — El emperador es *dominus et deus*. Su poder arranca de una investidura divina, y se ejerce sobre un Estado *patrimonial*. Con todo, rige la distinción entre el *dominatus* imperial, ejercido sobre las personas libres y sobre los bienes privados, y el *dominium* imperial, que constituye una especie de propiedad privada del emperador — *res privata principis, patrimonium principis*.

Bajo el Imperio absoluto el Senado<sup>43</sup> se convierte en simple corporación municipal. Las viejas magistraturas a bien poco quedan reducidas: al cuidado de los juegos públicos, por lo que se refiere a pretores y cuestores; a la sola pompa y ostentación del *processus consularis*, en el día de la investidura de los dos cónsules.

En realidad, el funcionario sustituye al magistrado. Surge una burocracia civil y jerarquizada, con independencia de la clase que ejerce el oficio militar. Los funcionarios civiles<sup>44</sup> constituyen un gran cuerpo, con escalafón — *laterculum*—, título —*codicillus dignitatis*— y sueldo, y tienen un estatuto regulador de su designación, de su responsabilidad, de sus derechos y deberes. En los cargos se suele estar por tiempo de un año, al cabo del cual se pasa a desempeñar otro o viene la excedencia.

Centralizada la administración en cabeza del emperador, constituye un oficio de corte, puesto que monarca y Estado se identifican. Los dignatarios palatinos son los más altos funcionarios estatales, actuando a la manera de ministros o secretarios de despacho. Los más importantes son el *magister officiorum*, canciller o secretario general y jefe de las oficinas —*officia, scrinia*—; el *quaestor sacri palatii*, redactor de las leyes y de los *responsa* en materias de las que conoce el emperador; el *comes sacrarum largitionum*, jefe de los servicios de hacienda; el *comes rerum privatarum*, administrador o intendente del patrimonio del monarca —*res privata principis*.

Los dignatarios palatinos mencionados forman, en unión del jefe de personal —*primicerius notariorum*—, de los *praefecti praetorio* y de los *magistri militum* presentes en la corte, el *consistorium principis*, órgano consultivo que sucede al *consilium principis*, y en el que se preparan las leyes y se tratan los asuntos de gobierno.

## II. El gobierno de las provincias y de las ciudades<sup>45</sup>

El Imperio está dividido en cuatro prefecturas —Oriente, Iliria, Italia, Galias—, que a su vez se dividen en diócesis<sup>46</sup> y éstas en provincias.

Las prefecturas están regidas por prefectos —*praefectus praetorio*, funcionario civil ahora—; las diócesis, por *vicarii*, dependientes del emperador; y las provincias, por gobernadores —*proconsules, consulares, correctores* o *praesides*—, con funciones administrativas y jurisdiccionales.

Por lo que toca al gobierno de las ciudades, se mantiene, con ciertas variantes de importancia, el régimen municipal precedente. La vigilancia del municipio —de la administración ciudadana, en el más amplio sentido— corre a cargo del *defensor civitatis*, que es también protector de las clases humildes —*defensor plebis*. El *defensor civitatis* sucede al *curator rei publicae* —*pater civitatis*, en Oriente— y al *corrector civitatis*, que provienen del período anterior.

El Senado u *ordo decurionum* entra en franca decadencia. El cargo de decurión, ahora hereditario, lleva consigo el soportar las cargas —*munera*— mencionadas al tratar del Principado (§ 6 II).

El régimen de Roma conserva vestigios de la etapa anterior. A más del Senado, tiene el *praefectus urbi*, funcionario imperial con atribuciones administrativas y jurisdicción en asuntos civiles y criminales. Bajo su mando están el *praefectus annonae*, el *praefectus vigilum*, el *magister census*, el *curator operum publicum*, el *comes portus*, el *comes riparum et alvei Tiberis et cloacarum*, y otros varios.

Régimen también especial y parecido es el de Constantinopla. Al igual que en Roma, hay un *praefectus urbi* (*Constantinopolitanae*).

## CAPÍTULO III

# HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

**I.** *La historia del Derecho romano, la que discurre por vía de latinidad, abraza un tiempo que va desde los orígenes—si se quiere, desde la fundación de la civitas, en el 754 a. de C.—hasta el siglo III de C. Tal historia, como luego veremos, se alarga, por vía heleno-oriental, hasta el siglo VI.*

*Si de historia hablamos, conviene significar que todo conviene menos representarla cual almacén de curiosidades arqueológicas. Como conviene, asimismo, estar atento a la hora de periodificarla. Porque la historia es narcha hacia delante, pero desde atrás, y al revés. Curso y redrocurso. También lo último, también el retroceso, el re-mirarse en lo acaecido, apremia el discurso histórico.*

*Acción y reacción. Camino por el que se va y por el que se vuelve. Camino que se anda, se desanda y se retorna a andar. Tal es el hecho histórico.*

*Ciertamente, y viene bien el ejemplo, la última etapa, esto es, la que va desde el siglo III hasta el siglo VI de C., puede ser llamada del «Derecho romano cristiano», pero hay que ver en qué manera el Cristianismo es refugio nuevo para la vieja y austera paganía.*

*El Derecho, tal como lo entienden los romanos, es fruto de creación original—radical— y nunca estancada, sino presta siempre al movimiento. El secreto está en saber conciliar lo forjado en el principio, ab origine, con su propia entrega —traditio— a los hombres venideros.*

**II.** *En el curso histórico del Derecho romano está presente un juego vario de las hoy denominadas «fuentes». Como «fuentes» del Derecho o esferas normativas, figuran la costumbre, la ley, el plebiscito —un día equiparado a esta última—, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y la actividad jurisprudencial, fundamentalmente cifrada en las respuestas —responsa prudentium.*

*Conviene señalar, a este respecto, dos cosas: primera, que tales fuentes o esferas normativas ni aparecen todas al mismo tiempo ni están sujetas a un régimen de jerarquía o rango; segunda, que el ius civile, con primario y*

*principal fundamento consuetudinario, se erige en sistema jurídico único. Tal ius civile es la columna vertebral de lo jurídico, cuna de las reglas y los principios, definidor y rector de las sumas nociones del Derecho privado, tales como el dominium, la obligatio, la patria potestas, la hereditas. Y su núcleo central está constituido por los mores, sea en su pureza, sea en su desenvolvimiento explicativo por obra de la interpretatio.*

*La actividad de los juristas y de los pretores se produce sin atender contra la textura y la significación del ius civile, y hace que las nuevas demandas sociales, poco o nada atendidas que fueren por éste, logren ser colmadas.*

*La esforzada, sutil y silenciosa lucha por cambiar, sin cambiarlo, el viejo y férreo derecho civil, significa uno de los capítulos más grandiosos de la historia romana. Hacer que se mantenga la recia y vetusta arquitectura del ius civile y que, a un tiempo, lo «jurídico», apremiado a marchar hacia delante, en servicio de nuevas necesidades, se vea asistido de un vivo frescor, es algo digno de verdadera admiración.*

## § 8. El Derecho romano y su estudio

El Derecho romano es el Derecho elaborado por el pueblo de Roma en las varias épocas de su historia.<sup>1</sup>

Tal Derecho hay que estudiarlo en su propio asiento *histórico*, esto es, en el sentir entero de la vida romana. Tarea nuestra es la de iluminar y poner en movimiento los datos y los hechos que hoy se nos presentan como partes o fracciones, como muñones o restos, y que en otro tiempo dotaron de unidad superior, íntegra y eficiente, a una formación u ordenamiento que tiene su raíz en la propia *natura*.

En el estudio del Derecho romano, o si se quiere, en su reconstrucción, hay que anteponer los elementos puramente históricos a los simplemente conceptuales. En otro caso, se corre el riesgo de rendir culto a la visión parcial y minuciosa, a la fracción, de suyo *ahistórica*, y no menos se incide en el peligro de montar un sistema de agrupación mecánica, a fuerza de racional, de los hechos.

El Derecho romano está integrado por una serie de instituciones, y hemos de averiguar qué suerte de fuerzas verdaderas —auténticas— apoyan y dan vida a cada una de ellas. Debajo del ropaje con que se aparecen a nosotros estas o las otras instituciones, hay un fondo silencioso y hondo en que se asienta su vida original. Tras el diseño *jurídico* vibra siempre la creencia social de donde todo arranca.

Por desgracia, tal fondo suele quedar oculto a nuestra interpretación, sofocada por nociones y categorías obedientes a una juridicidad abstracta, esto es, enajenada del mundo vasto y complejo que es la naturaleza humana. Porque el

Derecho vive y es por arte y gracia de las notas que, a nuestro entender, le otorgan distinción y rango privativos, pero también por obra de acciones, fuerzas y elementos que no acertamos a columbrar y que tienen su encaje y disposición en la vida social, y en lo que ésta representa de universal.

Propondemos a meter cada institución dentro de confines bien dibujados, sin percatarnos de que su vida concreta trae raíces de la larga y anchurosa vida colectiva, que la hizo nacer y la sustenta y vigoriza.

Debemos sorprender el espíritu de todo un pueblo ocupado en la labor de crear Derecho. Ello implica la tarea de conocer las fuerzas, los impulsos, las acciones y reacciones de ese mismo espíritu.

Solo cuando seamos capaces de sumergimos en el ambiente totalitario de Roma, podremos dar razón y explicación a la historia natural del Derecho romano.

Es esa historia natural la que hay que reconstruir, con subsidio de refinados instrumentos técnicos, pero también, y sobre todo, con arte de suprema *visión*.

Hay que preguntar por el origen y el destino de las instituciones jurídicas, encarándose con su propia conciencia. Procediendo de otro modo, no se llegará a aprehender el pensamiento histórico-jurídico, el efectivo, el real y vivido. En gran número de instituciones campean conceptos y máximas axiomáticas comunes, como entroncadas todas en el orden natural y vital de la *ratio iuris*. Cabalmente, su nacimiento responde a las necesidades y exigencias reclamadas por la vida social, que tiene un solo espíritu, aunque sean varias y movedizas las formas y las funciones, aunque los sentimientos, los afanes y los impulsos no coincidan siempre de modo definido.

Si hacemos un examen aislado de las instituciones, preocupándonos tan solo de averiguar lo que hay en cada una de particularismo o de detalle, de dogmatismo frío y rígido, no llegaremos a conocer el alma que late en el entero sistema —la mente que todo lo agita—, y aún sucederá que para algunas de ellas no sea dable encontrar la propia razón de su existencia.

No basta atender al contenido dogmático, a la fisonomía y perfil jurídicos de las instituciones. Antes que eso están los *presupuestos* del Derecho romano, que empalman a éste con las raíces hondas de la vida romana.

El Derecho, en general, tiene una extensión mayor que la aparente de la forma en que externamente se plasma. Para la «razón pura», es grande la sorpresa del influjo de la vida sobre la lógica del Derecho. Y la historia del Derecho romano nos brinda, a través del ejemplo de la *aequitas* (§ 21), o mejor, de la lucha por la *aequitas*, una buena razón —natural e histórica— de semejante influjo.

Si la poesía no está reñida con el Derecho, ningún otro como el romano —nos dirá Ihering— nos muestra lo que es poesía de orden y regularidad. La historia de tal Derecho es una obra maestra, en la que la llaneza y la unidad más grandes se conjugan con la actividad enérgica.

Gracia y levadura de esa historia son, entre otros, estos temas: la pasión del romano por el Derecho; el abundamiento jurídico y la escasez legislativa; la sen-



cillez de las soluciones; la autonomía del individuo en uso de unos poderes o facultades concebidas con la mayor libertad posible; la querida sujeción de esa libertad a razones de bien comunitario; el conservadurismo o tradicionalismo jurídico;<sup>2</sup> el valor de la *auctoritas*, con su sentido de práctica política trascendente;<sup>3</sup> el alto significado de los vínculos extrajurídicos<sup>4</sup> y, sobre todo, de esos que se llaman la *pietas*,<sup>5</sup> la *humanitas*,<sup>6</sup> la *fides*,<sup>7</sup> la *amicitia*,<sup>8</sup> el *officium*,<sup>9</sup> la fuerza y virtualidad de una *iurisprudencia* siempre atenta a la exacta misión de arrancar a la *natura* los contenidos de verdad moral que convienen a lo que es bueno y justo —*bonum et aequum*.

## § 9. Fases de desarrollo del Derecho romano

En un curso de siglos que va desde el VIII a. de C. hasta el VI d. de C., vive toda una sucesión histórica de normas y principios, de órdenes o sistemas de vario tipo. Pero la variedad no significa contraposición: la obra de la jurisprudencia —*iurisprudencia* (§ 23)— se explica, cabalmente, por el engarce y fortaleza que dio a todos los órdenes, para hacer de ellos el orden jurídico romano de que habla Gayo: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*.<sup>10</sup> (El Derecho del pueblo romano se encuentra en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que gozan del derecho a promulgarlos y en las respuestas de los juristas.)

En la evolución del Derecho romano cabe distinguir tres fases: la del *ius civile*, la del *ius gentium* y la del *Derecho heleno-romano, romeo o bizantino*.

La fase del *ius civile* —*ius Quiritium*,<sup>11</sup> en la genuina terminología romana— se inicia con la fundación de la *civitas* —754 antes de Cristo—, para terminar en momentos coincidentes con el final de la segunda guerra púnica —201 a. de C.

Es la época del Estado-ciudad, delimitado por estrechos confines territoriales e integrado por una reducida comunidad de hombres dedicados al pastoreo y la labranza. El Estado se erige en grupo político supremo, comenzando la tarea de sustituir en la dirección política a las *gentes* o grupos menores, que llegarán a desaparecer en los tiempos de la República. Por esta vía, la fundamental acción estatal vendrá a menoscabar la autonomía del consorcio familiar, que pierde originarias funciones, aunque logre mantener viva, en ciertos aspectos, su antigua estructura.

El *ius civile* se cifra en un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple. Sobre estas normas y sobre la ley de las XII Tablas —ley excepcional, que no perjudica a la nota de coherencia que es propia del sistema consuetudinario—, labora la jurisprudencia —pontifical, primero, y laica, después. La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que

nes; la autonomía del individuo en uso de unos poderes o  
as con la mayor libertad posible; la querida sujeción de esa  
e bien comunitario; el conservadurismo o tradicionalismo  
la *auctoritas*, con su sentido de práctica política trascenden-  
o de los vínculos extrajurídicos<sup>4</sup> y, sobre todo, de esos que se  
*humanitas*,<sup>6</sup> la *fides*,<sup>7</sup> la *amicitia*,<sup>8</sup> el *officium*,<sup>9</sup> la fuerza y  
*urisprudentia* siempre atenta a la exacta misión de arrancar  
enidos de verdad moral que convienen a lo que es bueno y  
*quum*.

## Desarrollo del Derecho romano

los que va desde el VIII a. de C. hasta el VI d. de C., vive  
órica de normas y principios, de órdenes o sistemas de  
edad no significa contraposición: la obra de la jurisprudencia  
a (§ 23)— se explica, cabalmente, por el engarce y for-  
os órdenes, para hacer de ellos el orden jurídico roma-  
o: *Constant autem iura populi Romani ex legibus,*  
*insultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui*  
*sponsis prudentium*.<sup>10</sup> (El Derecho del pueblo romano  
eyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las  
rincipes, en los edictos de los que gozan del derecho a  
respuestas de los juristas.)

del Derecho romano cabe distinguir tres fases: la del  
*gentium* y la del *Derecho heleno-romano*, *romeo* o

*ile* —*ius Quiritium*,<sup>11</sup> en la genuina terminología roma-  
ndación de la *civitas* —754 antes de Cristo—, para ter-  
o coincidentes con el final de la segunda guerra púnica —

tado-ciudad, delimitado por estrechos confines territo-  
una reducida comunidad de hombres dedicados al pas-  
Estado se erige en grupo político supremo, comenzan-  
en la dirección política a las *gentes* o grupos menores,  
recer en los tiempos de la República. Por esta vía, la  
statal vendrá a menoscabar la autonomía del consorcio  
originarias funciones, aunque logre mantener viva, en  
antigua estructura.

cifra en un conjunto de normas consuetudinarias de  
lista y simple. Sobre estas normas y sobre la ley de las  
cional, que no perjudica a la nota de coherencia que es  
nsuetudinario—, labora la jurisprudencia —pontifical,  
ué. La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que

los mismos romanos  
*civile...in sola prudentia*  
te en la sola interpretación

El Derecho de fami-  
cipios de carácter polí-  
las personas y las cosas  
a nuevas funciones de  
denuncian su primigenio  
entre los jefes de las fa-  
agrícola.

Dos negocios jurídicos  
*iure cessio* (§61)— sirven  
co: emancipaciones, a  
ma sobre las mujeres,  
vidumbres, transmisión  
se halla dominado por  
entre los modos consti-  
la *fiducia* (§ 100) y la

La fase del *ius gentium*  
púnica —201 a. de C.—  
cuando cesa el predom-  
y de la dominación mu-  
Occidente, romanos.

comunidad patricio-pli-  
Uno el Imperio, y  
formas, regulador del  
ros. La jurisprudencia  
tores que contribuyen  
polita.

Junto al *ius civile*  
aparece una formación  
*rium*. Aunque nuevo y  
sistema tradicional de

La jurisprudencia  
miento.

La *familia* se con-  
doméstica. Al viejo sis-  
ción o fundado en los  
cos traslativos, la *ma-*  
*mancipi* (§ 54), admiti-  
ga para la transmisión  
tráfico jurídico, apare-  
*negotia*, tales como la  
dato (§ 101).

los mismos romanos identifican el *ius civile* con la *interpretatio: ius civile...in sola prudentium interpretatione consistit*<sup>12</sup> (el derecho civil consiste en la sola interpretación de los juristas).

El Derecho de familia (§ 124) sigue inspirándose en los originarios principios de carácter político. El *paterfamilias* ejerce un poder absoluto sobre las personas y las cosas a él sometidas. La herencia (§ 141), aun cuando sirve a nuevas funciones de orden patrimonial, mantiene vivos algunos rasgos que denuncian su primigenia finalidad. La propiedad (§ 56) se halla dividida entre los jefes de las familias, de acuerdo con las necesidades de la economía agrícola.

Dos negocios jurídicos cargados de solemnidad —la *mancipatio* y la *in iure cessio* (§61)— sirven para la actuación de numerosas relaciones de tráfico: emancipaciones, adopciones, manumisiones, traspaso de la tutela legítima sobre las mujeres, traspaso de derechos hereditarios, constitución de servidumbres, transmisión de la propiedad. El régimen de los contratos (§ 99) se halla dominado por principios de inflexibilidad y angostura, figurando entre los modos constitutivos de obligación la *mancipatio*, el *nexum* (§ 92), la *fiducia* (§ 100) y la *sponsio* (§ 92).

La fase del *ius gentium* se extiende desde el final de la segunda guerra púnica —201 a. de C.— hasta la muerte de Alejandro Severo —235 de Cristo—, cuando cesa el predominio de Roma y de Italia. Es la época de la expansión y de la dominación mundial. De Roma a Italia. De Italia al Mundo. Oriente y Occidente, romanos. Desaparece la ciudad-Estado, transformándose la comunidad patricio-plebeya en el centro de un colosal Imperio.

Uno el Imperio, uno y universal es el *ius gentium*. Derecho exento de formas, regulador del comercio, aplicable entre romanos y frente a extranjeros. La jurisprudencia, el Edicto pretorio y la legislación imperial son los factores que contribuyen a la formación y desenvolvimiento del Derecho cosmopolita.

Junto al *ius civile*, abierto ahora para transformarse en *ius gentium*, aparece una formación proveniente de la actividad del Pretor: el *ius honorarium*. Aunque nuevo y más libre, se produce el derecho honorario en torno al sistema tradicional del *ius civile*.

La jurisprudencia alcanza en este período su máximo apogeo y florecimiento.

La *familia* se configura ahora bajo los nuevos principios de la sociedad doméstica. Al viejo sistema del parentesco agnaticio sucede el de la cognación o fundado en los vínculos de sangre. En el orden de los negocios jurídicos traslativos, la *mancipatio* sirve tan solo para la transmisión de las *res Mancipi* (§ 54), admitiéndose la validez de la simple *traditio* (§ 61) o entrega para la transmisión de las demás cosas. Bajo las nuevas corrientes del tráfico jurídico, aparecen los contratos libres o de buena fe, los *bonae fidei negotia*, tales como la compraventa, al arrendamiento, la sociedad y el mandato (§ 101).

La fase del *Derecho heleno-romano, romeo o bizantino* se extiende desde la muerte de Alejandro Severo —235 de C.— hasta Justiniano —siglo VI de C.

A la muerte de Alejandro Severo sobreviene la crisis que determina la caída del mundo romano y de la vieja civilización itálica. Se quiebran las fronteras del Estado ante la presión avasalladora de los bárbaros, que invaden las provincias e incluso la misma Italia. Solo más tarde, con Claudio II, Diocleciano y Constantino, se supera la crisis, restaurándose el Imperio. Pero el centro de gravedad política pasa de Roma a Constantinopla.

Ya la *constitutio Antoniniana* (§ 33) —212 de C.— había extendido el Derecho romano a todos los habitantes del Imperio.<sup>13</sup> Transportado el Derecho romano a extrañas tierras, comenzó la lucha entre éste y los derechos locales, asumiendo un especial significado en el Oriente.<sup>14</sup> Las costumbres y las prácticas orientales penetran en el viejo Derecho, sobre todo a partir de Constantino. El espíritu helénico, ágil y luminoso, pero menos equilibrado y práctico que el de los romanos, imprime un nuevo sello al sucesivo desarrollo del Derecho romano.

La familia romana acaba por perder su vieja estructura bajo la influencia de las nuevas corrientes y, singularmente, de la cristiana. En el orden hereditario, desaparecen las antiguas formas testamentarias, a la vez que se establece la prevalencia de la sucesión *ab intestato* (§ 153), fundada en la *cognatio*. La propiedad se ve privada de sus tradicionales características, irrumpiendo toda suerte de limitaciones. La clásica distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi* es abandonada. La *traditio* constituye el modo fundamental de transmitir el dominio. En el campo de las obligaciones se desvirtúan las viejas instituciones, apegadas a formalismos y solemnidades orales, y ocupan un primer plano los contratos escritos (§ 102).

Las fases señaladas —*ius civile, ius gentium*, Derecho heleno-romano, romeo o bizantino— se dibujan, en línea general, de acuerdo con el juego que en la realidad histórica de Roma han tenido fundamentales factores de orden político, social y económico. Crisis, cambios o transformaciones de razón política influyeron, por fuerza, y de modo decisivo, en la evolución del Derecho romano.

Lo dicho no significa que la línea histórico-política y la línea de evolución jurídica marchen fielmente unidas, y por el mismo y común sendero. No cabe negar que el ancho mundo del Derecho privado tiene buena parte de su cuna y asiento en regiones soterradas, donde es dable actuar «por propia cuenta». Mas no se olvide tampoco que en la actitud «privada» de los singulares ciudadanos, unidos en pueblo, hay siempre una manera de quehacer político.

Comoquiera que sea, en la línea de evolución del Derecho privado cabe distinguir una serie de períodos de más o menos propia e interna razón. Tales son los siguientes: a) Derecho antiguo, desde la fundación de Roma hasta el siglo I a. de C.; b) Derecho clásico, desde el 130 a. de C. hasta el 230 de C.; c) Derecho posclásico, desde el 230 de C. hasta Justiniano; d) Derecho justiniano.

El laboreo incesante de la actual ciencia romanística proyecta más y más luz

sobre zonas oscuras de la historia del Derecho romano. Sin embargo, llega hoy a tal punto la parcelación operada en esa historia, con divisiones numerosas y cerradas —las mismas que dejamos señaladas y otras varias dentro de cada una de ellas—, que corremos el riesgo de incapacitarnos para toda visión general, para toda ancha perspectiva que nos diga algo sobre lo mejor, sobre lo más castizo del *espíritu* jurídico romano.

Por verdad que el Derecho antiguo, el Derecho romano nacional, desemboca en el más perfecto Derecho romano clásico. Tal perfección se debe a la obra de la jurisprudencia, pero sería erróneo no contar con la propia «veteranía» del Derecho preclásico como campo adelantado y propicio para el trabajo de los juristas clásicos. Ciertamente que estos últimos han dado vida a una extraordinaria literatura jurídica y que tal no hicieron sus predecesores, pero el mérito de los juristas clásicos entronca con el de los preclásicos.<sup>15</sup>

Del Derecho clásico —monumento grandioso de la jurisprudencia romana— hemos hecho casi siempre una abstracción. Hemos reducido a unidad las diferencias. Hemos llegado a decir que los juristas clásicos tuvieron uno solo y el mismo pensamiento. Hemos convertido el grande y plural doctrinario jurídico en una serie de figuraciones, esquemas y axiomas dócilmente reducibles a leve inventario.

Pese a nuestro sentimiento de aproximación intelectual —y cordial— al Derecho clásico, no deja de ser borrosa la imagen que de éste tenemos. De todos modos, errado es ver en lo clásico una quieta conformidad de pensamientos, un juego reposado de sentencias, pareceres y opiniones, un suave compuesto de principios de igual naturaleza y condición.

El procedimiento crítico-exegético —morfología, antes que nada— nos lleva a representar lo clásico en la mansa imagen de la «forma». ¿Por qué tal o cual jurista, siendo clásico, no puede *diferenciarse*, distinguirse de otros colegas de su misma hora, sin que por esto se tambalee la noción del clasicismo?

La buena metódica histórico-jurídica nos permite advertir las variaciones particulares, de suyo incapaces para trastocar el mundo, en la hondura de sus «creencias» o «convicciones». Nos permite también calibrar lo vivo del tránsito, el pasar viviendo de una época a otra.

Lo clásico pervive en lo posclásico, y no solo por lo que entraña de progresión, sino también por falta de graves contrastes entre las sumas concepciones paganas y cristianas.<sup>16</sup>

Nos libraremos de definir la época posclásica como simplemente «decadente». Porque lo «deslucido» de ella no quiere decir que se haya quebrado la línea de razón histórica.

Sin negar la inferioridad del Derecho posclásico —formación deficiente de los juristas, fallo de la terminología, desvirtuación de las nociones, falta de una técnica procesal rigurosa—, no es dable entender que aquí todo es ruptura con lo clásico o degeneración de lo clásico.

Del Derecho clásico juzgamos, sobre todo, a través de la obra llevada a cabo por la jurisprudencia. La comparación de ésta con la otra y posterior, nos resulta, en verdad, penosa.

Más juzgar del Derecho posclásico por la sola obra de la jurisprudencia, parece arriesgado, a más de impropio. Pues tal derecho hay que referirlo a

toda una suerte de factores económicos, sociales, políticos y religiosos que alumbrarán luego, en varia medida, nuestra civilización moderna.

Pensemos sobre los términos en que esos factores han podido determinar el cauce de la actividad jurisprudencial posclásica. Porque el jurista posclásico, más deslucido que torpe, obra bajo el imperio de las «circunstancias».

No renace lo clásico en lo posclásico, pero aquí está el vehículo de la pervivencia. Por aquí se opera la continuidad jurídica. De la misma manera —y vale el símil— que la continuidad filosófica, en una línea que va desde el gran Platón hasta hoy, se logra por los intermedios filosóficos «menores» o «poco brillantes».

Lo que ocurre en los siglos que van desde los Severos a Justiniano no puede resumirse bajo la fórmula, por demás facilona, de «fase de constante y progresiva decadencia».

En época posclásica, perdido ya el alto significado institucional de la jurisprudencia y la pretura, y hasta quebrados los viejos resortes de la sociedad romana, cobran vigor, bajo sello de liberación o independencia, las instancias que operan en la práctica. Es el momento del «vulgarismo», tendencia que importa, en definitiva, la imposición urgente y autónoma de lo concreto, en su desnudez real y viva.

Quedan atrás las figuras bien elaboradas de los clásicos. No se advierte ahora aquel ajuste, aquella disposición y conformidad de las antiguas instituciones. Falta la sabia mano operadora del jurista.

El «vulgarismo» —o si se quiere, el derecho que de éste toma el estilo y carácter, el Derecho romano vulgar<sup>17</sup>— ignora las doctas maneras de definición y tamización de lo jurídico. Priva lo vital, en todo lo que tiene de crudo y primario.

Si esto es el «vulgarismo», queda todavía por saber su verdadero significado frente a la doctrina y la legislación de la época, y también frente al fondo de los principios cardinales heredados.

Adviértase siempre lo último, porque una cosa es romper con tales o cuales módulos, cuadros o sistemas, y otra hacer pedazos la entera tradición del espíritu del Derecho. Solo el mantenimiento de esa tradición, en sus líneas fundamentales, evitará el otorgar al «vulgarismo» una calificación peyorativa. Evitará el ver tan solo lo que el «vulgarismo» tiene de menor, de poco brillante o deslucido.

Queremos creer que el Derecho activado a lo largo de la época posclásica —ya se advierta o no la existencia bien definida de un «Derecho vulgar» con vida propia en la práctica y con actitud más o menos influyente sobre el Derecho oficial de las constituciones y sobre las modestas escuelas clasificadoras— se nutre de lo esencial del romanismo.

Lo clásico, con todas las peripecias sufridas en los tres siglos anteriores a Justiniano, no se agota o muere definitivamente. Por lo menos, en lo que tiene de esencia espiritual, y pese a toda la gravedad o importancia que pueda concederse a la obra de recreación menor o elemental de la literatura clásica. Pese al escolasticismo de las escuelas, a la labor resumidora o simplificadora de éstas, a las reediciones de ciertas obras clásicas con errores o corrupciones —en la hora de ser sustituido el antiguo *volumen* por el *codex*—, y al propio olvido o abandono de otras.<sup>18</sup>

No se olvide, en fin, la tendencia arcaizante o clasicista de los juristas de la última hora, de los bizantinos, adueñados de notable cultura, instauradores de buenas escuelas de Derecho y custodios de los viejos *volumina* para siempre perdidos en Occidente.<sup>19</sup>

El arte —el Derecho clásico—, vertido en el libro —el *Corpus iuris*—, llega hoy a nosotros por este último vehículo,<sup>20</sup> con eco lejano y no siempre fiel, pero suficientemente vigoroso como para instarnos a no cerrar nuestros oídos de juristas verdaderos —de juristas que quieren serlo de verdad— a una llamada siempre eterna...

## § 10. Costumbre<sup>21</sup>

El viejo *ius civile* descansa en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición. Los *mores* o *mores maiorum* dan vida al primitivo ordenamiento, que la *interpretatio* jurisprudencial desenvuelve y adapta a las nuevas exigencias.

La terminología romana no es firme en lo que toca a distinguir entre los *mores* y la *consuetudo*, entre los contenidos de moral tradicionales y la costumbre. En todo caso, parece probable que la doctrina de la costumbre, tal como hoy la entendemos,<sup>22</sup> se desenvuelve en época posclásica. Los clásicos no contraponen *interpretatio* y *lex*, integradoras ambas del *ius civile*. El *ius ex non scripto* se refiere, por modo esencial, a la *interpretatio prudentium*, y no a unas normas consuetudinarias de cuño moderno.

En el Derecho de la última época es clara la antítesis entre costumbre y *constitutio principis*. Todo el Derecho tiene ahora su raíz y fuerza en la ley, respecto de la cual la costumbre cumple una función correctora o subsidiaria,<sup>23</sup> sin que pueda abrogarla.<sup>24</sup>

En las fuentes romanas se dibujan levemente algunas de las notas que la ciencia actual formula sobre la costumbre: a) observancia general —*consensus omnium*—; b) convicción del carácter obligatorio —*opinio necessitatis*—; c) práctica de largo tiempo —*vetustas, diuturna (o longa o inveterata) consuetudo*—, y d) ámbito de eficacia.<sup>25</sup>

## § 11. Ley<sup>26</sup>

*Lex*, en sentido técnico, es una declaración normativa que descansa en un acuerdo. La *lex* puede ser *publica* y *privata*.

*Lex* por antonomasia es la *lex publica*, definida por Capitón como *generale iussum populi, rogante magistrati*<sup>27</sup> (mandato general del pueblo, a propuesta del magistrado). La *lex publica* nace por un convenio general, a la manera de la *lex privata* o acuerdo entre particulares: *lex est commune preceptum, communis rei publicae sponsio*<sup>28</sup> (la ley es precepto común, convención de la república).

Propuesta la *lex —lex rogata*<sup>29</sup>— por el magistrado que preside la asamblea comicial,<sup>30</sup> el pueblo en ésta representado la acepta. Tras la aprobación de la *lex* por los comicios, viene el refrendo del Senado —*patrum auctoritas*.

Igual nota de bilateralidad se da en la *lex privata*, nacida por convenio de los particulares: *lex commissoria*, *lex contractus*, *lex locationis*.

El texto de la *lex publica* o *rogata* consta de una *praescriptio* o prefacio, en el que figura el nombre del magistrado proponente, el lugar y fecha en que tuvo lugar la asamblea y, si ésta tuvo lugar en los *comitia tributa*, el nombre de la tribu que abrió la votación y del ciudadano primero en votar. A la *praescriptio* sigue la *rogatio* o parte dispositiva, para acabar, por lo común, con la *sanctio*, que fija los términos precisos para asegurar su eficacia.<sup>31</sup>

Se citan las leyes con el *nomen* del magistrado proponente —*lex Aquilia*— y también, a veces, con el *cognomen* —*lex Publilia Philonis*— y el *praenomen* —*lex Sempronia C. Gracchi*. Si la propuesta parte de un cónsul, figuran los nombres unidos de los dos colegas —*lex Papia Poppaea*, *lex Fufia Caninia*. Las leyes suelen llevar una indicación sumaria de su contenido: *lex Furia de sponsu*.

Contra lo que pudiera creerse, la actividad legislativa no es en Roma abundante. Son pocas las ocasiones en que la ley invade la esfera del Derecho privado, y no menos ocurre esto en la época republicana que en la época anterior (§ 25). La actividad legislativa atañe, por modo fundamental, a materias de Derecho público.

Normas muy antiguas, enraizadas con preceptos de moralidad tradicional, y relativas a cuestiones religiosas o sagradas, son las llamadas *leges regiae*. No parece probable que tales *leges* se deban, tal como dice la tradición, a deliberaciones de los comicios curiados, bajo propuesta hecha por los reyes. Basadas en dichos preceptos de moralidad tradicional, bien pueden haber sido dictadas por los propios reyes, en cuanto sumos sacerdotes de la *civitas* e intérpretes de la voluntad divina.

Si se hace excepción de las XII Tablas —*leges XII tabularum*— la ley afecta escasamente a la esfera del Derecho privado. Las XII Tablas —documento de máximo relieve en orden al Derecho antiguo— tienen su origen, según el relato tradicional,<sup>32</sup> en el programa de reivindicaciones jurídicas de los plebeyos. Acordes patricios y plebeyos en reformar el ordenamiento jurídico, para dar pie a un régimen de igualdad, se instituye, hacia la mitad del siglo V a. de C., una nueva magistratura, con la misión de preparar la ley común.

La propuesta de la ley se hace en el año 461, por el tribuno de la plebe Terentilio Arsa, pero no cuenta con la adhesión de los patricios. Ante la insistencia de los plebeyos, se envía a Grecia, en el 454, una comisión, con el fin de estudiar las leyes de Solón. Por fin, en 451, se suspenden las magistraturas normales —cónsules y tribunos—, confiriéndose las atribuciones del gobierno a un colegio extraordinario, integrado por diez ciudadanos patricios: los *decemviri legibus scribundis consulari potestate*. Este colegio redactó diez tablas, que fueron aprobadas por los comicios centuriados. Un segundo colegio, integrado ahora también por plebeyos, redacta en el año siguiente —450— otras dos tablas, pero es



expulsado del poder. En el año 449 y a propuesta de los cónsules Valerio y Horacio, los comicios sancionan las dos últimas tablas.

No faltan críticas severas al relato tradicional. Si se dejan a un lado los aspectos anacrónicos y contradictorios de la leyenda, y la propia exaltación del valor jurídico-político de la ley, no cabe negar su autenticidad. Por esta ley se asegura, más que nada, la certidumbre del antiguo *ius Quiritium*, respecto del cual solo se realiza una labor correctora e integradora. El contenido de las XII Tablas, reconstruido por vía de aproximación, en uso del testimonio de los viejos escritores, se refiere, principalmente, a materias de Derecho privado, procesal y penal.

Con la decadencia de los comicios y la afirmación del poder del príncipe, la ley cede paso a la constitución imperial. De forma casi total, la ley desaparece en el siglo I de nuestra era.

### § 12. Plebiscito<sup>33</sup>

Plebiscito —*plebiscitum*— es la deliberación de la plebe en su asamblea —*concilium plebis*—. Tal como lo define Gayo (1, 3), plebiscito es *quod plebs iubet atque constituit*. (Plebiscito es lo que la plebe ordena y establece.)

El plebiscito es, al principio, un mandato de la plebe y para la plebe. Tras la *lex Hortensia* (287 a. de C.), se equipara a la ley, obligando también a los patricios. A partir de entonces, ley y plebiscito no se diferencian, hablándose de *lex sive plebiscitum*.

### § 13. Senadoconsultos<sup>34</sup>

Por largo tiempo el Senado no ejerce función legislativa, aun cuando influye con su *auctoritas* —*auctoritas patrum*— en la formación de las leyes comiciales.

La función legislativa tiene su punto de arranque en los tiempos del Principado. Aunque, en rigor, el Senado de esta época no hace otra cosa que servir, en forzada colaboración, a las directrices del príncipe y, por otra parte, solo se pronuncia en cuestiones de Derecho privado, cuando así lo aconsejan razones superiores. De modo concreto, siempre que es necesario corregir defectos sociales del ordenamiento, o se hace preciso salvar la impotencia de la doctrina y de la práctica para adecuar el Derecho privado a las justas demandas del sentimiento jurídico.<sup>35</sup>

El príncipe se erige en mentor y guía de la deliberación del Senado. La propuesta del príncipe —*oratio principis*— da vida a la decisión que aprueba el Senado, esto es, al *senatusconsultum*.

Bajo el Imperio absoluto las decisiones del Senado desaparecen por completo.

El *senatusconsultum* es definido por Gayo (1, 4) diciendo que es *quod senatus iubet atque constituit*. Desde el punto de vista formal, el senadoconsulto tiene una estructura parecida a la de la ley: prefacio, con el nombre del magistrado convocante, senadores que intervinieron en la redacción —*qui scribendo adfuerunt*— lugar y fecha; *relatio*, con motivos y propuesta, y sentencia o resolución aprobada.

No en el lenguaje oficial, sino en el de la práctica —y en la propia literatura jurídica—, el senadoconsulto es designado por el nombre —por el *cognomen*, casi siempre— del magistrado proponente —*s. c. Iuncianum, s. c. Trebellianum*— y, a veces, por el de la persona que dio motivo a la decisión del Senado —*s. c. Macedonianum*.

#### § 14. Constituciones imperiales<sup>36</sup>

Bajo el Principado y, sobre todo, en tiempos del Imperio absoluto, la constitución imperial es fuente primaria y casi única del Derecho. Al decir del jurista Ulpiano, *quod principi placuit legis habet vigorem*.<sup>37</sup> (Lo que pareció bien al príncipe tiene fuerza de ley.) Por su parte, el emperador Justiniano afirma que *tam conditor quam interpretis legis solus imperator iuste existimabitur*,<sup>38</sup> (solo el emperador será justamente reconocido como único legislador e intérprete de la ley). Todavía es de advertir que solo en época muy adelantada —a partir del siglo III— afecta en términos de cierta importancia a la órbita privada.

Gayo (1, 5) define de este modo la constitución imperial: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*. (Constitución imperial es lo que el emperador establece por decreto, edicto o epístola. Nunca se ha dudado de que alcance fuerza de ley desde el momento en que el emperador adquiere por ley el poder imperial.)

Hay cuatro clases de constituciones imperiales: a) *edicta*: normas dictadas por el príncipe en uso del *ius edicendi*, anejo a su *imperium proconsulare*, y que se semejan a las de los antiguos magistrados de la República; b) *decreta*: resoluciones *extra ordinem* en procesos civiles o criminales de los que conoce el príncipe en primera instancia o en apelación; c) *rescripta*: respuestas a consultas planteadas por magistrados, funcionarios o particulares; d) *mandata*: instrucciones dadas por el príncipe, singularmente en materia administrativa, a los funcionarios de la administración provincial.

Entre las formas enumeradas tienen especial relieve los *decreta* y los *rescripta*, en cuanto medios para la de reforma o corrección del derecho vigente.<sup>39</sup>

Esta fuente suprema del Derecho que es la *constitutio principis* —denominada técnicamente *lex* en la época imperial— da lugar a la formación de un *ius novum*,<sup>40</sup> a un Derecho nuevo, a un *ius extraordinarium*.

### § 15. Edictos de los magistrados<sup>41</sup>

*Ius edicendi* es la facultad que tiene todo magistrado de dirigirse al pueblo, de palabra o por escrito. La facultad se expresa en el *edictum*, que es un programa de actuación.

Los pretores —urbano y peregrino—, los ediles curules y, en las provincias, los gobernadores y cuestores, fijan en el *edictum* las normas a las que se han de atener durante el ejercicio de su función. El edicto vigente por el año del cargo se llama *perpetuum*, en tanto que se dice *tralicium* al que permanece igual de un año para otro, como traspasado del magistrado antecesor al sucesor. De todos modos, es de advertir que el magistrado no tiene que ajustarse férreamente al programa anual —*lex annua*— por él fijado, sino que puede proveer, según lo requieran las especiales circunstancias, en el conocimiento y providencia sobre casos concretos —*edictum repentinum*.

De singular importancia es, entre todos los edictos, el del pretor, que asume la tarea de ayudar, suplir o corregir al *ius civile*. El pretor administra justicia civil *inter cives* —*praetor urbanus*— o *inter cives et peregrinos* —*praetor peregrinus*— y, por vía procesal, sobre todo, da actuación a una nueva formación jurídica que nutre y vigoriza al sistema tradicional —*ius civile* (§ 29).

El Derecho pretorio u honorario —*honorarium dicitur, quod ad honore praetoris venerat*<sup>42</sup> (se dice honorario porque había derivado del honor [o magistratura] del pretor)— alcanza su máximo auge en los dos últimos siglos de la República. En la etapa posterior, el príncipe, supremo mentor legislativo, pone límites a la fecunda y vital actividad pretoria. El emperador Adriano, hacia el año 129 de C., encarga al jurista Salvio Juliano la tarea de dar una redacción definitiva<sup>43</sup> a las reglas y procedimientos edictales de los tiempos anteriores. Cumplida la obra codificadora, conocida con el nombre de Edicto perpetuo —*edictum perpetuum*—, no sujeto ya a cambios, se pone fin al laboreo secular del pretor.

El texto del Edicto perpetuo solo ha llegado a nosotros de modo fragmentario. Conocemos su plan y contenido, de forma aproximada, gracias a la reconstrucción de Lenel,<sup>44</sup> que opera con extractos de los fragmentos recogidos en el Digesto —y mutilados o modificados por los compiladores justinianeos— de comentarios de los juristas clásicos *ad edictum*.

El Edicto adrianeo contiene el Edicto del pretor urbano, el de los ediles curules<sup>45</sup> y, probablemente, el Edicto del pretor peregrino y un prototipo de Edicto provincial. A lo anterior se unen ciertas adiciones de Juliano, de las que hoy se conoce tan solo la llamada *nova clausula Iuliani* (§ 170).

### § 16. La ciencia jurídica<sup>46</sup>

Intérprete del *ius* es el *prudens*, el perito en materia jurídica —*iuris prudens*. Toca a él la tarea de revelar el Derecho, en su sistema cardinal del *ius*

*civile*, acomodándolo a las exigencias vitales de cada momento. *Ius civile e interpretatio* llegan a ser una misma cosa.

El jurista es ayuda y consejero del particular, instruyéndole sobre las fórmulas de los negocios o contratos —*cavere*— y de los pleitos —*agere*— y facilitándole respuestas a sus consultas —*respondere*. Al jurista acuden también, en busca de asesoramiento, el pretor y el juez.

La *iurisprudentia* o ciencia del Derecho es ejercida, en los primeros tiempos, por los pontífices.<sup>47</sup> A fines del siglo IV y comienzos del III a. de C., la jurisprudencia deja de ser pontifical, para convertirse en oficio libre —y liberal, por lo generoso,<sup>48</sup>— y ornado con la máxima dignidad. Tal ocurre, según relato tradicional, cuando el *liber actionum* o compilación de fórmulas conocida con el nombre de *ius Flavianum* es robada por Gneo Flavio, escriba de Apio Claudio el Ciego, y comunicada al pueblo.

Después de Apio Claudio, censor en el año 312, hay que citar, entre los antiguos juristas, a Sesto Elio Peto Cato, cónsul en 198 a. de C., autor de unos *Tripertita* u obra en tres libros —sobre las XII Tablas, la *interpretatio* y las *legis actiones*— también llamada *ius Aelianum*.

Del siglo II a. de C. son Marco Porcio Catón, censor en el 184, y su hijo Catón Liciano, autor de la regla Catoniana (§ 186). Del mismo siglo son también Manilio, cónsul en el 149, Publio Mucio Scevola, cónsul en el 133, y Bruto, los cuales, al decir de Pomponio,<sup>49</sup> *fundaverunt ius civile*. Vienen después, en el último siglo de la República, los más famosos juristas de esta época: Quinto Mucio Scevola, cónsul en el 95 a. de C., autor del primer ensayo sistemático de Derecho civil, con sus 18 *libri iuris civilis*, y de un *liber singularis*, y Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el 51, discípulo de C. Aquilio Galo —autor de la *stipulatio Aquiliana* (§ 121 I) y de la fórmula de la *actio doli* (§ 45)—, que escribió numerosas obras. Servio, amigo de Cicerón —y éste le considera como iniciador de la verdadera Ciencia jurídica—, es maestro de otros insignes juristas, entre los cuales figuran Alfenio Varo, cónsul en el 39, autor de cuarenta libros de *Digesta*, y Aulo Ofilio, amigo de César, que escribió un amplio comentario al Edicto y varios libros de Derecho civil. Juristas prestigiosos son también Aufidio Namusa, Aulo Cascellio, Trebacio Testa, Q. Elio Tuberón.

La época áurea de la jurisprudencia romana comprende un período que va, aproximadamente, desde Augusto a los Severos (27 a. de C.-235 de C.). En este curso, de algo más de dos siglos y medio, la jurisprudencia alcanza su máximo esplendor.

Sin desentenderse de la tradición heredada, los juristas clásicos centran su esfuerzo en atender a las necesidades del Derecho de su tiempo. Su oficio consiste en un arte que, poniendo siempre la mirada en la búsqueda de lo que es bueno y justo —*bonum et aequum*—, actúa sobre la propia realidad de las cosas —*natura rerum*. Al calor de este arte, servido por una lógica admirable, los juristas hacen posible la pervivencia, con notas de elasticidad, delicadeza y elegancia sumas, de los viejos principios, reglas, módulos o esquemas.

Los juristas clásicos, que nunca abrigan la pretensión de ser «originales» u «ocurrentes», son servidores de un cierto número de principios fundamentales, y aquí está, tal como señaló Savigny, el mérito de su grandeza.

El príncipe no logra someter a control la actividad libre de los juristas, aunque tal procura por varios medios. En efecto, Augusto concede a algunos de los más célebres el *ius respondendi* (*ex auctoritate eius*), que se traduce, probablemente, en una especie de «consagración», pero sin que autorice a pensar, desde un punto de vista estricto y formal, en la fuerza vinculante del *responsum* para el juez, por más que azuce la sensibilidad de éste.<sup>50</sup> Por otra parte, Adriano nombra miembros del *consilium principis*, convertido ahora en organismo oficial, a los juristas de gran predicamento. La jurisprudencia oficial no acaba con la jurisprudencia libre, ni pierde tampoco, pese a todo, su independencia.

Los juristas clásicos, consonantes con la tradición, son siempre privatistas. Los *iusuris prudentes* dejan que otros cuiden de aquella otra más alta *prudentia* que atañe a los negocios públicos.<sup>51</sup> Es esta disciplina jurisprudencial la que, en todas las horas difíciles de la vida pública romana, sabe mantener la línea del Derecho privado, evitando la inseguridad e incertidumbre en un campo que tanto necesita de la *parsimonia*.<sup>52</sup>

Erróneo es creer que los juristas clásicos forman «bloque». No cabe medir a todos por el mismo rasero. No todos poseen el mismo grado de inteligencia y de formación cultural; no todos comulgan en el mismo ideario político, aunque el apego al «republicanismo» empuje a los más; no todos, en fin, sujetan su operar a idénticos cánones metódicos.

En algo se aparejan los *iusuris prudentes*, y es en afanarse en la resolución, conforme al *bonum et aequum*, de cuestiones o casos vitales y candentes. Decir que ellos, o los más de ellos, cuando menos, por pertenecer a clase elevada o pudiente, no saben o no quieren producirse en línea de justicia general, favoreciendo únicamente la de razón elitista, es algo que solo puede sostenerse si operamos con esquemas políticos modernos. Con tales esquemas embadurnamos la imagen de tantos hombres que, afrontando no pocas dificultades, logran para su oficio una zona de actuación o autonomía tan honesta como clara.

En punto a la influencia que sobre ellos ejerce la cultura helénica, no convienen las exageraciones. Lo verdaderamente innegable es que el contacto con la cultura helénica sirve para que el jurista claree el discurso de su mente. En cualquier caso, nada perturba su inclinación, muy romana, a habérselas con la realidad viva de las cosas, y no ya con «construcciones» de ésta desasidas.

La jurisprudencia clásica se inicia con dos famosas escuelas, cuya contraposición, según razones políticas o filosóficas o doctrinales, no nos es bien conocida. Tales son las escuelas fundadas por Labeón y Capítón, conocidas por los nombres de sus respectivos sucesores, Próculo y Sabino.

De los fundadores de las llamadas escuelas de proculyanos y sabinianos solo tiene relieve, como jurista, Labeón. Sabino, verdadero jefe de la escuela

sabiniana, es autor de libros de respuestas, de un comentario al Edicto y de *tres libri iuris civilis* que sirven de modelo a los juristas posteriores. Figuras destacadas de esta escuela son Casio Longino, Celio Sabino, Javoleno Prisco y, sobre todo, Salvio Juliano, el jurista más excelso entre todos los de Roma. De las obras de Salvio Juliano, aparte de la ordenación que hizo del Edicto —*Edictum perpetuum* (§ 15)—, merece especial mención su *Digesta* en noventa libros. En los fragmentos de sus obras, directa o indirectamente llegados a nosotros, brillan la virtud expositiva, el razonamiento claro y la elegancia en la solución de las cuestiones.

A la escuela proculeyana pertenecen, además de Próculo, los Celso, los Nerva, Pegaso, Neracio Prisco.

A mediados del siglo II no persisten ya las dos escuelas, si se exceptúa la afiliación de Gayo a la sabiniana. Del siglo II son, además de Gayo, Pomponio, Africano, Marcelo y Q. Cervidio Scevola.

De los juristas mencionados merece especial atención Gayo —*Gaius*—, de quien no se conoce ni la fecha ni el lugar de nacimiento. Vive bajo Adriano, Antonino y Marco Aurelio y, según opinión de Mommsen, nació en una provincia oriental. Es autor de un compendio de Derecho romano, escrito con elegancia y sencillez, que ha perdurado hasta nosotros. Son sus famosas *Institutiones*, que Justiniano toma por modelo para las suyas.

El libro de Gayo se distingue, no por lo que tiene —y es poco— de creación original, sino por su valor expositivo y didáctico. Acogido con gran fervor en los tiempos posteriores, fue objeto de algunas alteraciones —interpolaciones y glosemas—. Mas, por encima de todo, es de destacar que la obra de Gayo, a pesar de sus lagunas, nos ofrece un valioso testimonio del Derecho de la época clásica.<sup>53</sup>

Del siglo III son cuatro grandes juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino.<sup>54</sup>

Papiniano, originario de Siria, *praefectus praetorio* desde el 203, comparte con Salvio Juliano la fama de ser el más insigne entre los juristas romanos. Es autor, entre otros, de 37 libros de *quaestiones*, 19 de *responsa* y dos de *definitiones*. Destaca, en sus escritos, por su sagacidad y sentido práctico, a los que sirve con un estilo sobrio.

Paulo es discípulo de Scevola, asesor de Papiniano, cuando éste era *praefectus praetorio*, miembro del Consejo Imperial, bajo Severo y Caracalla, y *praefectus praetorio*, junto con Ulpiano, bajo Alejandro Severo. Figura de gran ingenio y formación doctrinal, es autor de numerosos escritos: 80 libros de comentarios *ad edictum*, 16 de comentarios *ad Sabinum*, 26 de *quaestiones*, 23 de *responsa*, 3 de *Institutiones*, 6 de *regulae* y otros muchos.

Ulpiano, oriundo de Tiro (Fenicia), asesor de Papiniano, en unión de Paulo, bajo Alejandro Severo, miembro del *consilium principis* y *praefectus praetorio*, autor fecundo, se distingue, más que por su obra creadora, por su conocimiento de la literatura jurídica. Buen compilador y escritor claro, sus escritos son acogidos con especial favor en los *Digesta* de Justiniano, hasta el

punto de constituir el núcleo fundamental de éstos. Escribe, entre otros, 81 libros *ad edictum praetoris*, 2 *ad edictum aedilium curulium* y 51 *ad Sabinum*.

Modestino, discípulo de Ulpiano, *praefectus vigilum* entre el 226 y el 244, escritor en griego y en latín, de no gran relieve, es autor, entre otras obras, de 9 libros de *differentiae*, 10 de *regulae*, 10 de *responsa* y 12 de *pan-dectae*.

Destacan también, en la época de los Severos, Marciano, Calístrato y Trifonino.<sup>55</sup> Junto a ellos, aunque de menor relieve, pueden citarse los nombres de Arrio Menandro, Tertuliano, Macer, Aquila, Papiro Fronto y Antiano.

Escritores más modernos, de menos talla, y fuera ya de la edad clásica, son Hermogeniano y Aurelio Arcadio Carisio.

## § 17. Las codificaciones

### I. *Compilaciones prejustinianas*<sup>56</sup>

Decaída la jurisprudencia, en la época del Imperio absoluto se lleva a cabo la tarea de extraer, ordenar y compilar, con miras a la práctica, las obras de la jurisprudencia —*iura*— y las constituciones imperiales —*leges*—. Las compilaciones son de vario tipo:

A) *Ordenación del «ius»*. *Compilaciones de «iura»*. — Con el fin de facilitar la consulta de los *iura* clásicos, y a la hora de ser invocados éstos ante los tribunales, se establece por una constitución de Teodosio II y Valentiniانو III, del año 426, que tienen eficacia legal, en términos de obligar al juez, las opiniones de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino. Tal es la llamada ley de citas o citaciones, que regula, por lo demás, el modo según el cual han de tenerse en cuenta las opiniones de los juristas mencionados: opuestos los pareceres, prevalecen los de la mayoría; prevalece el de Papiniano en caso de empate, y, si no es posible aplicar ninguno de estos dos criterios, el juez es libre de adoptar el que estime oportuno. Acogida dicha constitución en el *Codex Theodosianus*,<sup>57</sup> Teodosio otorga también eficacia vinculante a los autores citados en sus obras por los cinco juristas mencionados.

Los juristas posclásicos prestan especial atención al aspecto didáctico. En sus reelaboraciones utilizan, por modo principal, las Instituciones de Gayo. Resumido y simplificado está el libro gayano en el *Epitome Gai*,<sup>58</sup> que los compiladores visigóticos insertan, a su vez con abreviación y reforma, en la *lex Romana Wisigothorum*. Una *interpretatio* pobre del propio libro de Gayo es la realizada, en el siglo IV o V de C., por un oscuro maestro occidental, y de la que solo poseemos algunos fragmentos: los fragmentos de Autun o *fragmenta Augustodunensia*.

Entre las reelaboraciones de materiales clásicos figuran los *Tituli* de Ulpiano y las *Sententiae* de Paulo. El *liber singularis regularum* o *Tituli ex*

*corpore Ulpiani*<sup>59</sup> es una obra elemental, del siglo IV de C., dispuesta según el orden de las Instituciones de Gayo. Obra también elemental son las *Pauli sententiae*,<sup>60</sup> conocidas asimismo por los nombres de *sententiae receptae* y *sententiae ad filium*. La obra, dividida en cinco libros, repartidos en títulos, y ordenada según el esquema de los *digesta*, aparece frecuentemente transcrita en los manuscritos de la *lex Romana Wisigothorum*. Por vía directa solo ha llegado a nosotros un fragmento conservado en un papiro egipcio del siglo III o comienzos del IV.<sup>61</sup> Si ambas obras no pertenecen ni a Ulpiano ni a Paulo —y tal es la opinión hoy más aceptada—, su contenido sustantivo es clásico.

B) *Compilaciones de «leges»*. — Con la doble finalidad de poder utilizar ante los tribunales y en la enseñanza las muchas y dispersas *leges* —constituciones imperiales—, se procede en Oriente a su compilación. Compiladas aparecen las *leges* en dos obras de iniciativa privada —Códigos Gregoriano y Hermogeniano<sup>62</sup>— y una de carácter oficial —Código Teodosiano.

El *Codex*<sup>63</sup> *Gregorianus* es una compilación privada, hecha por autor desconocido del tiempo de Diocleciano, donde se recogen constituciones dictadas entre los años 196 y 295. El *Codex* consta de 15 libros, divididos en títulos.

El *Codex Hermogenianus*<sup>64</sup> es también una compilación privada, hecha a fines del siglo III o comienzos del IV, por un autor no bien identificado, acaso un tal Hermógenes, de escaso mérito, o el jurista Hermogeniano. Consta de un solo libro, dividido en títulos, y recoge constituciones promulgadas entre los años 291 y 324. Es a manera de apéndice del *Codex Gregorianus*.

Ninguno de dichos códigos ha llegado directamente a nosotros. Se ha hecho su reconstrucción —más completa la del *Codex Gregorianus*— a través de colecciones posteriores y de las leyes de los bárbaros —*Fragmenta Vaticana*, *Collatio*, *Consultatio*, *lex Romana Wisigothorum*, *lex Romana Burgundionum*.

El *Codex Theodosianus*<sup>65</sup> es una compilación oficial, ordenada por Teodosio II, con vigor a partir del primero de enero del año 439 de C. Se promulga en Occidente por Valentiniano III. Consta de 16 libros, repartidos en títulos, y recoge las *leges generales* dictadas desde Constantino a Teodosio II entre el 313 y el 437. El orden sistemático es, en esencia, el del Código Gregoriano, pero en el nuevo Código hay una concesión importante a materias de Derecho público —libros I, VI-VII, IX, X-XI, XII-XV, XVI.

La comisión compiladora, integrada por dieciséis funcionarios, recibió la autorización para hacer variantes o alteraciones en los textos de las *leges*, según lo aconsejaran las exigencias de la práctica.

Con posterioridad a la promulgación del Código Teodosiano fueron dictadas nuevas constituciones imperiales, que se conocen por el nombre de *Novellae posttheodosianae*.<sup>66</sup> De ellas se hicieron varias compilaciones en Oriente y Occidente. Por las occidentales y, de modo especial, por la *lex Romana Wisigothorum*, conocemos un buen número de *leges*, que van desde



Teodosio II hasta León, en Oriente, y desde Valentiniano III hasta Antemio, en Occidente.

Por colecciones de escasa importancia y, singularmente, por la que se dice bajo el nombre de *Constitutiones Sirmondianae* —del jesuita francés Jacobo Sirmond, que las descubre y publica en el siglo XVII—, conocemos algunas *leges* anteriores a las Novelas posteodosianas. La Colección sirmondiana, de 16 constituciones, se refiere, por lo demás, a Derecho eclesiástico.

C) *Compilaciones de «iura» y «leges»*. — Hay varias compilaciones de carácter mixto, esto es, agrupadoras de *iura* y *leges*.

Entre ellas figuran los *Fragmenta Vaticana*,<sup>67</sup> fragmentos de una compilación privada descubiertos en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana, y de ahí el nombre, en 1821, por Mai. La amplia obra, conservada acaso en una décima parte, se divide en títulos, en cada uno de los cuales se recogen pasajes de Papiniano, Ulpiano y Paulo y del autor —desconocido— de una obra de *interdictis*, junto con constituciones imperiales, especialmente de Diocleciano. La compilación, que no tiene carácter oficial, fue hecha probablemente en Occidente entre los años 372 y 438.

Obra mixta es también la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*,<sup>68</sup> descubierta en el siglo XVI, por tres manuscritos —de Berlín, Viena y Vercegli—, que hace una comparación entre los Derechos mosaico y romano, valiéndose de los textos bíblicos, de las obras de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino —los juristas de la ley de citas o citas— y de varias constituciones imperiales. De la obra solo conocemos los primeros dieciséis títulos del libro primero.

Del mismo carácter mixto participa una obra descubierta por Cuyacio en 1577, y a la que éste atribuyó el nombre de *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*.<sup>69</sup> Parece que fue escrita en las Galias, del siglo V al VI, y en ella se da solución, por un jurista, a casos y cuestiones varias, con auxilio de las *Sententiae* de Paulo y de constituciones de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

El libro Siro-romano<sup>70</sup> —*Leges saeculares* o *δικαεματα* en su título auténtico— es un manual de Derecho romano —de *ius civile*, sin mención para el *ius honorarium*— con las modificaciones provenientes de constituciones imperiales a partir de Constantino. Del libro, escrito hacia el siglo V, en original griego, se hicieron traducciones al árabe, al arameo, al sirio y al armenio. Ha tenido vigencia, por muy largo tiempo —hasta el siglo XVII—, en varios países árabes.

De mencionar son, por último, los *Scholia Sinaitica*,<sup>71</sup> —descubiertos en el monte Sinaí— breves comentarios o escolios en griego a los libros 35-38 de Ulpiano *ad Sabinum*. A tenor de la común opinión, fueron escritos en Oriente —acaso en Berito—, con anterioridad a Justiniano. Contienen citas no solo de Ulpiano, sino también de Paulo, Florentino, Marciano y Modestino, junto con pasajes de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

En los territorios del que fue Imperio romano de Occidente, los reyes promulgan una serie de leyes —«leyes romano-bárbaras»— destinadas a los vencidos, donde se recogen, con singular simplicidad, preceptos mixtos de *iura* y *leges*. Tales son la *lex Romana Wisigothorum*, la *lex Romana Burgundionum* y el *Edictum Theodorici*.<sup>72</sup>

De primer rango, entre todas, es la *lex Romana Wisigothorum*,<sup>73</sup> o *Breviarium Alarici* o *Alaricianum*.<sup>74</sup> Promulgado por Alarico II, en el año 506, con vigor entre los hispanorromanos, de él han llegado a nosotros más de setenta manuscritos, por virtud de la enorme difusión que alcanzó en la Alta Edad Media. Vigente en España hasta la publicación del *Liber iudiciorum*, en el siglo VII, fue fuente general del Derecho romano en Francia, Alemania e Inglaterra en siglos XI y XII.

El Código contiene un *epitome* de las Instituciones de Gayo, textos de las *Sententiae* de Paulo, un pasaje de Papiniano y extractos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y, sobre todo, del Código Teodosiano y de las Novelas posteodosianas. Los varios fragmentos o extractos, con excepción del *epitome* de Gayo, llevan una *interpretatio*, índice y glosa de los mismos que probablemente es anterior a los tiempos de los compiladores del Código de Alarico.

La obra de Alarico, aunque no libre de modificaciones o alteraciones, es de sumo interés para el conocimiento del Derecho clásico y el estudio de los influjos bárbaros. Es útil, especialmente, en relación con las *Receptae Sententiae* de Paulo y el *Codex Theodosianus*.

La *lex Romana Burgundionum*<sup>75</sup> fue dada por el rey borgoñón Gundobado, en los comienzos del siglo VI, para la población romana sometida del Mediodía de Francia.

La *lex* está redactada sobre la base de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, de las Novelas posteodosianas, las *Sententiae* de Paulo, las Instituciones de Gayo y algunos principios del Derecho borgoñón. La ley, no carente de sistema, está dividida en títulos, cada uno de los cuales acoge, con la oportuna indicación del origen, los fragmentos o textos de diferente procedencia.

El *Edictum Theodorici*<sup>76</sup> es una compilación legal promulgada hacia el año 500 por el rey ostrogodo Teodorico, con destino a romanos y ostrogodos. Al promulgar la ley, tendente a la fusión de unos y otros, Teodorico se considera gobernador de Italia, actuando en nombre del emperador de Oriente.

El texto del *Edictum Theodorici*, con 154 artículos, se inspira en las mismas fuentes que las otras leyes romano-bárbaras, aunque no se hace mención de la procedencia, y se recurre, no pocas veces, a la paráfrasis.

## II. *Compilación de Justiniano*<sup>77</sup>

Es Justiniano quien hace realidad una aspiración acariciada por Teodosio II: la de reunir, en una sola obra o cuerpo general, y sin mezclarlos ni con-

fundirlos, los *iura* —obra de la jurisprudencia clásica— y las *leges* —material legislativo de los emperadores.

La obra compiladora de Justiniano, llevada a cabo en corto curso de tiempo —528 a 533 de C.—, trata de servir a las demandas o exigencias de su tiempo. El espíritu animador de Justiniano está patente en la obra, a la que quiere imprimir un notorio sello de unidad, trayendo a concierto el cúmulo legislativo y jurisprudencial formado en distintos ambientes y tiempos.

A la hora de compilar, y siempre que las circunstancias lo permiten, se guarda respeto por la tradición clásica. En todo caso, las discordancias o contradicciones de los viejos textos o la imposibilidad de su llana aplicación a las necesidades nuevas, recomienda su modificación.<sup>78</sup>

Los compiladores, expresamente autorizados por Justiniano, alteran los textos originales, sea en términos formales, sea en términos sustantivos. Las alteraciones se traducen en adiciones, omisiones, cambios o sustracciones al contenido de los textos, y se conocen con el nombre de interpolaciones o *emblemata Triboniani*.<sup>79</sup>

Del número y razón de las interpolaciones se juzga hoy de modo vario, formulándose opiniones a favor y en contra de su abundancia.<sup>80</sup> La búsqueda de las interpolaciones es de todo punto necesaria para conocer el Derecho romano anterior a Justiniano, y tanto más cuanto que no aparece expresamente declarada en los textos alterados. Tal búsqueda, cargada de dificultades, se hace según criterios de vario tipo: textual (comprobación directa); histórico (anacronismos); lógico (ilogismos); legislativo (sentencia imperativa); sistemático o metodológico (inscripciones, rúbricas del edicto); filológico (solecismos, helenismos, ampulósidades); diplomático (manuscritos, lectura del manuscrito Florentino), etc. Si el número de interpolaciones no deja de ser abundante, conviene todavía proceder con prudencia en su investigación o descubrimiento, para llegar, en todo caso, a una consecuencia: la de que también conviven, en un mismo lugar y tiempo, reglas y principios reñidos u opuestos. Por lo demás, el amor o la devoción a la jurisprudencia áurea no deben llevar al punto de creer que un jurista clásico, por el solo hecho de serlo, no tiene tropiezos con la lógica y con la gramática.

Si se miran las cosas desde dentro —desde la entraña histórica—, no cabe hablar de abismos profundos entre Derecho clásico y Derecho justiniano, sino de nexos y desarrollos, de consecuencia y continuidad íntimas. Procesos que por fuera parecen inconexos y en pugna, se muestran fundidos en ese sistema de ser vivo que es la realidad histórica, siempre obediente a una regla de unidad profunda.

De cualquier modo, resulta hoy patente que, en punto a las alteraciones prejustinianas y a las interpolaciones justinianas —*emblemata Triboniani*— se ha juzgado con extremo subjetivismo y, lo que es peor, aplicando a la investigación de unas y otras los mismos criterios o esquemas.

Una nueva manera de ciencia —auxiliar de la general que es la ciencia romanística— la investigación de estratos de los textos de la jurisprudencia clásica o *Textstufenforschung*<sup>81</sup> vino a postular la reconstrucción de los textos ori-

ginales de la literatura clásica, iluminando la historia de los mismos a través de las vicisitudes sufridas en su transmisión, en su reproducción y difusión.

Sin eliminar la intuición —lo convencional—, se procede a un cotejo —científico, y no simplemente mecánico o material— de cada texto, en las varias fuentes en que aparece. La historia del texto —*Textgeschichte*—, en sus alternativas o mutaciones, puede decirnos algo sobre los cambios habidos en la propia historia jurídica —*Rechtsgeschichte*—. Por ahí se explica el especial significado que para la historia jurídica tienen los cambios operados en los textos a la hora en que el *volumen* o rollo sustituye al *codex* o libro.

La mayor parte de las corrupciones prejustinianas tuvo lugar en la primera edad posclásica —hacia el año 300—, precisamente cuando la literatura jurídica conservada fue objeto de nueva reedición, por el vehículo del *codex*, que reemplaza al antiguo *volumen*. A esa época, de «tormento del texto», sigue la de su estabilización relativa y reproducción más literal. Ocurre lo último en un tiempo que va desde Constantino hasta Justiniano.

Aunque el campo de aplicación de la *Textstufenforschung* tiene forzosas limitaciones, y debe verse libre, en todo caso, de esquematizaciones excesivas, abrió largas y fecundas perspectivas a una ciencia romanística afanosa de descubrir lo verdadero en el tránsito de lo clásico a lo justiniano.

La obra codificadora comienza con la constitución *Haec quae necessaria*, del 13 de febrero del año 528, por la que Justiniano encarga a una comisión de diez miembros, presidida por Juan, ex cuestor de Palacio, y de la que forman parte Triboniano, *magister officiorum*, y Teófilo, profesor de Constantinopla, la tarea de redactar un Código sobre la base de los precedentes —Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano— y de las constituciones posteriores a ellos. Cumplida la tarea, en corto tiempo —se promulga en el 529, por la constitución *Summa rei publicae*—, el *Codex —novus Iustinianus Codex*— que no ha llegado a nosotros al ser sustituido más tarde por otro.

Por la constitución *Deo auctore*, del 15 de diciembre del 530, ordena el emperador a Triboniano, ahora *quaestor sacri palatii*, que forme una comisión para agrupar en una obra el material jurisprudencial —los *iura*— que se llamaría *Digesta* —de *digerere*— o *Pandectae* —de  $\pi\chi\nu$   $\delta\kappa\omicron\mu\alpha\iota$ . La comisión, integrada por dieciséis miembros —Constantino, *comes sacrarum largitionum*, los profesores Teófilo, Gratino, Isidoro y Doroteo y once abogados— cumple el encargo en tres años, otorgándose fuerza legal a la obra por la constitución *Tanta* — $\Delta\delta\omega\kappa\epsilon\nu$ , en la redacción griega—, del 16 de diciembre del 533, para entrar en vigor el 30 del mismo mes y año.<sup>82</sup>

No acabada la compilación del Digesto, Justiniano encarga a Triboniano y a los profesores Teófilo y Doroteo, por la constitución *Imperatoriam maiestatem*, la labor de redactar un libro para uso de los escolares. El libro es publicado, bajo el título de *Institutiones seu elementa*, el 21 de noviembre del 533, y, dotado de fuerza legal, entra en vigor, junto con el Digesto, por la constitución *Tanta*.

Habida cuenta de las innovaciones legislativas posteriores al Código,

Justiniano ordena su revisión, incorporando las nuevas constituciones, a Triboniano, Doroteo y tres de los abogados redactores del Digesto. Se da a esta edición el nombre de *Codex repetitae praelectionis*, publicado por la constitución *Cordi*, del 16 de noviembre del 534, para entrar en vigor el 29 del mismo mes y año.

Continuada por Justiniano su actividad legislativa, da a las nuevas constituciones el nombre de *Novellae constitutiones post Codicem*, y en la mencionada constitución *Cordi*, donde hace anuncio de la facultad que se reserva de dictarlas, promete realizar su compilación, sin que tal se lleve luego a cabo por vía oficial.

Terminada la tarea compiladora, Justiniano prohíbe la confrontación de los textos codificados con los originales, así como todo comentario a la obra por él ordenada (*Const. Deo auctore*, 12, y *Tanta*, 21). A lo sumo, permite hacer traducciones al griego, índices, colecciones de pasajes paralelos y cortas dilucidaciones.

La obra de Justiniano, integrada por las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, se conoce, desde la edición de Dionisio Godofredo (Ginebra, 1583), por el nombre de *Corpus iuris civilis*.

*Institutiones*. Las *Institutiones Iustiniani Augusti*, obra elemental destinada a los estudiantes, fue redacta sobre la base principal de las Instituciones de Gayo y de las *Res cottidianae* del pseudo Gayo.<sup>83</sup> A ella se suman también extractos de las obras de *institutiones* de Paulo, Ulpiano, Marciano y Florentino, junto con fragmentos de constituciones imperiales y de textos acogidos en el Digesto.

Las *Institutiones* tienen carácter compilatorio, al igual que el Digesto, salvo que en ellas no se hace mención sobre la procedencia de los fragmentos o extractos que nutren su contenido.

Constan de cuatro libros, divididos en títulos, cada uno de los cuales lleva una rúbrica especial. Los títulos se dividen, a su vez, en párrafos.

La obra está ordenada según el sistema de Gayo: a las *personae* está dedicado el libro I; el II, el III y los cinco primeros títulos del IV, a las *res*, y el resto del IV, a las *actiones*.

Los manuscritos más antiguos de las *Institutiones* se remontan al siglo IX. Entre todos los manuscritos —y son numerosos—, los más importantes son el de Turín, del siglo X, que contiene una glosa escrita en la época justiniana —«Glosa turinense de las Instituciones»— y el de Bamberg, del siglo IX.

*Digesta* o *Pandectae*<sup>84</sup>. El Digesto o Pandectas es una compilación del material jurisprudencial o *iura*. Los compiladores utilizan un ingente cúmulo de textos clásicos: 2.000 libros, al decir del propio Justiniano, aunque no pasan, los que merecen acogida, de 1.625. Los fragmentos de Ulpiano —la tercera parte del Digesto—, Paulo, Papiniano y Juliano ganan a los de todos

los demás juristas. A la suma total de treinta y nueve juristas —tres de la República— corresponde el conjunto de los 9.000 fragmentos que, aproximadamente, integran el Digesto. Contra lo dispuesto por Justiniano, se acogen también aquí fragmentos de juristas que no tuvieron el *ius respondendi*.

El Digesto consta de 50 libros —repartidos según el orden del Edicto Perpetuo—, cada uno de los cuales —salvo los libros 30, 31 y 32<sup>85</sup>— se divide en títulos. Los títulos, que llevan sus correspondientes rúbricas, contienen fragmentos de los juristas clásicos, y se encabezan con una *inscriptio*, expresiva del nombre del autor, de la obra y del libro de donde proceden. A partir de los juristas medievales —de los maestros de la Escuela boloñesa—, los fragmentos más extensos se dividen en un *principium* y en uno o varios párrafos. El Digesto va precedido de un *Index* de las obras seleccionadas en su redacción.<sup>86</sup>

El Digesto es dividido por Justiniano, para servir a fines didácticos, en siete partes, siguiendo el esquema de los comentarios al Edicto. Tales partes son éstas: 1) Πρῖτα, libros 1-4 (principios generales sobre el Derecho y la jurisdicción); 2) *de iudicis*, libros 5-11 (doctrina general de las acciones y protección judicial de la propiedad y de los demás derechos reales); 3) *de rebus*, libros 12-19 (obligaciones y contratos); 4) *umbilicus*, libros 20-27 (obligaciones y familia); 5) *de testamentis et codicillis*, libros 28-36 (herencia, legados y fideicomisos); 6) libros 37-44 (herencia pretoria y materias referentes a derechos reales, posesión y obligaciones); 7) libros 45-50 (*stipulatio*, derecho penal, *appellatio*, derecho municipal), que se cierran con dos títulos generales: «*de verborum significatione*» y «*de diversis regulis iuris antiqui*». Carecen de nombre las partes sexta y séptima.

El manuscrito más antiguo del Digesto, entre los muchos conservados, es el llamado «pisano» o «florentino» —*littera Pisana* o *Florentina*— dicho así por haber sido custodiado en Pisa, hasta 1406, y llevado luego a Florencia, cuya Biblioteca Laurentina lo conserva. Tal manuscrito es del siglo V o VI, y copia suya el utilizado por Irnerio —Escuela de Bolonia, del siglo XI—, que difunde el Digesto a través de la Europa medieval y moderna —*Littera Vulgata* o *Bononiensis*. De esta copia —de este «Codex S.» (Secundus), como lo nombra Mommsen, y hoy perdido— proceden todas las demás copias «vulgatas», hasta un número aproximado de 500.

Los manuscritos de la Vulgata están divididos, según razón no conocida, en tres partes: *Digestum vetus*, hasta el libro 24, 3, 1; *Digestum infortiatum*, hasta el fin del libro 38 (desde 35, 2, 2 se distingue con la denominación de *tres partes*); *Digestum novum*, del 39 al 50. Aparte del problema que plantea la relación que pueda existir entre el Florentino y la Vulgata, cabe significar el esfuerzo investigador, que trabajando críticamente sobre el primero, trata de recrear su original redacción justiniana e ir a la búsqueda de lo clásico, en tanto que otorga a la segunda un significado de valor histórico, como vehículo que fue de propagación del Derecho romano en el mundo europeo.

*Codex*. El *Codex* o compilación de *leges*, llegado a nosotros en su segunda redacción —*Codex repetitae praelectionis*— comprende 12 libros, que se

dividen en títulos, cada uno de los cuales contiene determinado número de constituciones imperiales —desde Adriano hasta Justiniano— ordenadas cronológicamente y objeto de oportunas interpolaciones. Cada constitución tiene una *inscriptio*, con el nombre del emperador y del destinatario de la ley, y una *subscriptio*, relativa a la fecha.

Las materias del *Codex* están distribuidas del siguiente modo: libro I: Derecho eclesiástico, fuentes del Derecho y funcionarios públicos; libros II-VIII: Derecho privado; libro IX: Derecho penal; libros X-XII: Derecho administrativo.

No ha llegado a nosotros ningún manuscrito completo del *Codex*. Del más antiguo —del siglo VI al VII—, contenido en un palimpsesto veronés, solo quedan fragmentos.

Los manuscritos posteriores proceden de extractos que compendian los nueve primeros libros. Completados luego estos nueve libros, entre los siglos IX y XI, se hacen también transcripciones de los últimos libros, bajo el título de *Tres libri*. En manuscritos del siglo XII se nos ha transmitido un *Volumen parvum*, donde aparecen agrupados los tres últimos libros del *Codex* —antes desatendidos por estar en griego o carecer de interés práctico su contenido de Derecho público del Imperio bizantino—, una colección de Novelas y las Instituciones. Solo en las ediciones impresas de los humanistas —siglo XVI— se reincorporan al *Codex* las constituciones griegas, con ayuda, sobre todo, de los Basílicos.

*Novellae*. De las Novelas o constituciones imperiales posteriores al Código han llegado a nosotros tres colecciones de carácter privado.

a) *Epitome Iuliani*. Es una colección de 124 novelas, dispuestas por orden cronológico y escritas en latín, que se atribuye a un profesor de Constantinopla, llamado Juliano. Debió ser compuesta en tiempo de Justiniano, hacia el año 555. Nos ha sido transmitida en manuscritos del siglo VII.

b) *Authenticum*. El *Authenticum* es una colección de 134 novelas, que van desde el 535 al 556, ordenadas cronológicamente hasta el número 124. Las novelas griegas están vertidas a un latín no siempre fiel.

La colección del *Authenticum* —y el nombre le viene por haberle otorgado autenticidad los juristas de Bolonia, tras tenerla por falsa— fue hecha, según parece, en el siglo XI. Nos ha llegado en manuscritos de este siglo, a los que luego fueron incorporadas otras constituciones —*extravagantes*.

c) Una colección de 168 novelas, en la original redacción griega, llevada a cabo bajo Tiberio II. Las novelas pertenecen, en su mayoría, a Justiniano. Algunas son de Justino II y Tiberio II.

De esta colección han llegado a nosotros un manuscrito de Venecia, del siglo XIII, y otro de Florencia, del XIV. Del último se conserva en Venecia una copia más completa. La primera edición impresa fue hecha por los humanistas.

*Modos de citar el «Corpus iuris»*<sup>87</sup>— Según se ha dicho, las varias partes del *Corpus iuris* se dividen de esta suerte:

- 1) Instituciones: libros: títulos: párrafos.
- 2) Digesto: libros: títulos: fragmentos (o *leges*): párrafos.
- 3) Código: libros: títulos: fragmentos (o *leges* o *constitutiones*): párrafos.
- 4) Novelas: capítulos; párrafos.

El párrafo 1 de cada título (en las Instituciones), de cada fragmento (en el Digesto y en el Código) y de cada capítulo (en las Novelas) suele ir precedido de un *principium* (*pr.*).

Actualmente predomina el modo de citar llamado «filológico», que nombra la obra, en abreviatura, y enumera luego los varios lugares de ella, según orden correlativo, y de mayor a menor. Ejemplos:

Inst. 1, 2, 4 (=instituciones, libro 1, título 2, párrafo 4).

D. 4, 6, 21, 2 (=Digesto, libro 4, título 6, fragmento 21, párrafo 2).

C. 5, 53, 2, 1 (=Código, libro 5, título 53, fragmento 2, párrafo 1).

Nov. 42, 3, 2 (=Novela 42, capítulo 3, párrafo 2).

En obras de cierta antigüedad se cita de este modo: indicación del *fr.* (fragmento) y del § (párrafo) o *pr.* (*principium*); nombre de la obra; denominación de la *rubrica*; número del libro; número del título. Ejemplo: *fr.* (o también *l.* = ley, en Digesto y Código, o *c.* = constitución, en Código) 7, § 2, *D. de pactis*, 2, 14.

III. *Compilaciones posjustinianas*. — Las necesidades de la enseñanza y de la práctica obligan a incumplir la prohibición justiniana de hacer comentarios a su obra y, especialmente, al Digesto o Pandectas.<sup>88</sup> No solo se llevan a cabo resúmenes o índices —*ὄδικες*—, colecciones de lugares paralelos —*παραπτλα*— y traducciones al griego, sino también glosas —*παραγραφα*— y obras monográficas.

Junto a una paráfrasis de las Instituciones —*Paraphrasis Institutionum*—, hecha por Teófilo<sup>89</sup> teniendo muy a la vista el libro de Gayo, figura una *summa*, en griego y anónima —o, como se dice, del Anónimo,<sup>90</sup> que glosa en el siglo VII un autor desconocido llamado Enantiófanes—, del Digesto. Del Código hacen índices Taleleo, Anatolio, Isidoro y Teodoro, y de las Novelas, Teodoro, Escolástico y Anastasio.

En el siglo VIII se publica, por mandato de León el Isáurico y de su hijo Constantino Coprónimo, un extracto, en lengua griega de las obras de Justiniano, conocido bajo el nombre de *Ecloga legum*.<sup>91</sup> Del siglo IX son dos obras —abreviaturas del *Corpus iuris*— para uso de los tribunales, que ordena realizar Basilio el Macedo: el *Procheiron*<sup>92</sup> y la *Epanagoge*.<sup>93</sup>

Obra de mayor alcance es la iniciada por Basilio el Macedo (867-886) y acabada por su hijo León el Filósofo (886-911). Se trata de los *Basílicos*<sup>94</sup> o *Libri Basilicorum* —*τι βασιλικά*—, obra en lengua griega, donde se refunde todo el material del *Corpus iuris*, según criterio unitario y en consonancia



con el orden del *Codex*. Para su redacción se toma como material básico la *summa* del Anónimo y los índices antes mencionados.

Los Basílicos constan de 60 libros, divididos en títulos y éstos en párrafos. A su contenido originario se agrega luego, en los siglos x al xiii, el de numerosos escolios —*scholia*.

De los Basílicos se han hecho muchos extractos, entre los cuales destacan una *Synopsis Basilicorum*, del siglo x, y otra más breve y posterior —*Synopsis minor*—, donde las materias son tratadas por orden alfabético. Índice o repertorio de los Basílicos es el *Tipucitus*<sup>95</sup> del siglo xii, cuyo nombre responde a las palabras griegas con que comienza: τ... ποκεῖται= ¿dónde se encuentra?

Un extracto es, por último, el *Hexabiblos*<sup>96</sup> trabajo privado —de Constantino Harmenópulo, juez de Tesalónica— del año 1345, hecho a la vista de la *Synopsis*, el *Procheiron* y otras obras de segunda mano. El *Hexabiblos* estuvo vigente durante el poderío turco, y adquirió fuerza legal en Grecia, en 1835.

## § 18. Supervivencia del Derecho romano<sup>97</sup>

### I. Panorámica general

El Derecho romano vino a nosotros —a los pueblos románicos— por una doble vía: el *verbo* de nuestra lengua y la escritura del *Corpus iuris*. La primera recepción es verbal. Nuestra cultura es cultura latina; nuestra lengua, romance de latín coloquial, del de la vida de cada día en el Imperio —latín casi puro—. Lengua y cultura bajan juntas a las honduras del alma románica. Y hoy pensamos *en romano*, aunque no nos demos cuenta de ello.

La segunda recepción es la del *Corpus iuris*. El Derecho romano nos llega por el libro. Se dirá que nos llega desambientado, porque nosotros no somos los romanos, y siempre resulta difícil, no ya ver y oír lo que vieron y oyeron quienes «hablaron latín en Roma», sino adentrarse en la *cardiaca* de un pretor y de dos litigantes, para sentir con ellos el ritmo vital de la norma jurídica.

El libro es historia *conservada*, y donde no hay pulso, no hay vida. Pero aún es posible que el intérprete rescite lo muerto, si es capaz de oír en los adentros de la historia callada —la intrahistoria— que se sigue viviendo.

En los fondos silenciosos de esa historia impalpable, vive lo eterno de Roma. A lo largo de los siglos, por encima de Roma, lo romano actúa con la fuerza continua de un ser vivo.

Los intérpretes hacen *tradicción*. Si careciendo de los recursos filológicos suficientes, se meten en la fronda del *Corpus iuris*, para llegar a grandiosas construcciones, tal se debe a que ven en el Derecho romano, no *un* Derecho, ni mucho

menos tantas o cuantas *leges* romanas —que en esto el Derecho romano no se diferenciaría de cualquier otro ordenamiento positivo—, sino *el Derecho*.<sup>98</sup>

El Derecho romano, bajo hechura de un principio de universalidad profunda, participa de lo eterno de Roma, de suerte que no es la *fecha*, ni el vivir social *concreto*, ni la adscripción a una determinación *positiva* lo que más cuenta. El Derecho romano no es un Derecho que *fue*, algo de lo cual pueda decirse simplemente que *pasó*, algo que quedó arrinconado en su *época*. La Historia del Derecho romano no concluye en la caída de Roma. Sigue a lo largo de la Edad Media y de la Edad Moderna. Seguirá tras nosotros, porque nosotros no hemos agotado todavía las *posibilidades* que ese Derecho encierra.

Los juristas del Derecho común y de la Pandectística no representan «la reconstrucción, sino más bien la *continuación* del Derecho romano, que venía así a seguir paso a paso la evolución secular de las sociedades modernas desprendidas del tronco romano».<sup>99</sup>

Así como el Imperio romano llevaba en su seno la incipiente Europa, así también el Derecho de Roma abrigaba el germen del mañana y del hoy, del Derecho común y europeo.

La constante aplicación, el ininterrumpido desarrollo del Derecho romano desde el siglo VI al XIX, solo prueba una cosa: la vida íntima, hecha continua, del contenido jurídico romano.

Es de advertir que en los pueblos románicos la continuación del Derecho romano se logra por la doble actuación de lo hondamente histórico y de lo simplemente conceptual. En estos pueblos fue posible que ambos factores se intercambiasen de modo recíproco. Aparte de otras cosas, el intérprete pudo conocer lo que de aquel Derecho vivía inmerso en la sociedad medieval y moderna, en su lengua y en su pensamiento, en su sentimiento y en su intuición, y que allá en Roma fue *inconsciente*.

En los pueblos no románicos el Derecho romano se perpetúa a través de la tradición romanística, es decir, de los intérpretes. El suceso puede parecer maravilloso, y lo es, en verdad. Pero se explica, sí, al margen de otras razones y consideraciones, se advierte que la historia de un pensamiento jurídico no acaba sino cuando es incapaz de seguir la marcha, siempre imprevisible, de las propias ideas. En cualquier caso, la obra de los juristas encauza la propia y poderosa corriente de un Derecho que se impone a los hombres y a los pueblos por la fuerza de su inmenso valor y utilidad.

Ahora bien, ni todo el Derecho romano es realmente *romano* —pensemos, sobre todo, en Bizancio—, ni todo el Derecho de Roma es bueno para las nuevas escenas. Los intérpretes acomodan el Derecho romano a las exigencias de los nuevos tiempos, a través, principalmente, de clarificaciones, generalizaciones y sobreentendidos, cuando no prescinden de algún texto que consideran *caput mortuum*. De tal manera que, en definitiva, el Derecho romano no permanecerá en su misma *forma*, sino tras su *reforma*, esto es, bajo el imperio de una visión distinta: *eadem sed aliter*. Solo así el ayer puede ser hoy, y mucho más si la obra de arte ha encontrado al esteta que ante ella sabe emocionarse, arrancándole su sentido íntimo, suprahistórico.

No ignoramos que los intérpretes del *Corpus iuris* han venido careciendo de subsidios filológicos: *temporum suorum infelicitas impedimento saepe fuit, quo minus recte leges illas intelligerent*<sup>100</sup>. Pero pensamos también que una buena filología solo les hubiera dicho lo que cada texto significó para su autor, cuando lo que buscaban era el significado que podía tener para ellos, en esa hora de llevar a cabo la «construcción de conceptos y principios jurídicos valederos para las sociedades modernas».<sup>101</sup> Frente a la historia *hecha*, a la que solo se llega por un minucioso y perfecto conocimiento de las fuentes, queda la historia que ha de seguir haciéndose, y para ésta, el *Corpus iuris* daba los materiales necesarios y bastantes. Nadie podrá desconocer todo lo que los juristas medievales «han realizado por su celo infatigable, su sagacidad, su tacto jurídico y su sentido de equidad —como ha dicho Grocio, *satis sollertes alioqui ad indagandam aequi bonique naturam*—; han fundado no solamente un Derecho común del cual las épocas modernas podían servirse, sino, sobre todo, la ciencia del Derecho común europeo».<sup>102</sup>

Numerosos principios romanos nutren hoy los nuestros, hasta hacerse espíritu y carne de nuestra carne y de nuestro espíritu. El Derecho romano forma parte de una cultura que sigue viviendo en nosotros, si es que no debemos decir que gracias a ella nos es dado vivir *todavía*...

No estamos tan lejos de Roma como parece. Nuestra civilización se alimenta de lo que olvida, de lo que ignora y de lo que niega. Y si esto es así, toca a los romanistas, por encima de todo, poner en claro la razón y medida en que el Derecho romano puede servir para aliviar las congojas actuales.

## II. Historia de los estudios de Derecho romano

En el *Studium generale* de Bolonia, es decir, en la Universidad meridional más antigua de Europa, tienen su asiento las bases de la ciencia jurídica moderna. Nace allí, en la mitad del siglo XI, la escuela de los *Glosadores*,<sup>103</sup> fundada por Irnerio, maestro de Gramática y Dialéctica —*magister in artibus*—. Irnerio y sus discípulos —entre ellos los «cuatro doctores»: Jacobo, Martín, Búlgaro y Hugo, y, más tarde, Acursio, Azón y Odofredo— aplican el método exegético al estudio del *Corpus iuris* y, singularmente, del Digesto, en el manuscrito «pisan» o «florentino» recién descubierto. Sus breves comentarios o glosas —marginales o interlineares— se enderezan a la búsqueda de soluciones prácticas. Los textos antiguos, olvidados por tanto tiempo, son estudiados con amor digno de singular loa. En la exégesis, minuciosa y sutil, no se advierten los recursos filológicos e históricos, pero grande es su mérito, en cuanto tiene de «descubrimiento» y éste es hijo de una comprensión. Los Glosadores son los primeros en comprender unos textos enterrados a lo largo de siglos.<sup>104</sup>

Compendio y cifra de la labor realizada por esta escuela es la *Glossa ordinaria* o *Glossa magna* de Acursio, del siglo XIII.

A la escuela anterior sucede la de los *Posglosadores* o *Comentaristas*,<sup>105</sup> siglo XIV. Con manejo de la dialéctica escolástica, se ejercitan en el estudio de las glosas de los juristas de los dos siglos anteriores, y no ya de los textos justinianos. Del lado formal, la diferencia entre una y otra escuela está en esto: la glosa es clarificación del texto —*littera*—, en tanto que el comentario trata de adentrarse en el espíritu de las normas—*sensus*. Pero es el empleo del método dialéctico o escolástico —animado por la reaparición de los textos de Aristóteles— el que otorga nota distintiva, del lado intrínseco, a la escuela de los Posglosadores.<sup>106</sup>

Representantes principales de esta escuela son Cino de Pistoia, Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis.

El laboreo de las escuelas italianas, comenzando por la de Bolonia, y, sobre todo, la cultura y la conciencia jurídica por ellas irradiadas, lleva a la formación de un «Derecho común» de los territorios europeos. Sobre la fundamental raíz latina del Derecho de los pueblos románicos —Italia, Francia, Portugal y España— actúa ahora, en los siglos XI y XII, un sentimiento de unidad espiritual que, sobreponiéndose a todos los particulares, concibe el Derecho romano como *ius commune*.

Al practicismo escolástico sigue el historicismo renacentista, con la Escuela histórico-crítica, culta o elegante, de los siglos XVI al XVII.<sup>107</sup> Esta escuela se aparta del simple examen racional de las fuentes, para actuar con un método en el que se conjugan la filología y el análisis jurídico. El estudio no se dirige a los textos justinianos, sino a los anteriores a Justiniano, atribuyendo la máxima importancia al *ius civile* y al Derecho clásico.

El espíritu de libre examen rompe con la autoridad de la Glosa y Bartolo, es decir, con el Derecho romano mantenido en tradición por los intérpretes, acogido y sancionado por la Iglesia: «*ecclesia vivit de lege romana*».

La autoridad del Derecho se buscará ahora en la sistemática, trabada con razonamientos, clasificaciones y particiones. El *ars bene disserendi* sustituye al método escolástico. En los nuevos libros de Derecho el método sintético —*mos docendi Gallicus*— reemplaza a la exégesis —*mos Italicus*.

Representantes principales de esta escuela, de raíz francesa, son Andrés Alciato, Brisson (Brissonius), Guillermo Budé, Cujas (Cujaccius), Antonio Faber, Dionisio y Jacobo Godofredo, Haloander, Ulrico Zasio, Vinnio, Voet y Schulting.<sup>108</sup>

A la dirección humanista pertenece, entre otros españoles, Antonio Agustín (1517-1586), arzobispo de Tarragona, discípulo de Alciato en Italia. Estudioso del Derecho canónico y del Derecho romano, de la Epigrafía y de la Numismática, es una de las figuras más insignes de la época renacentista.

A la vez que se afirma y propaga por toda Europa la tendencia anticuaría y filológica de la Escuela histórico-crítica, el Derecho romano es recibido en Alemania, como Derecho vigente, durante los siglos XVI y XVII. La recepción («die Rezeption») triunfa ante el desigual desarrollo del Derecho nacional alemán, por obra de los estudiosos o tratadistas y, sobre todo, de los jueces y asesores del Tribunal Cameral del Imperio —*Reichskammergericht*— creado en 1495. El Tribu-

nal ha de actuar según el Derecho común del Reich, es decir, según el Derecho romano elaborado por Glosadores y Comentaristas. La recepción oficial afecta al Derecho romano en masa —*in complexu*— esto es, en todas sus reglas y principios.

Esta recepción del Derecho italiano de Pandectas —del Derecho romano en su interpretación italiana— se contamina con elementos germánicos y modernos —*usus modernus Pandectarum*.

En el siglo XVIII surge la llamada *Escuela del Derecho natural*,<sup>109</sup> que considera el Derecho como un producto de la razón humana, igual para todos los pueblos, común para todos los tiempos. La nueva escuela, al asentar las bases del Derecho en principios de razón, eternos e inmutables, rinde su tributo a la corriente del Iluminismo.

Esta escuela «racionalista», fundada por Hugo Grocio, con su obra *De iure belli ac pacis*, y que tiene, entre otros representantes, a Leibniz, Tomasio, Pufendorf, Domat y Thibaut, pone a los estudios de Derecho romano en grave trance, hasta el punto de que en algunos países —en España, sobre todo— la tradición se interrumpe por completo. Por otro lado, la Escuela del Derecho natural favorece el movimiento codificador y las legislaciones nacionales reaccionan contra la vigencia del Derecho romano.

No obstante, la invocación que hace esta escuela de las exigencias éticas, cifradas en la doctrina del Derecho justo, importa un afán de mejorar las bases del régimen jurídico vigente.

En los comienzos del siglo XIX nace la *Escuela histórica del Derecho*.<sup>110</sup> Preparan tal nacimiento el romanista Gustavo Hugo, el filólogo Wolff y el historiador Niebuhr, pero es Federico Carlos de Savigny (1779-1861)<sup>111</sup> la auténtica cabeza fundadora y el máximo exponente de la nueva dirección.

La Escuela histórica, caldeada por el Romanticismo, sienta la afirmación de que el Derecho no es un producto de la razón, sino del espíritu del pueblo —*Volksgeist*. El Derecho brota de la entraña misma de cada pueblo, y de su historia, y de modo cierto y no arbitrario, querido y no accidental. El Derecho es parte orgánica de la vida nacional y, por ende, emanación de su sentir ético-espiritual, que varía cuando varía este sentir. Tal espíritu nacional, llevado al Derecho, es determinante categórico del curso de su evolución histórica.

La escuela de Savigny, dotada con finos instrumentos de investigación, se decanta por una dirección histórica, donde el factor anticuario-filológico ocupa un lugar destacado. Pero también presta atención al Derecho romano actual, laborando sobre el Derecho de Pandectas, que no debe dejar paso a la instauración de un Código civil.

Junto al estudio historicista —Bluhme, Bruns, Ferrini, Gradenwitz, Huschke, Karlowa, Mommsen— se da el estudio dogmático de los pandectistas —Brinz, Dernburg, Glück, Ihering, Puchta, Vangerow, Windscheid.

La Pandectística es una corriente que, produciéndose dentro de especiosas y encontradas tendencias, procura la actuación del Derecho romano justiniano, en consonancia con las exigencias alemanas del tiempo. La Pandectística se entrega a un doctrinarismo jurídico que asombra por su agudeza y artificio.

La dirección historicista cobra singular auge desde el momento en que el Derecho romano, tras la publicación de los Códigos civiles en las varias naciones europeas, no es reclamado directamente para servir a los fines de la práctica. Publicado el BGB, el Código civil alemán, en 1900, el estudio dogmático se proyecta, en Alemania, sobre éste, en tanto que el estudio histórico discurre por caminos de autonomía en el país germano y en los demás países.

La dirección histórica afirmada en el siglo xx—una dirección «neohumanística»<sup>112</sup>— trabaja con refinados instrumentos, puestos al servicio del *método crítico*. Este método hace acopio y selección de las fuentes, comprueba la identidad y el contenido íntimo de los datos que éstas suministran, y lleva todo el material analizado y depurado a una síntesis en la que ha de destacar la propia y subjetiva sensibilidad histórico-jurídica del investigador.

El *método crítico* constituye una preciosa conquista de la ciencia romanística. Pero el método del análisis no debe estar desasistido del método del sentimiento. El rebuscamiento de datos no conduce a metas seguras cuando el investigador está privado del sentimiento de la historia del Derecho, que es todo uno con el sentido de la Humanidad. La sensibilidad histórico-jurídica es algo que hace falta en primer término.

La dirección crítica trabaja con buen cúmulo de medios técnicos, desmenuzando, aquilatando y apurando el contenido de los textos, para descubrir y deslindar lo que hay en ellos de clásico y lo que hay de justiniano, ampliando notoriamente —y no sin consecuencias de algunos extravíos o exageraciones— el campo de la investigación, laborando con el subsidio de la ciencia histórica, la literatura, la epigrafía, la papirología, etc. Digna de mérito es, a este respecto, la labor realizada por Lenel, Zachariae von Lingenthal, Eisele, Gradenwitz, Krüger, Mitteis, Alibrandi, Ferrini y Albertario, por solo citar algunos entre los más representativos.

A mediados del siglo xx cedió la tendencia que, por un corto período de años —1900-1933—, y referida solo a algunos romanistas, relegó el *Corpus iuris* a segundo término, para exaltar las fuentes papirológicas y los Derechos orientales.

Solventada la cuestión anterior, la ciencia romanística se ha venido enfrentando con una serie de importantes problemas, entre los cuales destacan el relativo a las alteraciones posclásicas y el que concierne a la utilidad de los estudios de Derecho romano en el momento presente. De un Derecho romano, claro está, traído a luz mediante un buen método de investigación y explicado con certera didáctica.

Del primer problema ya hemos tratado (§ 17 II). Por lo que toca al segundo, solo diremos aquí que todo aquel que posea una sinopsis clara de la realidad histórica actual, en lo que abriga de hondo y entrañable, y no únicamente en lo que tiene de aparential y engañoso, podrá percatarse de que a la mano de su inteligencia *cordial* se ofrece en toda hora un «trozo» considerable del Derecho romano. Es el mejor y el más castizo: el de los *principia* inderogados por la historia.

En todo caso, el objeto de la ciencia romanística no radica simplemente en la reconstrucción y lectura de los textos, sino en el conocimiento de la sistemática espiritual, que muchas veces queda tapada por el propio aparato externo.

Buena y necesaria es esa tarea paciente de reconstrucción de los textos, por la que cada letra retorna a su sitio, pero una auténtica palíngenesia es la que hace que las cosas bullan y se agiten de nuevo. No basta leer, con rigor y fijeza formal, tal o cual pasaje de éste o del otro jurista romano, pues también hay que traducir tonos y matices.<sup>13</sup>

Grande es la utilidad que reporta el estudio del Derecho romano, cuando se remonta desde el simple conocimiento de las «formas» hasta aquel otro superior de las «esencias activantes». La educación histórica ganada con esta suerte de estudio es altamente útil para el trato con el Derecho moderno.

Por lo demás, en orden a tal estudio, en cuanto servido por una sutil y arriscada búsqueda —*indagatio*—, se pronuncian direcciones o tendencias de razón distinta: iusnaturalistas, sociológicas, materialistas, dogmáticas, historiográficas, histórico-científicas. Dentro de éstas, y quiérase o no, la cuestión del método tiene por eje y centro el concepto mismo de la historia del Derecho. A este respecto, cabe señalar que afirmaciones tajantes, junto a dudas e incertidumbres, discurren por los escritos que van desde los tiempos de Hugo y Savigny hasta las contemporáneas direcciones historicistas. Separados, unas veces, los «campos afines», otras se les congrega en definitiva y superior unidad. Sin poder abundar ahora, en este lugar, sobre lo que queda dicho, significamos todavía que por lo último nos inclinamos nosotros.

En cualquier caso, es lógico, es natural que los cultivadores de la ciencia romanística, al igual que los de otras ciencias, hayan prestado gran atención al tema del método, tanto en lo que toca a las serias y firmes bases del planteamiento y de la definición larga y general, como en lo relativo a las concretas y oportunas aplicaciones.

Muchos han sido los logros en ese tratar de ver, de entrever, cuando menos, las vías o caminos que conducen a los soñados descubrimientos, pero aún quedan sin respuesta numerosas y graves cuestiones, y por dificultades que atañen a la materia que es objeto de indagación, en cuanto hervidero de carestías y contradicciones, y por culpa, a veces, del propio investigador. Ocurre lo último cuando cualquiera de nosotros, para decirlo con palabra zubiriana, no llega a ser «hombre rector de su investigación», al ignorar que «sus saberes y sus métodos constituyen una *técnica*, pero no una vida intelectual». Amén de que, recordando a Renán, cabe preguntarse si no es cierto que más de un investigador se deja engañar por su método —*s'il est dupe de sa méthode*—, cerrando puertas al destierro de cualquier error que éste pueda albergar.

De todas maneras, debe advertirse que esforzada carrera es la del método,

y solo fructuosa si acierta a tener buen discurso por los varios senderos que conducen a la avenida principal.

Por lo pronto, no es un buen método el que solo lleva a tener trato con lo que es simple cascara o envoltura del acaecer histórico en cualquiera de sus manifestaciones concretas.

El buen saber histórico no es otro que el que lleva a poner de relieve el «sentido» de lo que vibra o aletea en lo enrañado de cada norma, figura o institución sobre la que ponemos la mirada.

Cabalmente, la re-construcción de lo historiado tiene que calar en la interioridad de los 'datos', incapaces de expresar, por sí solos, lo que es motivación oculta o profunda de ellos mismos.

Importa sobremano preguntarse, mediante cuidadas y sutiles demandas, por lo que los *facta*, los hechos, mejor o peor espejados en el documental concreto, significaron para sus autores, y siempre tenidos éstos por hombres de su tiempo. De su tiempo, de su «edad histórica», con su varia suerte de condicionamientos, con ese hacer de cada hombre su hijo y siervo.

En punto a la historia —y el romanista ha de ser, a la par, y en hermanada comunión, historiador y jurista—, solo es buen método el que va más allá de la mera interrogación, y esto es, el que tiene por suprema divisa la de «pedir respuesta» a cada problema, la de forzar a que cada hecho nos diga su porqué.

Antes, cuando la técnica era pobre o deficiente, el romanista ponía la mirada en aquellos *principia*, en aquellas ideas fundamentales —nutricias— que hablaban a los juristas romanos del fin del Derecho, definido éste como *ars boni et aequi*. A la visión «telescópica» ha sucedido la visión «microscópica», y hoy, a los que no se dedican al cultivo especializado del Derecho romano, nuestra literatura les resulta un tanto cabalística o enigmática.

Por otra parte, la sola atención prestada a los textos jurídicos —legales o jurisprudenciales—, así como ese nuestro meter éstos en cuadros o casillas elaboradas de acuerdo con las órdenes y los tonos de la dogmática actual, impiden una visión completa y certera de todo ese mundo —vívico de ideas y creencias inasibles— del que únicamente solemos juzgar a través de lo aparential o extemo. Porque lo que está en la superficie, es decir, la norma, la regla, el precepto, tiene que ver, y mucho, con lo exigido, en vía no jurídica o legal, por una serie de «complementos» compendiados en la palabra *officium*.

Una vez más, reclamamos la necesidad de habérmolas con el «espíritu». Con el del Derecho romano, claro está.

Hemos dicho el «espíritu», que un día definimos como la sobrealma de eso que llamamos *mœurs*, que es decir, pensamientos, sentimientos, querer, ímpetus y afanes en marcha de tradición por los vericuetos de la historia.<sup>114</sup>

Cerramos estas observaciones o apreciaciones, señalando la esperanza de que la muy merecida atención prestada por los romanistas del momento presente al estudio de tema tan capital como lo es el de la *iurisprudentia* —emparejado con ese otro del juego de comunicación que media entre ella, la sociedad y la cultura romanas—, ilumine mayormente el camino que nos conduzca, con los menos tropiezos posibles, a señorear el espaciado campo de nuestros estudios.<sup>115</sup>



## CAPÍTULO IV

# IDEAS ROMANAS DEL DERECHO

**I.** *Aptitud primordial del hombre romano es la de saber a qué atenerse en cada hora, en cada instante. La capacidad razonadora, volcada sobre lo real, sobre lo natural y circunstante, ayuda a tal saber sin el recurso de técnicas intelectivas ajenas a lo que se ofrece a flor de tierra.*

*El romano mete a presión su juicio para captar la esencia de lo vital, con todas sus variantes y alternativas. Su juicio, basado en obrar con prudencia —iudicium adhibere—, y no ya el prejuicio, el pronóstico alimentado por ideaciones más o menos atrevidas o aventuradas.*

*El romano no especula, no mira desde atalaya. Su razonar se produce aquí abajo. Actúa a ras de suelo, tratando de arrancar a la natura su ser vivo y bullente. Todo menos forzar a la realidad para que hable un lenguaje que no es el suyo. Todo menos someterla a los caprichosos y cambiantes juegos de la imaginación.*

*Un romano antepone lo que siente a lo que opina, lo que es predicado de su sensibilidad.*

*Nada importa tanto como el ser —ontos— de las cosas.*

**II.** *La historia —continua— del ius habla de una batalla por el logro del aequum junto al bonum. Pues ius es eso: «ars boni et aequi», arte de lo bueno y de lo justo.*

*La aequitas, impregnada de sentido moral-social, domina el entero territorio —no rigurosamente acotado— del ius.*

*Lo humano humanizado, civilizado, cultivado —cultus, de colo, en contraposición a victus, de vivo, a vida material—, triunfa por obra de unas virtudes o valores que actúan sobre el ius desde su propia entraña o desde fuera, como clima ambiente impregnado de moralidad. O lo que es lo mismo, dentro del ordo o fuera de él, extra ordinem.*

*El Derecho, según lo entienden los romanos, tiene su basamento en unos principia. Tales principios, enraizados, a su vez, en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra*

*varia suerte, no se vierten del todo, con precisiones contables o mensurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad y la validez misma del Derecho.*

*En vía de síntesis, y aun a riesgo de repetir cosas ya dichas, como rasgos del Derecho romano pueden señalarse los siguientes:*

- a) *La conexión con la realidad viva de las cosas, esto es, la naturalidad.*
- b) *El sabio concierto entre tradición y progreso.*
- c) *La concreción, lo contrario a la abstracción, el prestar atención debida a cada caso real, y no ya imaginado.*
- d) *La simplicidad, reflejada en la economía de las instituciones, esto es, en la no proliferación de figuras dentro de cada campo del Derecho privado. Una figura puede servir a varios fines, como ocurre, por ejemplo, con la sponsio (§§ 92 y 102).*

*La nueva figura, la que es posterior a otra ya establecida en específico ámbito, puede encontrar apoyatura en ésta, valiéndose del recurso que brinda la analogía. Por este camino se amplían sucesivamente los derechos reales y los derechos de obligación (§ 55).*

*Se procura, en todo caso, que cada figura tenga claros y definidos linderos, evitando las mezcolanzas o las interferencias.*

- e) *El abundamiento jurídico frente a la escasez legislativa. Las leyes dictadas en materia de Derecho privado son harto escasas. Salvo en casos excepcionales, la lex (publica) no se entromete en la órbita del ius.*
- f) *La posición alzaprimada del derecho de familia respecto de los restantes órdenes. El paterfamilias se erige como el gran protagonista del Derecho privado.*
- g) *La potenciación de los hoy llamados «derechos subjetivos», trocados en verdaderos «poderes», como se pone de manifiesto en el dominium, en la obligatio, en la patria potestas, en la más antigua herencia.*

*Cada sujeto, cada titular puede hacer mucho, pero de él se espera tanto la prudente autolimitación cuanto el obrar diligente.*

*No sometido a muchas y graves cortapisas, el hombre romano explica mayormente sus iniciativas personales, timbradas por la religión de la diligencia, por la religión del buen hacer.*

- h) *La consagración de la libertas, la del hombre singular y la de la república —libera res publica—. Tanto se quiere que el individuo*

logre un vivir libre, aunque no desenfrenado, como que la cosa pública no se vea atenazada por el poder despótico.

- i) *La persecución del bonum et aequum a lo largo de toda la andadura, y por quehacer comunal y por habilidosa actuación de los juristas y de los pretores. Y siempre sin olvido del ya dicho espoleo ejercido por fuerzas extrajurídicas o metajurídicas, que actúan de vario modo sobre lo reglado o estatuido.*
- j) *El casticismo. Lo nacional, lo castizamente romano, resulta patente en el total ordenamiento jurídico, imprimiendo su sello, denunciador de mejoras, a las instituciones foráneas recibidas.*

### § 19. «IUS»

Nuestra palabra «Derecho» se corresponde con la latina *ius*, cuyo origen y significado etimológico no están bien precisados.<sup>1</sup> *Ius* es empleado por los romanos para designar tanto el Derecho objetivo —*ius civile, ius gentium, ius Romanum* o *ius Romanorum*—, como el Derecho subjetivo —*ius utendi, ius fruendi, ius vendendi, ius distrahendi*.

El *ius* en sentido objetivo es definido por Celso (hijo), que vive bajo Adriano, como *ars boni et aequi* (arte de lo bueno y de lo justo).

El *ius civile* antiguo es un cuerpo de normas que parece surgido con la propia estirpe, y con esa fuerza de razón que está en la propia *natura rerum*, en la razón misma de las cosas. Pero esa razón —natural, sencilla y geométrica en su origen— queda prisionera de la rigidez formal característica de las primigenias normas consuetudinarias. El rigor y la quietud formales favorecerán el surgimiento de *iniquitates*, de situaciones que no reciben adecuada respuesta en un *ius civile* rígido y fosilizado.

La acomodación del *ius* a las nuevas exigencias será llevada a cabo bajo criterios de equidad —*aequitas* (§ 21)— por obra del pretor y los emperadores, bajo la prudente guía de los juristas.

La definición de Celso responde a un momento histórico en que ha sido superado el viejo formalismo, descubriéndose la esencia íntima del *ius* en lo que la conciencia social, que obra con toda suerte de datos —económicos, políticos, psicológicos, éticos— tiene por bueno y justo —*bonum et aequum*— y reclama como necesario.

Los significados del sustantivo *ius* pueden reducirse a cuatro categorías o grupos, que son los siguientes:

1. *Ius* significa, aproximadamente, «principio objetivo y supremo de determinación del modo de ser o de funcionar de una comunidad social, sea en su conjunto, sea en sus singulares elementos». En suma, los casos en que *ius*, más o menos claramente, encubre la noción de ordenamiento jurídico, y con sentido absoluto:

D. 1, 1, 1 pr., ULPIANO: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* (Conviene que el que ha de dedicarse al estudio del Derecho, conozca primeramente de dónde deriva la palabra «ius» (Derecho). Se llama así de «iustitia» (justicia), ya que, como elegantemente lo define Celso, es el arte de lo bueno y de lo justo.)

O con significación limitada a singulares hipótesis:

GAYO, 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* (El Derecho del pueblo romano está constituido por las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de los magistrados que tienen el poder de emanarlos y las respuestas de los juristas.)

2. *Ius* significa, aproximadamente, «situación, poder, facultad de un individuo o de un ente»:

GAYO, 1, 48: *Sequitur de iure personarum (i.e.: «de iure quod ad personas pertinet») alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae.* (En el derecho de las personas se da otra división. Pues unas personas son independientes y otras están sujetas a un poder ajeno.)

D. 50, 1, 54: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.* (Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él tuviere.)

3. *Ius* contribuye a significar, en ciertas frases o expresiones, «la determinación concreta de un acontecimiento por parte de quien tenga el poder de hacerla»:

XII Tablas, 6, 1: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (como la lengua haya pronunciado, así sea el derecho).

Así también en las expresiones «*ius dicere, reddere, statuere*», referidas al *praetor* y demás magistrados jurisdicentes.

4. *Ius* significa lugar en que el magistrado *ius dicit*:

D. 1, 1, 11, PAULO: *...alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit* (... en otra significación se llama derecho al lugar en que éste se administra, aplicando la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace).

D. 11, 1, 4, 1, ULPIANO: *Quod ait praetor: «qui in iure interrogatus responderit» sic accipiendum est apud magistratus populi Romani vel praesides provinciarum vel ad alios iudices: ius enim cum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat...* (Lo que dice el pretor: «el que hubiere respondido, interrogado en derecho», debe entenderse así, ante los magistrados del pueblo romano o los gobernadores de las provincias u otros jueces, porque derecho (*ius*) es aquel solo lugar en que uno de ellos se constituye para definir el derecho o para juzgar...)

## § 20. «IUS» Y «FAS»<sup>3</sup>

El nexa cordial entre Derecho y religión se pone de manifiesto en todas las normas primitivas. No se da allí una antítesis o contraposición entre el *ius* y el *fas*, entre la *lex humana* y la *lex divina*.

Licitud o ilicitud de un acto o de un comportamiento: he aquí lo que el antiguo trataba de diferenciar con alma religiosa. Tal diferencia, luego de comprobada, se vertería en esas fórmulas que han llegado a nosotros: *fas est —ius est, fas non est (nefas)— ius non est*.

No se sabe —y lo que vamos a decir es simple hipótesis— si en los tiempos más remotos *fas* —de *fari*, hablar— significa la licitud que asiste al pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales, y si *ius* alude a la licitud de un *facere*. Sea como fuere, las fuentes más antiguas de que disponemos testimonian el uso indiferenciado de *fas* y *ius* para indicar la licitud de lo que se dice y de lo que se hace.

En un primer momento, *fas* y *ius* expresan la licitud de un determinado acto o comportamiento, es decir, su conformidad con la voluntad de los dioses. De concebir la licitud en concreto, se pasa luego a considerarla en abstracto, y uno y otro término designan entonces «lo lícito», «lo que es lícito». Tras un último proceso de abstracción, vienen a significar la norma misma que prescribe la licitud o ilicitud de los actos humanos. Los pontífices —primeros juristas de Roma— comienzan ahora a distinguir entre un *ius divinum* y un *ius humanum*, entre normas que, naciendo todas de la voluntad divina, tienen por objeto relaciones distintas: el *ius divinum* atañe a las relaciones entre el hombre y los dioses; el *ius humanum*, a las relaciones de los hombres entre sí. La sucesiva afirmación del poder político llevará a sentar una noción de *ius* como Derecho que crean los hombres y se pone bajo el amparo de órganos magistratuales.

En los últimos siglos de la República se zanja definitivamente el proceso de secularización del *ius*. A partir de entonces, *fas* significa «lo lícito religioso», y así equivale al *ius divinum*, a la norma que es divina tanto por su origen como por el objeto sobre que recae.<sup>4</sup>

## § 21. «AEQUITAS»<sup>5</sup>

*Aequitas* y *aequus* 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 *ius* ha de plegarse a las singulares contingencias de cada hecho, de cada negocio o de cada relación, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social. En otro caso, el *ius* conduce a la iniquidad: *summum ius, summa iniuria*.

Hay cuestiones que la ley deja sin contestar, sea por su defectuosa expresión, sea por la propia limitación a que debe sujetarse el texto, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos la ha agotado y envejecido. Si tal ocurre, interviene la *aequitas*, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre Derecho y vida.

La acomodación del *ius* a las nuevas exigencias fue llevada a cabo por el Pretor y los emperadores, bajo la guía prudente de los juristas. Cuando se dice que una determinada cláusula del Edicto pretorio *habet in se aequita-*

*tem*,<sup>6</sup> se contrapone la *aequitas* del magistrado a la *iniquitas* de un *ius civile* rígido y fosilizado.

La *aequitas* triunfa en el *ius gentium*, abriendo camino al Derecho universal. La *aequitas naturalis*, en su precisa referencia a las normas positivamente dictadas —y no ya a ese ideal abstracto de los justinianeos que no se acomoda al de las normas vigentes— saca de la ley vieja la ley nueva, la que es reclamada como necesaria en el momento presente.<sup>7</sup>

El Derecho justiniano, influido por el concepto aristotélico de la *πικεια* y de la equidad cristiana, asigna a la *aequitas* el significado que albergan los términos *humanitas*,<sup>8</sup> *pietas*, *benignitas*, *charitas*, *benevolentia*.

La *aequitas* clásica trae a concierto Derecho y justicia. Sustancia del Derecho es la *aequitas*, si por *aequitas* se entiende la justa adhesión de la norma positiva a la mudable vida social que regula. La *aequitas* justiniana es esa alta justicia, de pura raíz ética, en cuyo nombre se ha de actuar con amor.

## § 22. «IUSTITIA»

El Derecho, tal como lo entienden los romanos, no es ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino justicia, y la justicia se cierne sobre la realidad viva del suceso humano.

Ulpiano define la *iustitia* como «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho»: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.<sup>9</sup> La justicia de que aquí se habla no es la justicia pura, la más alta justicia —virtud íntegra e incommovible que abraza en sí a todas las virtudes—, sino esa justicia terrena —*in uso cotidiano*— que, estableciendo una cierta igualdad entre los hombres, tiende a la consecución del bien común. La justicia se concreta en ordenar las acciones exteriores de conformidad con los mandatos del Derecho positivo.

Lo que falta en la definición romana es una determinación de la regla que sirva para descubrir «el derecho de cada cual» en los distintos momentos y en las diferentes situaciones, en las contingencias de hecho a que está sometida la vida social. Sin embargo, no carece el jurista del criterio preciso para distinguir lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito: *Iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum, ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes*.<sup>10</sup> (En efecto, cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito.)

## § 23. «IURISPRUDENTIA»<sup>11</sup>

Ulpiano define la *iurisprudentia* o ciencia del Derecho en los siguientes términos: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*,

*iusti atque iniusti scientia*.<sup>12</sup> (La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.)

Actuar «el fin del Derecho»: he aquí la tarea con que se enfrenta el jurista romano. Y si el Derecho se refiere a la vida, a este mundo de nuestras luchas, afanes y obras, la ciencia jurídica ha de ser, ante todo y sobre todo, un quehacer vital, un ocuparse de lo necesario. Tal actuación del jurista ha de ir dirigida a descubrir el brote espontáneo de las reglas o normas que están en la naturaleza misma de las cosas.

Filosofía, religión, retórica, medicina, historia, filología... Por todos estos campos ha de espigar el jurista, porque solo así logrará adentrarse en la anchurosa realidad de la vida. En cualquier caso, el conocimiento de las cosas divinas y humanas no es de orden especulativo, sino práctico: la *prudentia* no es la *sapientia*, la σοφία, el conocimiento en sí y por sí, sino la φρονησις, que consiste en la *rerum expetendarum fugiendarum scientia*,<sup>13</sup> es decir, en el arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras.<sup>14</sup>

Puesta siempre la mirada en lo que es bueno y justo —*bonum et aequum*—, el *iuris prudens* ha de encontrar solución a problemas vitales.

El jurista romano no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y de las necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas.<sup>15</sup>

El jurista romano es un intérprete de lo humano eterno, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es sustancia de la historia. Gracias a esta *interpretatio* —tan extraña al idolatrismo de la técnica jurídica moderna hacia lo estatuido—, fue posible llevar el Derecho romano al *culmen* de un raro y maravilloso perfeccionamiento.

## § 24. «TRIA IURIS PRAECEPTA»

Según el mismo Ulpiano, tres son los preceptos jurídicos fundamentales: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*<sup>16</sup> (vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo). Por más que se piense en la formación tardía —bizantina— de tales preceptos, no cabe negar que guardan relación con el Derecho, pues el Derecho se entronca en la virtud moral, aunque no agote su materia. Los tres preceptos atañen a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal sobre el obrar, pero adquieren máxima significación referidos al Derecho, cuya esencia radica en el imperativo que pone a la voluntad. La esfera de lo *honestum* es más amplia que la de «lo lícito», mas de aquí no se deduce que lo *honestum* no sea un postulado de la justicia. *Honestus* se relaciona con *virtus* —de *vir* y con *honor*, como expresión o reconocimiento de aquélla. *Vir honestus* es tanto como *vir bonus*, es decir, hombre cuyos actos son conformes con el «honor civil», con la plena reputación de que goza ante la ley, y la ley no a

otra cosa se ordena que al bien de la comunidad.<sup>17</sup> Los otros dos preceptos se entienden en el sentido de que no se debe lesionar situaciones jurídicas, y en el de que es preciso dar a cada uno lo suyo, de conformidad con el Derecho.

## § 25. «IUS PUBLICUM» Y «IUS PRIVATUM»<sup>18</sup>

*Publicus* es término expresivo de lo que pertenece al *populus*,<sup>19</sup> a la comunidad ciudadana, a la *civitas* o Estado; *privatus*, de lo que pertenece al *privus*, es decir, al particular.<sup>20</sup> Así, se habla de *res publicae* y de *res privatae*, de *utilitas publica* y de *utilitas privata*.

La expresión *ius publicum* tiene dos significados:

- 1.º *Ius publicum* es el Derecho emanado de los órganos estatales. Está integrado por las normas que derivan de las XII Tablas<sup>21</sup> o de otras *leges publicae*, como la *lex Falcidia* y la *lex Papiria*,<sup>22</sup> de los *senatusconsulta*<sup>23</sup> y, en la época imperial, de las *constitutiones*, aun refiriéndose a materias que hoy consideramos de Derecho privado.<sup>24</sup> No pertenecen al *ius publicum* las normas fijadas por la jurisprudencia.<sup>25</sup> Esta acepción, la más antigua —y bien avalada por el testimonio de fuentes republicanas—, volvemos a encontrarla entre los juristas clásicos.
- 2.º *Ius publicum* es el Derecho referente a la estructura, a la actividad, organización y funcionamiento del *status rei Romanae*. Así se encuentra en Ulpiano: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*<sup>26</sup> (Derecho público es el que atañe al gobierno de la república). Es el mismo significado que hallamos en Cicerón, cuando dice que son *publica iura* aquellos *quae sunt propria civitatis atque imperii*<sup>27</sup> (los que son propios de la ciudad y del imperio).

En los orígenes, se contraponen la *lex*, norma emanada de la *civitas*, y el *ius (civile)*, emanado de los órganos infraestatales. La *civitas* y los grupos familiares tienen ordenamientos diferentes. La diferencia, sin embargo, es solo de extensión, y no de esencia. No de esencia, porque las relaciones intrafamiliares coinciden con las internas de un Estado, y las interfamiliares con las interestatales. En esta primera hora, la *lex* no se inmiscuye en la órbita del *ius*.

Con el desarrollo de las nuevas fuentes, se pasa de la contraposición entre *ius (civile)* y *lex* a la contraposición entre *ius (civile)* y *ius publicum*. *Ius publicum* —expresión que entra en uso hacia fines de la República— es el Derecho emanado de los órganos de la *civitas*, en cuanto expresan la voluntad del *populus*. Tal Derecho se diferencia —y no ya por su contenido, sino por la diversidad de fuente de que dimana— del vasto complejo de principios conservados, elaborados y revelados por la jurisprudencia, es decir, de aquel *ius civile* que *in sola prudentium interpretatione consistit*.<sup>28</sup>



Sentado este concepto de *ius publicum*, se comprende que, tras la aparición y consolidación del Principado, fuesen también comprendidas en él las normas establecidas por las *constitutiones* de los emperadores.<sup>29</sup>

En el primer fragmento del Digesto nos dice Ulpiano que el Derecho puede considerarse bajo dos aspectos: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum, publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim, publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*<sup>30</sup> (Dos son los aspectos de este estudio: el público y el privado. Derecho público es el que atañe al gobierno de la república; privado, el que vela por los intereses de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado. El derecho público consiste en el ordenamiento referente a la religión, al sacerdocio y a las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues está recogido en preceptos naturales, de derecho de gentes y civiles.)

El lenguaje de Ulpiano corresponde a un momento en que ya no tiene significado práctico una distinción desde el punto de vista de las fuentes. Toda norma tiene ahora su entronque en el Estado. Ulpiano contempla las normas desde la visual abstracta de su objetivo, considerando de *ius publicum* las que se refieren *ad statum rei Romanae*, y de *ius privatum* las que atañen *ad singulorum utilitatem*.

El texto de Ulpiano no escinde el Derecho en dos campos antitéticos u opuestos. Señala simplemente dos *positiones* de su estudio. Existe, de una parte, la comunidad; de otra, el individuo. La norma jurídica considera, en primer término, a la comunidad, como ser colectivo, como sujeto primario del ordenamiento; considera también al individuo, atribuyéndole una órbita de poder merced a la cual le sea dable, en determinados casos y dentro de fijados límites, desenvolver propios afanes y satisfacer particulares exigencias. Mas no se piense que los derechos privados interesan exclusivamente al individuo. La norma positiva no mira nunca al individuo en una actividad vital independiente, sino en una actividad encaminada a la consecución del bien común. Individualidad y comunidad se unimisman en cada norma, si bien una y otra puedan presentarse en planos de mayor o menor prevalencia.

Frecuentemente se afirma en las fuentes que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>31</sup> (el derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares), y de tal afirmación se ha querido deducir un concepto de *ius publicum* que corresponde a nuestras *normas de orden público*. Sin embargo, semejante principio no permite establecer, desde el punto de vista del contenido sustancial, una distinción y clasificación general del Derecho. El *ius (civile)* —en su originaria contraposición al ordenamiento ciudadano— tampoco puede ser derogado. Ciertamente, los particulares han de operar a través de sus esquemas.<sup>32</sup>

## § 26. «IUS SCRIPTUM» Y «IUS NON SCRIPTUM»

En las Instituciones de Justiniano se dice: «Nuestro Derecho es escrito o no escrito, como entre los griegos sus leyes eran unas escritas y otras no escritas. Pertenecen al derecho escrito, la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las constituciones imperiales y las respuestas de los jurisconsultos.»<sup>33</sup> «Derecho no escrito es el que confirmó el uso. Pues las costumbres de larga duración y refrendadas por el consentimiento unánime de los que las usan, son semejas a la ley.»<sup>34</sup>

Tal distinción, inspirada en la que hacen los griegos entre leyes escritas —νόμοι ἔγραφοι— y no escritas —νόμοι ἔγγαφοι—, no responde a la concepción propia de la época clásica. No conoce ésta, en efecto, la antitesis entre *interpretatio* y *lex*, sino que, al contrario, comprende ambas entidades en la misma categoría del *ius civile*.<sup>35</sup> Además, el *ius ex non scripto* que se desenvuelve a través de la *interpretatio prudentium*, no se identifica con lo que nosotros llamamos «costumbre», y que es «la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica».<sup>36</sup> Cuando se habla de *mores* y de *instituta maiorum*, no debe pensarse en un Derecho que nace espontáneamente del *tacitus consensus populi*.<sup>37</sup> Para los romanos, los principios nuevos derivan de los antiguos, y son traídos a luz por los juristas, únicos capaces de revelar el Derecho.

La contraposición entre ley —*constitutio principis*— y costumbre es expresiva de la realidad que ofrece la nueva época. Justiniano encierra todo el Derecho en la ley, que emana de la voluntad del príncipe, y la costumbre es un correctivo de aquélla.

## § 27. «IUS COMMUNE» Y «IUS SINGULARE»<sup>38</sup>

Es «derecho común» el integrado por normas vigentes con carácter general, esto es, con referencia a una serie ilimitada de casos, prefijados genéricamente. Es «derecho singular» el que, por motivos morales, útiles o de bien público, excluye la aplicación de las reglas comunes a determinados hechos, constituyendo excepciones a la norma general.

Como ejemplos de normas en las que juegan los principios de uno y otro derecho, podemos recoger los siguientes: a) Según regla general, es admitida la validez de las donaciones, mientras se prohíben las verificadas entre marido y mujer —*inter virum et uxorem* (D. 24, 1, 1 y 3). b) A tenor de la norma común, el testamento exige, en orden a su validez, la observancia de ciertas formas, ya sean relativas a la oralidad, a la escritura, o la presencia de testigos; se permite, sin embargo, que los militares puedan testar de cualquier manera, bastando la sola manifestación de voluntad (D. 29, 1, 1, 24). c) La intercesión, esto es, la posi-

bilidad de que una persona salga fiadora por otra, se admite con carácter general, al tiempo que se prohíbe la garantía de las mujeres en favor de extraños (Senadoconsulto Veleyano. Cfr. D. 16, 1, 2, 1).

Paulo define el *ius singulare* del siguiente modo: *ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constitutum introductum est*<sup>39</sup> (es derecho singular el que, contra el tenor de la razón «del derecho», ha sido introducido por la autoridad de quienes lo constituyen a causa de alguna utilidad). Esta definición no debe entenderse en el sentido de que solo las normas singulares obedecen a alguna utilidad, ya que una *utilitas* hay en toda clase de normas. El *ius singulare* no niega la *ratio* del *ius commune*, sino que reconoce, bajo ciertos aspectos, una *ratio* diversa, una *ratio* específica, aplicable a particulares relaciones o a categorías especiales de personas o cosas.

La norma del *ius singulare* se da para atender a una *utilitas* concreta, y su esfera de acción no debe sobrepasar los linderos de la misma. Esto no significa que el derecho singular no sea susceptible de extensión analógica, y mucho menos cuando la jurisprudencia lo hace objeto de una *interpretatio* que acabará por convertirlo en derecho común; lo que quiere decirse es que el derecho singular no debe ser llevado a consecuencias que acarreen una alteración del sistema jurídico ordinario: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*<sup>40</sup> (lo que ha sido admitido contra la razón del derecho no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias).

Las fuentes hablan de *beneficia*, esto es, de ventajas concedidas a persona o personas determinadas. Ahora bien, ni los «beneficios» suelen ser designados por los romanos como constitutivos de *ius singulare*, ni implican necesariamente una excepción a norma de alcance más general.<sup>41</sup> Dentro del Derecho justinianeo, se acostumbra dar el nombre de *beneficium* a las ventajas de que pueden aprovecharse, siempre que lo pidan expresamente, todos aquellos que se encuentren en una determinada situación. Así, p. ej., ciertos deudores solo pueden ser condenados en los límites de sus posibilidades económicas —*beneficium competentiae*—, y el heredero que hace inventario de los bienes del difunto, responde únicamente de las deudas que no excedan del caudal inventariado —*beneficium inventarii*. De otros «beneficios» —*beneficium separationis*, *beneficium abstinendi*, *beneficium excussionis*, *beneficium divisionis*, *beneficium cedendarum actionum*— hablaremos en el curso de la obra.

En relación con el *ius singulare* se muestra el *privilegium*. En los tiempos antiguos, el «privilegio» era algo perjudicial, es decir, introducido *in odium* de una determinada persona.<sup>42</sup> Cicerón lo define todavía como «ley contra un individuo».<sup>43</sup> Sin embargo, en época avanzada significa una excepción de la común regla —*exceptio regulae iuris communis*— y se interpreta en sentido favorable. En muchos casos resultó difícil diferenciar el terreno

justo del *privilegium* y del *ius singulare*, hasta el punto de que los términos y los significados se confunden con frecuencia.<sup>44</sup> Así, por ejemplo, se habla de *privilegium* a propósito del *testamentum militis*,<sup>45</sup> que está acogido a los principios del *ius singulare* (§ 158).

## § 28. «IUS CIVILE», «IUS GENTIUM», «IUS NATURALE»<sup>46</sup>

*Ius civile* es el derecho propio —privativo— de los *cives*. Afirmado como está en el mundo antiguo el principio de la personalidad de las leyes, y no el de la territorialidad, los extranjeros —*peregrini*— se mueven, en sus relaciones privadas, fuera de la órbita del *ius civile Romanorum*.

Tal situación, sin embargo, no puede ser definitiva. Las nuevas necesidades comerciales y el desarrollo de la vida social y civil, en un momento en que Roma es cabeza de los pueblos mediterráneos, abren puertas a un Derecho romano universal: el *ius gentium*.

El *ius gentium* es derecho positivo romano, pero no exclusivista o personalista, sino llamado a regir entre romanos y entre romanos y extranjeros. Fruto, de una parte, del remozamiento y vigorización del *ius civile*, representa, de otra, la acogida de algunos principios jurídicos extraños, que son injertados en el viejo tronco con sutileza de visión romana.<sup>47</sup>

El *ius gentium* es *ius civile*, un *ius civile* abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional, limado y atemperado a nuevos modos, en los que triunfa el principio de la libre forma contractual, frente a la angostura y rigidez de los viejos moldes. Su nervio está constituido por negocios que, surgidos en la actuación del comercio internacional, dan lugar a *bonae fidei iudicia*.<sup>48</sup>

En Roma no fue necesario un Derecho mercantil especial, pues bastó con adaptar el viejo Derecho civil a las nuevas exigencias. Algo parecido ocurre en el Derecho anglosajón, donde se otorgó al juez una misión más alta que la de aplicar lisa y llanamente las normas fundamentales del sistema jurídico. El Derecho mercantil y el Derecho laboral modernos no representan la acomodación de los Códigos a las nuevas concepciones económicas y sociales, sino algo que irrumpe avasalladoramente frente a la vieja estructura privatista de aquéllos.

A la primaria experiencia histórica que es el *ius gentium*—atento a una larga y nueva casuística—, se sobrepone luego la creencia romana en el valor, en la razón y medida univeral de este Derecho. A tal «creencia» se sobrepone, en último término, la «idea» que tienen juristas y filósofos sobre el *ius gentium*.

Según la famosa definición de Gayo, es *ius gentium* «el que la razón natural establece entre todos los hombres»: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*.<sup>49</sup> Pero la «naturalidad» de las normas e institucio-

nes del *ius gentium* no es algo alejado de la realidad objetiva de las cosas, sino algo consustancial a ellas. Para los romanos, *natura* es la realidad, que es concreción y no abstracción. Solo en la época posclásica, la *naturalis ratio* es concebida como lógica natural de orden trascendente.

En la época justiniana, una precisa visión teológica sitúa el reino ideal de los valores puros, no sujeto a mudanza o variación, sobre el reino natural del ser. El *ius naturale*, que no se identifica ya con el *ius gentium*, es un Derecho de origen divino: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.*<sup>50</sup> La misma concepción se encuentra en aquel otro texto del Digesto que lo define como lo que *semper aequum ac bonum est.*<sup>51</sup>

No corresponde al exacto pensamiento justiniano la definición del *ius naturale* contenida en D. 1, 1, 1, 3, Ulpiano: *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam stius iuris peritia censerí* (es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es exclusivo del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, y también a las aves. De ahí proviene la unión del macho y la hembra, que nosotros llamamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos, de ahí su educación. Pues vemos que también los animales, incluso las fieras, parecen tener conocimiento de este derecho). Este texto no conserva la definición fiel de Ulpiano, ni es expresivo tampoco de la concepción justiniana —concepción cristiana de un Derecho dado por Dios a los hombres, y no a la vez y bajo igual determinación a hombres y animales—. Lo más probable es que el texto fuese retocado en época anterior.<sup>52</sup>

## § 29. «IUS CIVILE» Y «IUS HONORARIUM»<sup>53</sup>

Para un romano, hablar de *ius* es hablar de *ius civile*. El *ius civile* es el único sistema u ordenamiento jurídico, «entregado»<sup>54</sup> de unos a otros por fuerza de grave y constante razón.

El jurista revela el *ius*, cuyas raíces hondas están en la propia realidad, en la entraña misma de las cosas. El jurista arranca al *ius* su sentido íntimo, y hace consciente lo que en los demás —en el pueblo— es inconsciente. Pero la capacidad del jurista tiene límites, y no solo propios y connaturales, sino también marcados desde fuera. Por lo pronto, ha de desenvolver el sistema sin salirse de una línea lógica.

El jurista puede deducir de una norma las consecuencias que *lógicamente* se deriven de ella, pero no otra cosa. Y no se olvide que un sentimiento

especial de los romanos —del que difícilmente solemos percatarnos los modernos— exige que «lo nuevo» descanse en lo viejo y conocido.

La *interpretatio* entra en crisis en el momento mismo en que el jurista no puede hacer «revoluciones», aunque éstas sean reclamadas *propter utilitatem publicam*. He aquí que «el desarrollo de la sociedad llega a un punto en que el Derecho no puede ser *interpretatio*, es decir, pura elaboración de los juristas, desenvolvimiento lógico de principios y preceptos tradicionales». Y entonces, si ningún arte o habilidad de jurista puede subvenir a la imperiosa necesidad de una regulación jurídica, lo único que procede es un acto de imposición. Ahora bien, un acto de imposición, una «orden» solo puede partir de persona que esté investida de *imperium*.<sup>55</sup>

El Pretor actúa el *ius* —y tal es su misión—, pero solo cuando lo considere conforme al *bonum et aequum*. En otro caso, una «orden» suya lo pone —indirectamente— fuera de actuación, esto es, lo priva de *vigencia*.

Si el jurista no ha de ir más allá del sistema, ni tampoco contra el sistema mismo, al Pretor no le es dado crear *ius*.<sup>56</sup> Mas el Pretor puede dar órdenes a los particulares, y de suerte que, dejando intacto al *ius*, lo hace *nudum ius*, es decir, lo deja «fuera de la vida».

La actividad pretoria pone en alto un nuevo y grandioso edificio jurídico, cuyos pilares son el *bonum et aequum*. Pero si la mano del Pretor ha llevado la paleta, el arquitecto ha sido el jurista. Por medio del Pretor, llega la jurisprudencia a donde no puede llegar ella misma.<sup>57</sup>

En lo formal, el *ius civile* queda ileso. El Derecho honorario solo vive y se impone en el terreno procesal, a través de las *actiones in factum*, las *actiones ficticiae*, las *exceptiones*, la *denegatio actionis* y la *in integrum restitutio*. Superadas las instituciones fundamentales del viejo Derecho civil, por obra de los procedimientos y medios que aplica el Pretor, se da justa contestación a las nuevas demandas de la vida social y comercial, al extraordinario desarrollo de la vida toda.

Cada uno de estos derechos —Derecho civil y Derecho honorario— rige en tanto en cuanto no rige el otro. El Derecho honorario rige en la medida en que determinadas instituciones civiles no tienen vida *in concreto*, convirtiéndose entonces en «supersticiones» o sobrevivencias históricas, es decir, en algo que está más allá de las realidades actuales. De todos modos, conviene advertir que el Derecho honorario no surge como entidad orgánica indiferente al *ius civile*. El Derecho honorario se apoya en el *ius civile*, y lo supone, aunque sea de modo tácito.<sup>58</sup>

Frecuentemente se habla de un *dualismo de sistemas*, de dos sistemas jurídicos distintos y opuestos. Hay un *duplex dominium*, es decir, la propiedad civil —*dominium ex iure Quiritium*— y la propiedad tutelada por el Pretor —el *in bonis esse* o *in bonis habere* (§ 57); junto a la herencia civil —*hereditas*—, crea el magistrado la herencia pretoria —*bonorum possessio* (§ 144); al lado de la *agnatio*, es reconocida la *cognatio* (§ 128). Y así podría alargarse la enumeración.

Cierto que los juristas romanos conocieron la diversidad de contenido, de esfera de aplicación, de espíritu, de modo de operar de las normas, pero nada permite afirmar que ellos diesen a la contraposición entre las reglas del *ius civile* y los varios casos de intervención pretoria, el valor o el alcance de una contraposición de ordenamientos o de sistemas.<sup>59</sup>





---

LIBRO PRIMERO  
PARTE GENERAL



## CAPÍTULO I

### EL SUJETO DE DERECHO

**I.** *En los modernos ordenamientos todo individuo, todo hombre singular, por el hecho de serlo, viene considerado como sujeto apto para tener derechos y obligaciones. No ocurre así en Roma, y por un estado de cosas que difiere notablemente de cuanto hoy acaece.*

*En Roma la plena capacidad jurídica no es reconocida, sin más, al individuo, sino al individuo cualificado, y, precisamente, por concurrir en él la triple condición de libre, ciudadano y no sujeto a potestad paterna —homo sui iuris.*

*Aparte de la renuncia a otorgar capacidad jurídica a quien no sea hombre, a quien no sea ser de carne, hueso y alma, esa triple condición pesa decisivamente en orden a la tenencia de derechos y obligaciones. Y todo porque a la visión realista —la del sujeto o titular dotado de corporeidad tangible— se suma un mundo de representaciones casado con la peculiar concepción de la familia romana. A tenor de tal concepción, el paterfamilias, el sujeto no alienado, independiente, es el gran protagonista del Derecho privado.*

*La condición de paterfamilias, de sujeto plenamente apto para ser titular de relaciones jurídicas, presupone las otras ya dichas, esto es, la de ser libre y ciudadano.*

**II.** *En Roma, como en todos los pueblos antiguos, se concibe que un hombre quede sujeto a otro como esclavo.*

*Semejante sujeción, llamada servitus, repugna a nuestra mentalidad moderna. Con todo, y sin que tratemos, ni mucho menos, de justificarla, conviene hacer las siguientes advertencias: primera, que la esclavitud, tal como es tratada por los romanos, supone un adelanto en la difícil y trabajosa tarea civilizadora, por cuanto sustituye a la ejecución del prisionero — y la cautividad de guerra es primera causa de caída en la esclavitud—; segunda, que tal status o condición no se corresponde con el de una clase única, cerrada, monolítica, pues hay esclavos puestos a nivel de hombres*

libres y ciudadanos, y al revés;<sup>1</sup> tercera, que los esclavos más sueñan con su liberación personal que con borrar el estado de esclavitud en cuanto tal.<sup>2</sup>

Ocupan distintos «peldaños» en la escala social los esclavos que realizan faenas agrícolas, los artesanos, los profesionales de las tareas cultural, científica o pedagógica, los «funcionarios» públicos, los dedicados a trabajos domésticos. Distinta es la situación de los esclavos de la familia rústica y los esclavos de la familia urbana, con la advertencia de que estos últimos, favorecidos con ciertos privilegios, y, sobre todo, con el peculio, dieron cuerpo a un estamento de hombres de negocios, empresarios, comerciantes, que llegaron a enriquecerse y a comprar su propia libertad. Dígase, en fin, que la intelectualidad esclava —pedagogos, retóricos, gramáticos, literatos, comediógrafos, médicos, escribanos, lectores, bibliotecarios, taquígrafos, oradores— contribuyó máximamente —en los últimos tiempos de la República, sobre todo— a la cultura romana.<sup>3</sup>

Explicada, que no justificada, la tremenda «barbaridad» que supone la esclavitud, queda todavía por decir que a favor de su sanción o reconocimiento juega la «edad histórica», ese conjunto de impulsos y fuerzas que en cada momento, no bien aprehensible por los contemporáneos, compelen y condicionan a los hombres.

**III.** Solo al civis, al ciudadano, se aplican las prescripciones del Derecho privado, y le siguen dondequiera que esté. Al margen de que tal Derecho privado no es uniforme a lo largo y a lo ancho del territorio romano, donde tienen asiento los nacionales y los extranjeros —peregrini—, reza la regla de que el civis, morando aquí o allí, se rige por el paradigmático Derecho de Roma.<sup>4</sup>

El Estado-ciudad del primer momento se agranda hasta comprender, primero, la nación romano-italica, y con ésta coincide la ciudadanía, pero luego, tras la gran expansión republicana e imperial, el número de los cives se amplía más y más. Lo cierto es que en el dilatado y heterogéneo conjunto de los habitantes surge un sentimiento de cohesión: unidos por la soberbia profesión de la romanidad, las mágicas palabras «civis Romanus sum» —«soy ciudadano romano»—, resuenan por todas partes, ya que el ser ciudadano romano garantiza la seguridad personal.<sup>5</sup>

**IV.** En tema de personas, se habla, y la terminología es moderna, de dos clases: las «personas físicas» y las «personas jurídicas». Por persona física se entiende al hombre, sobre el que, como se ha dicho, pone el acento el Derecho romano. Por personas jurídicas se consideran a las asociaciones o agrupaciones humanas y a las fundaciones o agrupaciones de bienes adscritos a un cierto fin, generalmente benéfico.

La expresión «persona jurídica» puede dar lugar a equívoco. En verdad, tanto es jurídica la persona «física», el hombre, cuanto el ente distinto del hombre —la asociación y la fundación—. La personalidad del hombre solo existe por el reconocimiento que le otorga el Derecho. Antes de que surja la sociedad política organizada, el hombre no es persona en su acep-

ción jurídica. Y establecido ya el orden jurídico, no todos los hombres, por el hecho de serlo, han tenido siempre, como tienen hoy, el atributo de la personalidad. De otro lado, para el Derecho no cuenta el hombre en su dimensión propia e íntima, sino el hombre calificado, es decir, aquel que, encontrándose en determinadas situaciones, puede poner por obra el contenido de derechos y deberes.

No hay, propiamente, contraposición entre la persona natural, como también se llama al hombre, y la persona jurídica, sino entre aquélla, que existe bajo su propio ser, de suyo uno, y la persona que carece del atributo corporal, y que, por ello, puede parecer creación imaginaria o arbitraria, cuando tal no es cierto. El reconocimiento otorgado a las personas jurídicas no es más que la comprensión, por parte del legislador, de algo que fluye de esa suprema realidad que es el suceso humano. La vida, con sus afanes y sus exigencias, con sus impulsos y sus fines, hace nacer las colectividades y los establecimientos. El Derecho se limita a sancionar su existencia.

El Derecho, en la hora de sus primeras manifestaciones —simples y sencillas, naturales y hasta geométricas— está hecho a la medida del hombre. De ahí que el problema original de la persona jurídica consista en vencer esta dificultad: la de aplicar la idea de la persona natural o individual a las organizaciones humanas, a las asociaciones e instituciones. La doctrina de la persona jurídica es producto de un fatigoso proceso constructivo.

Solo por vía lenta y gradual se ha llegado a concebir la persona jurídica, que no subsiste en sí, que no tiene la condición de las sustancias, como una unidad cerrada, como un ente único, distinto de los individuos que lo componen.

### § 30. Persona y capacidad<sup>6</sup>

Causa de la constitución de todo derecho es el hombre.<sup>7</sup> Mas sujeto de derecho no es, en Roma, todo hombre, ni solo el hombre. Sujeto de derecho es aquel en quien, sobre la humana condición, concurren otras tres: la de ser libre, ciudadano y *sui iuris*. Lo es también el ente distinto del hombre al que la ley reconoce capacidad jurídica.

Con relación al hombre, hoy se dice que es «sujeto de derecho» o que es «capaz de derechos», y una y otra expresión se vinculan al término «persona». Sin embargo, falta en Roma un nombre técnico para designar la *capacidad jurídica*, esto es, la aptitud del hombre para ser sujeto —potencial o actual— de relaciones jurídicas, para tener derechos y contraer obligaciones.

Ni *capax*, ni *caput*, ni *persona*, son empleados técnicamente para indicar el sujeto de derecho. *Capax* expresa la singular aptitud o idoneidad de un individuo para entrar en el juego de determinadas relaciones, de las que puede derivar un beneficio o una sanción: *doli* o *culpa capax* (D. 47, 2, 23); *iniuria capax*

(D. 9, 2, 5, 2); *consilii capax* (D. 29, 2, 8, 1); *auditus capaces* (D. 36, 1, 67, 3); *ex testamento capere posse* (Gayo, 1, 24) o *possunt* (Gayo, 1, 25); *capere hereditatem legataque* (Gayo, 2, 110); *inter se donare capere liceto* (Frag. Vat, 298). *Caput* no significa capacidad, sino cabeza, individuo. Sujeto de derecho es el *liberum caput*, pero *caput* se emplea también con relación al *servus*. En efecto, lo mismo se habla de *liberum caput* (D. 26 1, 1 pr.), que de *servile caput* (D. 4, 5, 3, 1). Verdad es, no obstante, que la máxima de Paulo recogida en el último texto citado, según la cual *servile caput nullum ius habet*, se transformó en la expresión justiniana (Inst. 1, 16, 4) *servus... nullum caput hab(et)*, y es aquí donde únicamente el término *caput* tiene el significado de capacidad jurídica.<sup>8</sup>

Entre los romanos, la palabra *persona* tiene el significado normal de «hombre», sin que aquí se haga alusión a su capacidad. Bajo tal aspecto, tanto es persona el hombre libre como lo es el esclavo —*persona servi*—, al que no se considera sujeto de derecho.<sup>9</sup>

Por nuestra parte, con la palabra *persona* designaremos —de acuerdo con la terminología moderna— al hombre capaz de derechos —libre, *civis romanus* y *sui iuris*— y a las organizaciones humanas —complejos personales o patrimoniales— a las que la ley otorga capacidad jurídica. Hay, en efecto, dos clases de personas: las personas «físicas», que son los hombres —entes corpóreos, visibles y tangibles— y las personas «jurídicas» —entes sociales e incorpóreas: asociaciones y fundaciones.

La personalidad o capacidad jurídica del hombre —del individuo en sí, con independencia de cualquiera otra condición—, así como la de las organizaciones humanas —personas jurídicas—, solo fue reconocida en época avanzada del Derecho romano. En los primeros tiempos, la cualidad del hombre no es bastante, por sí sola, para otorgar la capacidad. Sujeto de derecho únicamente es el *paterfamilias*, y dado que éste ha de ser libre, ciudadano y *sui iuris*, la capacidad jurídica implica el concurso de tres condiciones: libertad, ciudadanía y no sometimiento a una autoridad familiar.

En el decurso de los tiempos, permaneció firme la idea de vincular la capacidad al hombre libre. No ocurrió así con las otras condiciones —la de ser *civis romanus* y *sui iuris*—, que fueron paulatinamente desviadas. Primeramente se reconoció una capacidad limitada al no ciudadano, si bien con referencia a su propio derecho nacional y a las normas del *ius gentium*. Luego, la *constitutio Antoniniana* (§ 33 II), del 212 de Cristo, sancionó el principio de la igualdad jurídica entre todos los hombres libres del Imperio.

Centrada originariamente la capacidad jurídica en el *paterfamilias*, poco a poco fue afirmándose una tendencia favorable a hacer coincidir aquella con la simple cualidad de hombre. Y si es verdad que tal tendencia no llegó a triunfar de modo definitivo, esto es, de suerte que se sustituyese, como típico sujeto de derecho, al *paterfamilias* por el hombre, no es menos cierto que la capacidad patrimonial de los *alieni iuris* terminó por consagrarse frente a la regla general que la negaba.

La teoría de las personas físicas o naturales implica el examen del *status personarum* u *hominum*, es decir, de la condición en que se encuentra una persona respecto de una determinada situación —*status*. La situación —el *status*— puede afectar decisivamente a la capacidad jurídica, en cuanto que no goza de ésta quien no tiene libertad —*status libertatis*— o la ciudadanía —*status civitatis*. De otra parte, solo la distinta situación en la familia —no la situación familiar misma, el *status familiae*— influye en la capacidad jurídica. En efecto, tanto el *homo sui iuris*, como el *homo alieni iuris*, tienen un *status familiae*, pero únicamente el primero es capaz de pleno.

### § 31. Personas físicas. Existencia del hombre

Nacimiento y muerte señalan el comienzo y el fin de la persona física, del hombre. En orden al nacimiento, se exigen por la ley los siguientes requisitos:

- 1.º Nacimiento efectivo, esto es, total desprendimiento del claustro materno: *partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*,<sup>10</sup> *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*<sup>11</sup> (porque el que todavía no ha sido dado a luz, se considera porción de la mujer o de sus vísceras; pues el que aún no ha sido dado a luz no se dice, con razón, que sea hombre).
- 2.º Nacimiento con vida: *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur*<sup>12</sup> (los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados).

En cuanto a la prueba de la vida, entendían los proculyanos que era necesaria la emisión de gritos, mientras los sabinianos consideraban que bastaba cualquier signo o manifestación, *etsi vocem non emisit* (C. 6, 29, 3).<sup>13</sup>

- 3.º Forma humana del nacido: *mulier si monstruosum aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis procreantur*<sup>14</sup> (si una mujer hubiese dado a luz algo monstruoso o prodigioso, nada es provechoso; porque no son hijos los que son procreados con forma contraria a la del género humano).

El que ha de nacer —*nasciturus*— no es considerado hombre, aunque tal se afirme en un adagio vulgar: *nasciturus pro iam nato habetur*. El concebido no está todavía *in rebus humanis, in rerum natura*,<sup>15</sup> y de él solo cabe decir que *mulieris portio est*.<sup>16</sup> Ahora bien, no siendo el concebido sujeto de derecho, la ley tiene en cuenta su futura humanidad, dispensando anticipada protección, en su propio y exclusivo beneficio, a derechos que le corresponderán una vez que acaezca el nacimiento.<sup>17</sup> Se admitió, en efecto, que

el magistrado nombrase, a petición de la madre, un *curator* —*curator ventris*—, con la finalidad especial de salvaguardar los intereses del *nasciturus*.<sup>18</sup> Pudo éste ser instituido heredero en testamento, confiriendo la posesión de los bienes a la mujer encinta —*missio in possessionem ventris nomine*. Finalmente, el *status personarum* u *hominum* se resuelve para el nacido con referencia al momento en que solo era concebido.<sup>19</sup>

De tales principios, entroncados en el Derecho clásico, nace la regla general la legislación justiniana, estableciéndose que siempre que se trate del provecho del concebido —*cum de ipsius iure quaeritur*<sup>20</sup> *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*<sup>21</sup>—, se reputa que *in rerum natura esse*.<sup>22</sup>

Nacido un hombre, en las condiciones antedichas, el Derecho romano no le confiere, sin más, la capacidad jurídica. Contrariamente a lo que sucede en las legislaciones modernas, donde persona —sujeto capaz— es el hombre, por el solo hecho del nacimiento, exigese en Roma que el nacido sea libre —*status libertatis*— y ciudadano —*status civitatis*.

### § 32. «Status libertatis». Libres y esclavos<sup>23</sup>

#### I. La esclavitud. Situación jurídica del esclavo

En la disciplina de la ley romana, los hombres se dividen en libres<sup>24</sup> y esclavos.

Esclavo es el hombre al que la norma positiva —no la naturaleza— priva de libertad. Su destino, por imperio legal, no es otro que el de servir al hombre libre, y tal destino, y no el hecho mismo de estar sometido al dominio de aquél —lo que, siendo normal, no siempre ocurre—, define su estado personal. Significamos, ante todo, que no es exacta la definición de esclavitud cual condición del hombre que está en propiedad de otro,<sup>25</sup> ya que, si existen esclavos con dueño, los hay que carecen de él —*servi sine domino*.<sup>26</sup> Lo verdadero es que el esclavo se halla destinado a servir de modo permanente, y que, sirviendo o no, solo cesa su *status* cuando se lleva a cabo una declaración de libertad.

La institución de la esclavitud —no privativa de los romanos, sino común a los pueblos antiguos—, tuvo en los primeros tiempos de Roma un carácter distinto de aquel con que se presenta en época histórica. De una parte, su importancia fue escasa en los orígenes, y no solo porque faltasen los esclavos dentro de la familia plebeya, que se bastaba a sí misma, en el cultivo del fundo, con los miembros libres, sino también porque el antiguo patriciado recurría preferentemente a los servicios de los clientes;<sup>27</sup> de otra, aun existiendo esclavos en la vieja casa romana, su posición no debió de ser diferente de aquella en que se encontraban los miembros familiares sometidos a la *manus* —poder único e indiviso— del *pater*. En una estrecha comunidad de vida y de vicisitudes, de afanes y trabajos, participaban todos, libres y no



libres. Fue luego, en los comienzos de la República, cuando semejante comunidad cedió paso ante las grandes explotaciones agrícolas e industriales, convirtiéndose el esclavo en mero instrumento de trabajo. Caído el viejo sentido, simple y rudo, de la casa romana, el esclavo entra en la categoría de las *res*.

Reducida a cortos límites en los orígenes, y configurada en los términos antes dichos, la esclavitud alcanzó gran auge tras las conquistas de los últimos tiempos republicanos y primeros del Imperio, con la afluencia de gran número de prisioneros. Las compras de esclavos por parte de los comerciantes romanos que frecuentaban los grandes mercados de Grecia y del Asia Menor, y el lujo desmedido de las clases pudientes, que llevó a sustituir el trabajo libre por el trabajo servil, favorecieron también la mayor extensión de este estado de sujeción personal.<sup>28</sup>

Aun aplicándose al estado de esclavitud normas o principios del derecho de cosas, no se negó al esclavo la personalidad natural. En el régimen de las XII Tablas, las lesiones inferidas al esclavo son consideradas como corporales —no como daño causado en las cosas—, y solo por razón de la medida de la pena se distinguen de las causadas al hombre libre. Fue más tarde, al cabo de dos siglos, cuando la *lex Aquilia de damno dato* (§ 112) contempló las heridas hechas a esclavos como daño en las cosas, pero sin que tal configuración llegue a significar que en Roma se aplicasen unas reglas por las que fueran igualados esclavos y animales.

Ya en tiempos de la República se produce, aunque solo sea de hecho —fuera de la intervención legislativa—, una corriente humanitaria encaminada a mejorar la situación de los *servi* y a favorecer con largueza las declaraciones de libertad —*favor libertatis*. Es luego, en la época imperial,<sup>29</sup> cuando la *humanitas* penetra con firmeza, al calor de la doctrina estoica,<sup>30</sup> primero, y de la religión cristiana,<sup>31</sup> después, reconociéndose el derecho del esclavo a la vida, a la integridad personal y moral.

Justiniano, bajo la influencia de los principios cristianos, considera iguales a todos los hombres,<sup>32</sup> proclamándose a sí mismo *fautor libertatis*.<sup>33</sup> Por varias disposiciones deja sin fuerza a ciertas antiguas causas de esclavitud; introduce nuevas formas de liberación, sea mediante manumisión, sea sin ella; rectifica el criterio de las leyes augusteas que ponían límites a las manumisiones, y, en fin, prohíbe que el esclavo sea objeto de cualquier clase de crueldad.

La situación del esclavo, de acuerdo con lo antes dicho, puede resumirse en los siguientes términos:

- 1.º El esclavo carece de capacidad jurídica, ya sea personal —*conubium*— ya patrimonial —*commercium*. No es sujeto de derecho, sino cosa —*res*— simple objeto: *servile caput nullum ius habet*.<sup>34</sup>
- 2.º El esclavo tiene capacidad de obrar, esto es, capacidad negocial y capacidad penal.<sup>35</sup> Puede, en efecto, realizar negocios jurídicos,<sup>36</sup> si bien todo lo que adquiera con ellos pasa al patrimonio del dueño, sobre el cual, por lo demás, cabe que recaiga la responsabilidad

dimanante de ciertas normas pretorias —*actiones adiecticiae qualitatis* (§ 96). No solo ingresa en el patrimonio del dueño lo que adquiere el esclavo por negocio jurídico, sino también lo proveniente de cualquier otro acto —ocupación, herencia, etc. A este último respecto, el esclavo puede ser instituido heredero, aceptando la herencia con la autorización del *dominus*. Tal autorización del *dominus* no excluye nunca la intervención personal del propio esclavo en el acto adquisitivo, de suerte que la herencia se pierde para aquél si muere éste en momento anterior a la aceptación.

Puede el esclavo cometer delitos,<sup>37</sup> esto es, actos ilícitos que reciben la calificación jurídica de tales. Por los delitos privados se hace civilmente responsable el *dominus*, demandado mediante la *actio noxalis*, si bien le cabe la posibilidad de liberarse de la correspondiente condena pecuniaria, entregando el esclavo a la persona perjudicada —*noxae deditio* (§ 109).

- 3.º El esclavo goza de personalidad natural. Le es dable constituir relaciones familiares de naturaleza y fines semejantes a las que son propias de los hombres libres. La unión entre esclavos —*contubernium*— no difiere, en esencia, del matrimonio entre libres, en cuanto tienen ambas de relación de hecho, de carácter estable y normalmente monogámica.<sup>38</sup> La unión entre esclavos carece de sanción legal, pero los vínculos de la sangre —la *servilis cognatio*— fueron reconocidos jurídicamente en materia de impedimentos matrimoniales y de sucesión legítima, con referencia a aquellos que hubieran alcanzado la libertad. Por consideración también a la *servilis cognatio*, se prohibió, en ciertos casos, separar las familias de los esclavos,<sup>39</sup> o se consideró impío alejar los hijos de los padres.<sup>40</sup> El esclavo puede tener un peculio —*peculium*—, esto es, una pequeña cantidad de bienes o dinero que el *dominus* le confiere en disfrute y administración —*libera administratio peculii*<sup>41</sup>—, si bien la posesión y la propiedad quedan vinculados al dueño.
- 4.º El esclavo tiene personalidad en el orden religioso,<sup>42</sup> que se manifiesta en el culto público y familiar,<sup>43</sup> en el voto,<sup>44</sup> en el juramento,<sup>45</sup> en la participación de los *collegia funeraticia*, en el sepulcro<sup>46</sup> y en las honras funerarias.<sup>47</sup>

## II. Causas de la esclavitud

Las causas principales por las que se incurre en esclavitud son las siguientes:

- a) *Nacimiento*. — Nace esclavo el hijo de madre esclava, aunque sea concebido por obra de hombre libre. En un primer tiempo se atendía, para

determinar la condición del nacido, a la que tuviera la madre en el parto, pero en el Derecho clásico se reconoció la libertad del hijo, si la madre fue libre en algún instante de la concepción.<sup>48</sup>

b) *Cautividad de guerra*.<sup>49</sup> — Causa de esclavitud —la más importante— es la cautividad. La *captivitas* es definida como institución del *ius gentium*,<sup>50</sup> pero esto no basta para que afirmemos, con relación a la *servitus*, la existencia de una verdadera comunidad de derecho entre romanos y extranjeros.<sup>51</sup> Verdad es que tanto se hacen esclavos los extranjeros apresados por los romanos, cuanto los ciudadanos romanos a los que apresa el enemigo, mas el *ius civile Romanorum* solo considera *servi iusti* a los primeros.

El *captivus* romano deja de ser *liber*, según el Derecho civil, ya que viene privado de la *libertas*, que es atributo esencial de la persona, pero no es, conforme al mismo Derecho, un *servus iustus*.<sup>52</sup> Ciertamente, solo las buenas normas del *ius bellicum* impiden considerar semejante esclavitud como una simple condición de hecho.<sup>53</sup>

Los extranjeros prisioneros de Roma pasan a ser propiedad del Estado, el cual los destina a servicios públicos —*servi publici*—, los vende a particulares —*emptio sub corona*— o, lo que es menos frecuente, los cede a los soldados. El *ius civile* les niega, en absoluto, la personalidad jurídica.

c) *Condena penal*. — Caían en esclavitud los condenados a ciertas penas graves —*servi poenae*. Así, los condenados a la pena capital o a trabajos forzados.<sup>54</sup>

### III. Extinción de la esclavitud

La esclavitud se extingue por acto voluntario del dueño —*manumissio*— o por decisión de la ley.

A) *Manumisión*. — La manumisión —*manumissio* = salida de la *manus*, de la potestad del *dominus*— es un acto de disposición por virtud del cual el esclavo se hace libre y ciudadano. No es un simple abandono o renuncia de propiedad —*derelictio*— que solo convertiría al esclavo en *res nullius* o cosa sin dueño (§ 54), y, como tal, susceptible de apropiación por ocupación. La declaración de voluntad del *dominus* va dirigida a otorgar la libertad, pero tiene también trascendencia en la órbita pública, ya que el libertado se convierte en *civis*, en miembro de la comunidad ciudadana. De afectar a los intereses de la *res publica* deriva, en algunos casos, la intervención del magistrado<sup>55</sup> y la puesta en práctica de determinadas limitaciones legales —así acontece en la época augustea— a los actos de liberación.

Los modos de manumisión del antiguo Derecho civil<sup>56</sup> son los siguientes:

1. *Manumissio vindicta*.<sup>57</sup> — Consiste en un proceso fingido,<sup>58</sup> celebrado conforme al ritual de la *in iure cessio* (§ 61, II), sobre la condición de liber-

tad. Se actúa ante el magistrado —pretor, cónsul, gobernador—,<sup>59</sup> por comparecencia del *dominus* y de un tercero —*adsertor libertatis*.<sup>60</sup> El tercero, previo acuerdo con el *dominus*, interviene en lugar del *servus* —carente de capacidad procesal—, tocándole con una varita —*vindicta, festuca*—<sup>61</sup> y afirmando solemnemente que es hombre libre: *hunc ego hominem liberum esse aio*. Tal afirmación no es contradicha por el *dominus*, y el magistrado confirma la declaración —*addictio libertatis*.

2. *Manumissio censu*.<sup>62</sup> — Consiste en la inscripción del esclavo, con el consentimiento de su dueño —*consentiente vel iubente domino*—, en las listas del censo de ciudadanos.<sup>63</sup> Tal forma de manumisión desapareció hacia los últimos tiempos de la República.

3. *Manumissio testamento*.<sup>64</sup> — Es una declaración de libertad hecha por el *dominus* en testamento,<sup>65</sup> bien de modo directo —*directa libertas*—, bien indirectamente —*fideicommissaria libertas*. La primera —*manumissio testamentaria directa*— se ordena con palabras imperativas: *Stichus liber esto, liber sit; Stichum liberum esse iubeo* (sea libre Estico; ordeno que Estico sea libre), y otorga la libertad tan pronto como la herencia es aceptada por cualquier heredero. El esclavo así manumitido se convierte en liberto del difunto —*libertus orcinus*—,<sup>66</sup> y no de su heredero. La segunda —manumisión fideicomisaria o *per fideicommissum*— implica un simple ruego del testador a cualquier beneficiado por la herencia de conceder la libertad a un esclavo determinado:<sup>67</sup> *rogo, fideicommitto heredis mei ut Stichum servum manumittat* (ruego, encomiendo a mi heredero que manumita al esclavo Estico). La persona a quien se dirige el ruego —heredero, legatario, fideicomisario— viene obligada a la manumisión del esclavo,<sup>68</sup> y realizada ésta, se convierte en liberto suyo.

La manumisión testamentaria —no las otras dos— puede hacerse condicionadamente. El esclavo manumitido en testamento bajo condición —p. ej., la de dar una cantidad al heredero—, se llama *statuliber*.<sup>69</sup> Mientras se cumple la condición, sigue esclavo, pero una vez cumplida, se hace libre. Si antes del cumplimiento el heredero enajena o da en prenda al esclavo (§ 100), o alguien lo adquiere por usucapión (§ 61), puede lograr la libertad, cumpliendo la condición.<sup>70</sup> Prohibido está al heredero realizar cualquier acto que impida tal cumplimiento, y, en caso de hacerlo, se decreta su libertad.

4. Constantino reconoce una forma nueva de manumisión; la *manumissio in ecclesia, in sacrosanctis ecclesiis*.<sup>71</sup> Consiste en una declaración liberatoria, hecha por el dueño en la iglesia, en presencia de las autoridades eclesiásticas y del pueblo cristiano. Al igual que las antiguas manumisiones del Derecho civil, el esclavo adquiere, con la libertad, la ciudadanía.

En el Derecho justinianeo, cualquier forma de manumisión implicaba la adquisición de la libertad y de la ciudadanía. Subsisten las manumisiones *vindicta, testamento e in ecclesia*, y para las hechas *per epistulam e inter amicos*, se exige la presencia de cinco testigos.

B) *Adquisición de la libertad sin acto de manumisión.*<sup>72</sup> — Por concepción del Estado, fueron declarados libres, ya en tiempo de la República, los esclavos que hubieran observado una conducta benemérita, p. ej., descubriendo conspiraciones o denunciando la comisión de delitos.<sup>73</sup> De igual modo, ciertas disposiciones generales, dictadas en la época imperial, otorgaron la libertad, entre otros casos, al esclavo vendido con la condición de que el comprador lo manumitiese dentro de cierto tiempo —*ut manumittatur*,—<sup>74</sup> cuando esto no se hiciera; a la esclava vendida con la condición de que no fuera prostituida —*ne prostituatur*,—<sup>75</sup> si semejante condición no se cumplía; al esclavo abandonado por su dueño *ob gravem infirmitatem*;<sup>76</sup> al esclavo que de buena fe hubiese vivido durante veinte años en condición de libertad.<sup>77</sup>

#### IV. Restricciones a la libertad de manumittir

Razones bien de orden político, protectoras de la romanidad, bien de carácter moral, hicieron que Augusto<sup>78</sup> pusiese coto a la libertad de manumittir, que de suyo era ilimitada, en cuanto implicaba un ejercicio del poder de disposición sobre la cosa. Sea por la disipación, sea por el lujo o la vanidad del dueño, sea, en fin, porque éste vendría a recibir las ganancias obtenidas por el esclavo en su trabajo, lo cierto es que las manumisiones estaban a la orden del día, engrosando el número de los ciudadanos.

La *lex Fufia Caninia* —2 a. de C.— ordenó que las manumisiones testamentarias se hiciesen *nominatim*, fijando para las mismas ciertos límites. Así, el dueño de 3 esclavos solo podía manumittir 2; el de 3 a 10, la mitad; el de 11 a 30, el tercio; el de 31 a 100, el cuarto; el de 101 a 500, el quinto. En cualquier caso, a nadie era concedido manumittir más de cien esclavos.<sup>79</sup> Esta ley fue derogada por Justiniano.<sup>80</sup>

La *lex Aelia Sentia* —4 de C.— estableció: a) que el manumisor había de tener cumplidos veinte años, en tanto que el esclavo no debía ser menor de treinta, a no ser que mediase una justa causa<sup>81</sup> reconocida en un *consilium* integrado por cinco senadores y cinco équites, en Roma, y por veinte *recuperatores*, en las provincias, debiendo realizarse entonces en forma de *vindicta*; b) que se consideraban nulas las manumisiones hechas en fraude de acreedores;<sup>82</sup> c) que los esclavos delincuentes manumittidos no adquirirían la ciudadanía ni tampoco la latinidad, sino la condición de *peregrini dediticii*.<sup>83</sup>

#### V. Los libertos y el patronato<sup>84</sup>

El esclavo manumittido o libertado —*libertinus*, en contraposición a *ingenuus*, el que nació y permaneció libre—, se llama *libertus*,<sup>85</sup> en tanto se denomina *patronus* al antes *dominus*. Aunque el liberto adquiere la libertad

—*status libertatis*— y participa, casi siempre, en la ciudadanía —*status civitatis*— y en la situación familiar —*status familiae*— no logra, ni en lo público ni en lo privado, equipararse plenamente al «ingenuo». <sup>86</sup>

A lo anterior, se añade la relación de dependencia en que queda el liberto respecto del patrono —derecho de patronato— debiendo respetar a éste como padre —*obsequium, reverentia, honor*—<sup>87</sup> de donde se deriva el abstenerse de entablar contra él acción criminal que lleve aparejada infamia (§ 35), así como cualquier otra acción, si no cuenta con la autorización del magistrado.<sup>88</sup> De igual modo debe prestarle determinados servicios —*operae*—<sup>89</sup> que pueden ser reclamados judicialmente, si se prometen con juramento —*promissio iurata liberti*—, antes de la manumisión, o mediante estipulación —*stipulatio*— después de acaecida ésta.<sup>90</sup>

El patrono y sus descendientes agnaticos más próximos son tutores del liberto, y uno y otros tienen también, con relación a éste, y siempre que no deje herederos agnados, un derecho de sucesión legítima (§ 173) y contra el testamento (§ 176). Tal derecho se halla tutelado mediante acciones tendentes a revocar cualquier acto cometido en fraude del mismo —*actio Fabiana, actio Calvisiana*.

El derecho de patronato se transmite a los descendientes del patrono,<sup>91</sup> pero no alcanza a los hijos del liberto, considerados ya «ingenuos».

Patrono y liberto tienen la recíproca obligación de prestarse alimentos —*bona*— en caso de necesidad.

El patrono no puede ser infiel a un fundamental deber de protección y ayuda. Ha de asistir y defender al liberto en juicio y, por otra parte, no ha de intentar contra él una acusación de delito capital, ni ejercitar injustamente la *actio ingrati*.<sup>92</sup>

Justiniano reordenó el régimen del patronato, excluyéndolo en ciertos casos en los que antes se admitía y estableciéndolo en alguno nuevo. Apartándose de la antigua interpretación —*antiqua interpretatione semota*—<sup>93</sup> otorgó validez a la declaración del manumisor renunciando a semejante derecho.<sup>94</sup>

El liberto adquiere la «ingenuidad», teniéndosele para todos los efectos como si hubiese nacido libre, mediante decreto del príncipe —*natalium restitutio*—<sup>95</sup> con el consentimiento del patrono. También se adquiere la condición de «ingenuo» por la concesión que hace el príncipe del *ius anulorum aureorum* —el anillo de los caballeros—, si bien en este caso perdura la relación de patronato.<sup>96</sup>

## VI. Situaciones afines a la esclavitud

Ciertas categorías de personas ocupan una posición semeja a la de los esclavos. Así, las siguientes:

a) *Personas «in mancipio»*. — Se dice que está *in mancipio* —*in mancipio esse, in causa mancipii*— el *filiusfamilias* cuya *pater* lo vende<sup>97</sup> a otro *pater*, o bien se lo entrega, en reparación de un delito que aquél cometió —*noxae deditio*.<sup>98</sup>

El *mancipio datus*, aunque conserva los atributos de la libertad y de la ciudadanía, se considera como esclavo<sup>99</sup> en lo que afecta a sus relaciones patrimoniales. El poder del *pater* no cesa, sino que queda en suspenso, renunciando en el momento mismo en que el cuasi-dueño lo hace salir de su potestad.<sup>100</sup>

b) *Colonos*.<sup>101</sup> — Se llaman colonos —*coloni*— los individuos que, no obstante tener personalidad jurídica —capacidad patrimonial, matrimonial y procesal—, se hallan adscritos permanentemente, con sus familiares, a la tierra —*servi terrae, glebae adscripti*.<sup>102</sup>

La institución del colonato, que nosotros definimos por los datos que suministran las constituciones imperiales del siglo IV —la de Constantino del 332 (C. Th. 5, 17 (19), 1) es la primera que nos habla de modo más explícito—, tiene orígenes muy antiguos, cuyo conocimiento resulta harto difícil. Desde luego, no cabe pensar en su procedencia de una sola raíz, ni en la adopción de un tipo uniforme en los distintos países, donde recibe denominaciones diversas.<sup>103</sup>

Los *coloni* son considerados como miembros de la tierra —*membra terrae, agrorum iuris pars*<sup>104</sup>, no pudiendo separarse ni ser separado del fundo. El *colonus* viene obligado a satisfacer al propietario un canon—*annuae functiones, redditus, τέλος*—, ya sea en especie —*in speciebus*—, según el uso más corriente, ya en dinero.<sup>105</sup> Del pago del canon responde con sus propios bienes.<sup>106</sup>

Causas por las cuales surge esta situación son las siguientes: a) la voluntaria entrega o sumisión, hecha patente mediante contrato registrado en los *gesta municipalia*,<sup>107</sup> b) el nacimiento de padre o madre colonos; c) la prescripción de treinta años, esto es, la permanencia durante tal tiempo viviendo como colono;<sup>108</sup> d) la asignación de bárbaros prisioneros, por parte del emperador, a tierras públicas o privadas; e) la mendicidad, que convierte al que la ejerce en colono de quien la denuncia.

Tal estado, tan ominoso como la misma esclavitud, se extingue por adquirir el colono la totalidad o la parte del fundo al que está adscrito. Se extingue también cuando el patrono ofrece el colono al ejército, al decurionato o al sacerdocio. El que alcanza la dignidad del obispado se libera del colonato sin necesidad del consentimiento del patrono.

c) *Auctoratus*. — Se llama *auctoratus* al hombre libre que arrienda sus servicios como gladiador a un empresario —*lanista*— obligándose bajo juramento a servir a éste.<sup>109</sup> Es libre y ciudadano, pero su sometimiento al poder del empresario entraña una situación de cuasi esclavitud. El que lo sustrae al empresario comete hurto, igual que si se tratara de apoderarse de cosa ajena.

d) *Redemptus ab hostibus*. — *Redemptus* es el ciudadano rescatado por un tercero de la cautividad, mediante una cantidad de dinero. Se considera esclavo del liberador —*redemptor*—, y solo recupera su antiguo *status*, esto es, su libertad, pagando a éste lo que dio por su rescate. Sin embargo, una constitución de Arcadio y Honorio señaló como tiempo máximo de sujeción el de cinco años, entendiéndose que los servicios prestados durante tal tiempo valían como compensación de la suma satisfecha por el *redemptor*.<sup>110</sup> Según Justiniano, el redimido se encuentra vinculado, en concepto de prenda —*vinculum pignoris*— al liberador, hasta el pago del rescate.<sup>111</sup>

e) *Addicti*<sup>112</sup> — Se llama *addicti*— en un régimen de derecho primitivo— a los individuos que, no habiendo satisfecho la prestación debida al acreedor, son objeto de un procedimiento de ejecución en la propia persona —en el *corpus*—, autorizándose por el magistrado su aprehensión —*manus iniectio*. El acreedor tiene al deudor en prisión privada, durante sesenta días, al cabo de los cuales puede venderlo o matarlo.

Parecida es la situación de los *nexi*, esto es, de los deudores —o de otras personas por ellos— que se dan en prenda al acreedor, garantizando con su persona el pago de la deuda. Ni el *addictus* ni el *nexus* es esclavo, porque no se concibe que un *civis* sea tal dentro de Roma, pero su libertad resulta disminuida por la atadura o sujeción de su persona a la disposición del acreedor.

f) *Homo liber bona fide serviens*. — *Bona fide serviens* es el hombre que, no obstante ser libre, sirve de buena fe como esclavo. Todos los actos que lleve a cabo estando en semejante situación se rigen por las normas propias de la *servitus*. Así pues, lo que adquiere con su trabajo —*ex operis*— o con el patrimonio del supuesto *dominus* revierte<sup>113</sup> a éste.

### § 33. «Status civitatis»

I. *Ciudadanos. Latinos. Peregrinos*.<sup>114</sup> — En ningún momento de su historia es Roma la capital de un Estado nacional, según la noción moderna que tenemos de éste. Roma es la ciudad —la *civitas*— y ésta forma, por sí sola, un Estado. Constitución de ciudad tiene Roma desde su fundación hasta el siglo III de Cristo.

El territorio ciudadano se halla distribuido, bajo la República, en 35 tribus —4 urbanas y 31 rústicas—.<sup>115</sup> Después de la Guerra Social —siglo I a. de C.—, cuando los itálicos, no obstante ser vencidos, alcanzan la ciudadanía y son incorporados a dichas tribus, Roma es Italia, constituyendo la más grande *civitas* que conocieron los tiempos antiguos.

Fuera del territorio ciudadano —del de las 35 tribus—, no hay más que territorio extranjero. Las conquistas transmarinas y transalpinas convierten tal territorio en *ager romanus*, pero sus habitantes siguen siendo no ciudadanos —*peregrini*— Solo después, en el siglo III de C., la ciudadanía alcanza



a todos los habitantes libres del Imperio. Es el momento en que el Estado-ciudad cede paso a la Monarquía mundial.

La ciudadanía es un estado —*status civitatis*— que interesa por igual al *ius publicum* y al *ius privatum*, en el sentido de que solo el *civis* puede participar en las relaciones que nacen de uno y otro. En la noción antigua —no exclusivamente romana—, la personalidad jurídica, así en lo público como en lo privado, es privilegio del ciudadano. Rige, pues, el principio de la «personalidad del Derecho», por virtud del cual cada individuo vive sujeto a la ley de su propia ciudad o nación. Tal ley no tiene vigencia territorial, sino que sigue al ciudadano dondequiera que esté, en la ciudad o fuera de ella.

Ciudadano romano con ciudadanía plena —*civis optimo iure*— es el que se halla facultado para participar en toda suerte de derechos: en los de razón pública y en los de razón privada. La capacidad jurídica civil implica la tenencia de los siguientes atributos:

A) En el orden político: *ius suffragii* —derecho de voto en las asambleas—; *ius honorum* —derecho de acceso a las magistraturas—, y derecho a servir en las legiones.

B) En el orden privado: *ius commercii* o *commercium* —derecho de adquirir y de transmitir la propiedad civil, así como ser sujeto activo o pasivo en las relaciones contractuales—; *ius conubii* o *conubium* —derecho a contraer matrimonio romano y constituir una familia, con los poderes inherentes a la misma: *patria potestas*, *manus*, *tutela*, etc.—; *testamentifactio* —capacidad en orden a la sucesión hereditaria, sea como disponente, sea como beneficiario o como testigo—; *ius actionis* —derecho de actuar en juicio civil.

La enumeración detallada de los derechos que integran la capacidad jurídica civil nos llevaría a recorrer el amplio y vario campo del *ius Romanorum*. Como esto no procede aquí, hemos sintetizado la materia en la forma que viene haciéndose tradicionalmente, otorgando un valor amplio a expresiones de significado restringido, como se comprueba en el caso del *ius commercii*. Según Ulpiano (19, 5), *commercium est emendi vendendique invicem ius* (derecho a comprar y vender), con lo que se señala en sentido amplio la facultad de intervenir en el tráfico jurídico romano. Un extranjero puede tener, por concesión particular de la ley romana, el *commercium*, pero no tiene sobre la cosa comprada el derecho de propiedad reconocido al ciudadano —*dominium ex iure Quiritium*—, ni tampoco puede ejercitar una acción civil —*legis actio*— sobre la cosa adquirida. El extranjero carece, aunque tenga el *commercium*, de capacidad jurídica civil, pues ésta «es parte integrante de la ciudadanía, mientras que la comercial y matrimonial son simples derivaciones de ella».<sup>16</sup>

Cada ciudadano romano lleva un nombre, que es signo distintivo de su situación jurídica privilegiada. Por el nombre —*nomen*, de *noscere*— da a conocer el ciudadano su condición de tal.

Con carácter general, el *civis* lleva tres nombres —*tria nomina*—: el *praenomen*, nombre individual, que le distingue de los demás miembros de la familia —*M (arcus)*—; el *nomen*, nombre gentilicio o familiar —*Tullius*—, y el *cognomen*, que indica la rama particular dentro de la *gens*, aunque a veces se confunde con el sobrenombre o apodo —*agnomen*—, alusivo a alguna circunstancia personal o familiar —*Cicerón*, en relación con *cicer*. Ciertamente, *praenomen*, *nomen*, *cognomen*, *agnomen varie explicantur*.<sup>117</sup> Entre los mencionados se intercalan el nombre de procedencia —*Corn(elia tribu)*— y el de filiación —*M(arci)filius*). El nombre completo de Cicerón queda así: *Marcus Tullius, Marci filius, Cornelia tribu, Cicero*.

El liberto toma el *praenomen* y el *nomen* del patrono, conservando su antiguo nombre, como *cognomen*, e indicando su condición: *M. Tullius, M(arci) l(ibertus), Hermodorus*. Antes de alcanzar la libertad, es decir, estando en situación de esclavitud, se llamaría: *Hermodorus Tullii Marci servus*, o *M. Tullii Ciceronis servus*, o *M. Tullii Ciceronis*.<sup>118</sup>

Situación contrapuesta a la del ciudadano —*civis*— es la del extranjero —*peregrinus*. En el valor que le atribuye el lenguaje jurídico, *peregrinus* es el hombre libre que vive dentro del mundo romano, sin ser *civis* ni *latinus*. Los demás, esto es, los que viven fuera del Estado y del Imperio, son *barbari*, y solo a ellos viene bien, en realidad, la calificación de extranjeros.<sup>119</sup>

Tanto cabe que los peregrinos pertenezcan a una ciudad —*peregrini alicuius civitatis*—, como que no pertenezcan a ninguna —*peregrini dediticii*. Los primeros son habitantes de una comunidad a la que, tras la conquista, la sumisión o la anexión más o menos disfrazada, respetó Roma su existencia. Acogidos como federados, o considerados, formalmente, como libres, conservan sus leyes y su organización política —*sui legibus uti, αυτονομία*—. En todo caso, su situación se regula por el *foedus* o por la *lex civitatis*.

Frente a los peregrinos libres y federados —miembros del Imperio— figuran los *peregrini dediticii*, que pertenecen al Estado, engrosan la clase de los verdaderos súbditos provinciales y están sujetos directamente a la autoridad de los magistrados romanos. Los *peregrini dediticii* suelen ser definidos como aquellos que se rinden a Roma sin condiciones —*deditio*—<sup>120</sup>. Habiendo caído *in ditione populi Romani*, son privados de su estatuto local y dejan de tener un *status* internacional.

Los *dediticii*, en cuanto considerados *sine civitate, ἀπολιδες*, en la denominación helénica—, no pueden invocar las normas de un propio derecho civil.<sup>121</sup> Tan solo participan en las relaciones *iuris gentium*, como lo hacen, en la época clásica, los peregrinos.<sup>122</sup> A los *dediticii* les está prohibido vivir en Roma y en un radio de cien millas de Roma. Frecuentemente vienen sujetos a satisfacer un impuesto especial llamado *tributum capitis*.<sup>123</sup>

Situación intermedia entre la de los ciudadanos y la de los peregrinos, es la de los *Latini*, que se distinguen en tres clases:

a) *Latini veteres* o *prisci*. — Son los latinos de la antigua Liga,<sup>124</sup> así como los miembros de las colonias fundadas por ella.<sup>125</sup> Dada su condición de confederados y dada también su pertenencia a una misma comunidad nacional<sup>126</sup> y jurídica,<sup>127</sup> se les concedió el *commercium*,<sup>128</sup> el *conubium*,<sup>129</sup> la *testamentifactio*,<sup>130</sup> la posibilidad recíproca de ser tutores y pupilos y la facultad de hacer valer los derechos que les han sido reconocidos, ante los tribunales de Roma.<sup>131</sup>

Desde el punto de vista del Derecho público, tienen el derecho de voto — *ius suffragii*— en una tribu sacada a la suerte.

b) *Latini coloniarii*. — Son los habitantes de las colonias a las que se confirió el carácter de latinas, comenzando por las doce fundadas entre el 268 —*Ariminium*— y el 181 a. de C.—*Aquileia*—, así como los de un territorio consagrado con el *ius Latii*. Tales latinos poseían el *ius suffragii* cuando se encontraban en Roma, y el *commercium*. No tenían el *conubium* con ciudadanos romanos, salvo que les fuese concedido expresamente.<sup>132</sup>

La latinidad colonial fue otorgada por César, Augusto, Nerón y Vespasiano a regiones enteras,<sup>133</sup> traducándose en la práctica en una derogación de los privilegios que los *latini coloniarii* disfrutaban junto con los *latini veteres* o *prisci*.

c) *Latini Iuniani*. — Un tipo de ciudadanía limitada es el regulado por la *lex Iunia Norbana*, del 19 de C. Según tal ley, los manumitidos en forma no solemne adquieren la libertad, pero no la ciudadanía. En igual situación se encuentran los manumitidos por parte de quien no tiene capacidad para hacerlo, así como los manumitidos sin observancia de las normas establecidas por la *lex Aelia Sentia*.<sup>134</sup>

Los libertos latinos o *latini Iuniani* tienen el *commercium* con romanos, pero no pueden testar —*testamentifactio activa*— ni ser tutores testamentarios. A su muerte, los bienes pasan al antiguo dueño, *iure quodammodo peculii*. Tampoco pueden adquirir directamente a título de herencia o de legado.

Los *latini* podían adquirir la ciudadanía trasladando el domicilio a Roma e inscribiéndose en las listas del censo — *ius migrandi*—.<sup>135</sup> También podían adquirirla los que ejerciesen cargo o magistratura en una comunidad latina, así como los elegidos decuriones o consejeros municipales —*Latium minus* y *Latium maius*.<sup>136</sup>

## II. Adquisición de la ciudadanía

Aparte de otros modos a los que ya nos hemos referido,<sup>137</sup> la ciudadanía se adquiere por nacimiento, disposición de la ley y concesión del poder público.

a) Nace ciudadano el procreado por un ciudadano romano en justas nupcias —*iustae nuptiae*— esto es, en matrimonio con ciudadana romana, o

con mujer latina o peregrina que tiene el *conubium*. Se atiende aquí a la condición del padre en el momento de la concepción.<sup>138</sup>

El hijo nacido de personas no unidas en justas nupcias, sigue la condición de la madre en el momento del parto. Una *lex Minicia*<sup>139</sup> cambió este régimen, al disponer que el hijo de un extranjero o de un latino siguiese la condición del padre. Por un senadoconsulto de Adriano se modificó, a su vez la prescripción de dicha ley, en términos de considerar ciudadano al nacido de un latino y de una ciudadana romana.<sup>140</sup>

b) Por precepto legal se adquiría, en determinados casos, la condición de ciudadano. Suele citarse como ejemplo una disposición de la *lex Acilia repetundarum* —123 o 122 a. de C.—, en virtud de la cual se concedía la ciudadanía al provincial que hubiese salido victorioso en un proceso por concusión contra un magistrado romano.<sup>141</sup>

c) La ciudadanía se otorgó también por el poder público, esto es, por el pueblo o sus delegados, durante la República, y por los emperadores, después. La concesión se hacía tanto a personas singulares,<sup>142</sup> como a los habitantes de una ciudad o de una región entera. Circunstancias de varia índole determinaron que unas veces la ciudadanía fuese completa, mientras otras venía limitada a algunos de sus elementos constitutivos. Así, por ejemplo, hay ciudades que no participan del derecho de voto —*civitates sine suffragio*.

Tras la Guerra Social —siglo I a. de C.—, la ciudadanía se extendió a toda Italia. Más tarde, en el 212 de C., la *constitutio Antoniniana*, de Caracalla, declaró ciudadanos a todos los habitantes del orbe romano, con la excepción, tal vez, de los *dediticii*.<sup>143</sup>

Todavía es de advertir que, aunque el beneficio de la *constitutio Antoniniana* alcanzó a todos los latinos existentes en el momento de su promulgación, pudo haber luego individuos sujetos a los dictados de la *lex Iunia*, ya que ésta no fue derogada hasta la época de Justiniano. Fue entonces también cuando quedó abolida la categoría de los *dediticii* de la *lex Aelia Sentia*.<sup>144</sup>

### § 34. «Status familiae»

*Status familiae* es la situación en que se encuentra un hombre libre y ciudadano, es decir, participante de la *civitas libertasque*, con relación a una determinada *familia*. La distinta situación en la *familia*, y no la situación misma —el *status*—, puede influir sobre la capacidad jurídica, en el sentido de aumentarla o disminuirla. Como ya hemos dicho antes, tiene un estado familiar tanto el *paterfamilias* como el *filiusfamilias*, pero solo el primero —*homo sui iuris*— es plenamente capaz, al carecer de ascendientes legítimos varones o haber salido de la *potestas* bajo cuya dependencia se encontraba —*emancipatus*.

El *homo sui iuris* es llamado *paterfamilias*, sin que tal denominación haga referencia al hecho de que tenga o no hijos, ni tampoco al de que sea o

no mayor de edad. La condición de *paterfamilias* solo corresponde al varón no sujeto al poder familiar romano —la *manus* o *potestas*—, y siempre en cuanto que es o puede ser jefe de una *familia*. De tal posibilidad está excluida la mujer, aunque sea *sui iuris*.

El sometido al poder familiar, cualquiera que sea su edad y sexo, es persona *alieni iuris*, comprendiéndose en esta categoría: a) el *filiusfamilias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *pater* viviente; b) la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido, o bien a la del *paterfamilias* bajo cuya dependencia se encuentra éste; c) el *in causa mancipii*, individuo recibido en *noxa*, tras haber cometido un delito, o en garantía de obligaciones del *paterfamilias* del que dependía.

Los *filiifamilias* son plenamente capaces en orden al derecho público —*ius suffragii*, *ius honorum*— y a las relaciones de la familia natural. Así, por ejemplo, pueden alcanzar la magistratura, ser tutores y contraer matrimonio.

Carecen de capacidad patrimonial activa, de suerte que todo lo adquirido por ellos revierte al patrimonio del *pater*. Sin embargo, semejante principio fue alterado o desviado, en el transcurso de los tiempos, con el reconocimiento de los peculios.

Los *filiifamilias* pueden contraer obligaciones, que se definen de modo distinto según se trate de obligaciones contraídas con miembros de la propia familia o con extraños. En el primer caso, las obligaciones asumen el carácter de naturales (§ 97) y, por consiguiente, se hallan desprovistas de acción judicial;<sup>145</sup> en el segundo, las obligaciones son civiles, admitiéndose su comparecencia en juicio como demandados, si bien la ejecución de la sentencia no tiene lugar hasta el momento en que salen de la *patria potestas*. El extraño que contrata con un *filiusfamilias* puede dirigirse contra el *pater*, mediante ciertas acciones pretorias incorporadas o adicionadas a la civil —*actiones adiecticiae qualitatis* (§ 96).

### § 35. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Causas modificativas

De la capacidad jurídica —la personalidad de Derecho privado, que se explica tradicionalmente en relación con los *status* y que lleva aparejada la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones— se distingue la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio.

Capacidad de obrar<sup>146</sup> es la idoneidad para realizar actos con efecto jurídico. Los actos pueden ser lícitos —negocios jurídicos— o ilícitos —transgresiones jurídicas, infracción de obligaciones personales y de otras pretensiones—, distinguiéndose entonces la capacidad de obrar en capacidad negocial y capacidad delictual o de imputación.

La capacidad de obrar no siempre coincide con la capacidad jurídica. Así, por ejemplo, el *infans* —el menor de siete años, en la ley justiniana—

puede tener un patrimonio, si es *sui iuris*, pero no puede, por sí solo, adquirir derechos y contraer obligaciones. Para intervenir en el tráfico jurídico precisa la asistencia de una autoridad protectora —*auctoritas tutoris*— que supla su falta de discernimiento (§ 138). En todo caso, la capacidad de obrar hace referencia a la facultad de realizar actos libremente, es decir, sin la necesaria mediación de ajena voluntad.

Por otra parte, puede tener capacidad de obrar quien carece de capacidad jurídica. Tal ocurre con el esclavo, a quien se reconoce la facultad de realizar negocios jurídicos, si bien los efectos de los mismos se produzcan en relación con el *dominus*.

Aparte de las situaciones de cuasi esclavitud, que ya fueron objeto de examen, son causas modificativas de la capacidad jurídica o capacidad de derecho la degradación del honor civil, la religión, la condición social, la profesión y el sexo. Las circunstancias que excluyen o disminuyen la capacidad de obrar tienen relación con la edad, el sexo, la enfermedad mental y la proligalidad.

1. *Degradación del honor civil* — El honor civil, la justa reputación, el estado de íntegra dignidad comprobado por las leyes y las costumbres —*dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus*<sup>147</sup>—, tanto puede destruirse —*consumptio existimationis*—, como menoscabarse o degradarse —*minutio existimationis*. La destrucción tiene lugar por la *capitis deminutio maxima* o *media*; la degradación, por la *infamia*.<sup>148</sup>

La pérdida de la pública estimación solo significa, en principio, una condena de la sociedad, pero puede traducirse en una degradación jurídica, cuando es constatada oficialmente. En efecto, atribuida a los censores la *cura morum*, quedaron facultados para cancelar el nombre de un ciudadano de la lista de los senadores, o bien para trasladarlo de una clase superior a otra inferior, p. ej., de los *equites* a los *pedites*, o de una tribu a otra tribu. Junto a la *nota censoria*, es de mencionar la *nota consular*, que lleva consigo el rechazo de la candidatura presentada para el desempeño de cargos públicos —*nomen non recipere*. Tanto una como otra son de carácter arbitrario, no afectan a la esfera del *ius privatum* y se pronuncian a la vista de los antecedentes políticos o personales de los ciudadanos.

Por algunas leyes —*Cornelia de ambitu*, *Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, *Iulia et Papia Poppaea*, *Iulia de adulteriis*— se incapacita a determinadas personas para realizar ciertos actos.<sup>149</sup> La *lex Iulia municipalis*<sup>150</sup> prohíbe el acceso a algunos cargos a personas que han cometido hechos deshonorosos.

En el Edicto pretorio se señalan las personas que, por razón de una conducta reprobable, solo pueden postular —abogar— para sí o para parientes cercanos. De igual modo, se indican en él las que, también en orden a los juicios, no pueden actuar mediante representante —*procurator, cognitor*— o no pueden valerse del mismo. Sin embargo, en ninguna parte del Edicto se declara expresamente *ignominiosae* a tales personas.<sup>151</sup>

En el Derecho justiniano es *infamis* o *infamia notatur*:<sup>152</sup> a) el que se ejercita en artes deshonorosos o practica oficios deshonestos; b) el que realiza ciertos actos que ofenden a la moralidad, y así, p. ej., el bigamo, la mujer que pasa a segundas nupcias antes de que transcurra el año de luto, y el que contrae dobles esponsales; c) el condenado en juicio público —prevaricación, calumnia—; d) el condenado por comisión de ciertos delitos privados —hurto, robo, injuria, dolo—, o por violación de deberes inherentes a determinadas relaciones de confianza —depósito, sociedad, mandato, tutela.

Efectos de la infamia, en el Derecho justiniano, son las incapacidades para nombrar o ser nombrado procurador judicial,<sup>153</sup> desempeñar cargo público, testificar y ejercitar una acción popular. La infamia dura toda la vida, a no ser que el senado o el príncipe concedan al infame la *in integrum restitutio*.

2. *Religión*. — Dentro del mundo pagano, la religión no influye sobre la capacidad jurídica. Por el contrario, con Constantino y sus sucesores se establecen ciertas limitaciones que afectan a los que viven fuera del credo cristiano ortodoxo. Los judíos, los paganos y los heréticos no pueden ejercer cargos públicos, ni ser testigos en actos jurídicos, ni poseer esclavos cristianos. Los judíos no pueden unirse en matrimonio con mujeres cristianas. Los apóstatas y los heréticos no pueden testar ni donar. Los maniqueos —los más perseguidos, entre los heréticos— carecen de capacidad para disponer por actos *inter vivos* y *mortis causa*.

3. *Condición social y profesión*. — La pertenencia a determinadas clases y profesiones influye sobre la capacidad jurídica, en el sentido de aumentarla o disminuirla. Baste recordar la contraposición entre patricios y plebeyos, que se tradujo, hasta su superación poco antes de los finales de la República, en la limitación del acceso de los últimos a la magistratura y al senado y en la prohibición de los matrimonios mixtos

Los magistrados provinciales, los senadores y los militares gozan de ciertos privilegios, pero les alcanzan también algunas limitaciones. Los magistrados provinciales están impedidos para realizar determinados actos dentro del territorio en que ejercen su cargo, tales como adquirir bienes inmuebles, recibir regalos, o ejercer el comercio; a los senadores se les prohíben las nupcias con libertas; a los soldados, en fin, no se les permite —en época clásica, cuando menos— el matrimonio y la manumisión de esclavos.

4. *Sexo*. — La posición jurídica de la mujer es muy inferior a la del hombre. No solo carece de capacidad para participar en las tareas políticas, sino que sufre graves limitaciones dentro de la esfera privada. En efecto, no puede ejercer la *patria potestas*, ni puede tampoco —salvo particulares excepciones de la época justiniana— ser tutora de impúberes y adoptar hijos. Igualmente, le está vedado intervenir como testigo en un testamento, figurar en juicio por otros —*postulare pro aliis*— entablar una acusación pública y contraer obligaciones en favor de terceros —*intercedere pro aliis*, en los términos del S. C. Veleyano, del año 46 de C. —. Una *lex Voconia*, del 169 a. de C., limitó

su capacidad de suceder por testamento, y limitado fue asimismo, por obra de la jurisprudencia, su derecho de sucesión legítima o *ab intestato*.

La mujer se halla siempre sometida a una potestad familiar: la *patria potestas* (§ 125), si es *filiafamilias*; la *manus* (§§ 125, 126), si es esposa, y la tutela (§ 139), si es *sui iuris*. La tutela de la mujer *sui iuris*, cualquiera que sea su edad, tiene el carácter de perpetua, hasta que desaparece totalmente en el Derecho posclásico y justinianeo.<sup>154</sup>

5. *Edad*. — En orden a la edad, se distingue entre el *infans*, el *impubes* y el *minor*.

*Infans* es aquel que no puede hablar, o mejor, que no puede hablar con razón y juicio: *qui fari non potest*. Justiniano señala, a este respecto, la edad de siete años como fin de la *infantia*.<sup>155</sup> El *infans* tiene incapacidad absoluta de obrar.

*Impubes* es la persona —varón o hembra— que ha alcanzado el desarrollo intelectual suficiente para intervenir en el tráfico jurídico.<sup>156</sup> Tal desarrollo va parejo con el sexual, y es menester, según los sabinianos, determinar el caso por caso, mediante una *inspectio corporis*. Justiniano hace suya, por razones de *pudicitia*, la opinión de los proculeyanos, a tenor de la cual hombres y mujeres alcanzan la pubertad, respectivamente, con el cumplimiento de los catorce y de los doce años. El *impubes* es incapaz para todos aquellos negocios que puedan acarrearle perjuicio, y no puede, por tanto, obligarse ni enajenar, aun cuando tenga la capacidad de adquirir y de obligar al extraño que con él contrata. En el derecho de familia veremos las reglas que rigen respecto del *impubes* sometido a tutela.

Bajo el nombre de *impuberes* se comprende el de infantes, siempre que uno y otro no resulten contrapuestos.

En los textos se establece una distinción entre impúberes *infantiae proximi* y *pubertati proximi*. Los primeros no son responsables por razón de los delitos; los segundos, en cambio, se obligan *ex delicto*, siempre que sepan que delinquen y habida cuenta de la clase de hecho delictual.<sup>157</sup>

El *pubes* tiene plena capacidad para disponer de su patrimonio, para obligarse y para actuar en juicio. Sin embargo, en relación con el menor de veinticinco años se estableció, como veremos en el derecho de familia, una *cura*: la *cura minorum viginti quinque annorum*. En sentido técnico, *minor* es el menor de veinticinco años.

## § 36. «Capitis deminutio»

### I. Concepto y clases

La pérdida de la libertad *status libertatis*—, o de la ciudadanía —*status civitatis*—, o de la posición que se ocupa en la familia —*status familiae*—, es designada por los clásicos con la expresión *capitis deminutio*.<sup>158</sup>



La *capitis deminutio* se distingue en tres clases: *maxima*, *media* y *minima*, según implique, respectivamente, la pérdida de la libertad, de la ciudadanía o de la posición familiar.

La capacidad jurídica no se identifica con el *status personarum* u *hominum*, y, por otra parte, la *capitis deminutio* no debe ponerse en relación con aquélla, sino con éste. Cabalmente, la capacidad jurídica no coincide con el *status personarum*, ya que si para gozar plenamente de la misma se precisan la libertad y la ciudadanía, no basta tener, además, el *status familiae*. Como hemos dicho más de una vez, tanto el *homo alieni iuris* como el *homo sui iuris* tienen una posición en la *familia* —el *status familiae*, *status* por antonomasia —pero solo el último disfruta de plena capacidad.

El concepto de *capitis deminutio*, a fuerza de ser más amplio, no se traduce por el de pérdida o disminución<sup>159</sup> de la capacidad jurídica. En verdad que las *capitis deminutiones maxima y media* llevan aparejado un empeoramiento de la condición jurídica, pero no puede decirse lo mismo, si se exceptúan algunos casos —*adrogatio, conventio in manum* de mujer *sui iuris*—, de la *minima*. La *capitis deminutio*, que debemos traducir por pérdida del *status*, puede no significar ni una extinción ni una disminución de la capacidad jurídica, y aun hay situaciones en que importa todo lo contrario: la adquisición de ésta en su plenitud. Tal ocurre, p. ej., cuando se emancipa a un hijo, convirtiéndole de *alieni iuris* en *sui iuris*. No menos se llama *capite minutus* al hijo emancipado que al individuo dado en arrogación, que de *sui iuris* pasa a ser *alieni iuris*.

En su sentido originario, la *capitis deminutio* no es otra cosa que la pérdida del estado —*status*— que antes se tenía. Lo relevante, lo que tiene significación en la mente romana, es la pérdida del estado, considerada en sí misma, y no las consecuencias que de ella puedan derivarse para la capacidad jurídica.<sup>160</sup>

La pérdida del *status familiae* que se tenía, implica la ruptura del vínculo familiar —*ius agnationis*—, con todas sus consecuencias: sucesión y tutela agnaticia, gentilicia y patronal. Bajo este aspecto, el *capite deminutus* muere para su *familia proprio iure*, y la muerte pudo representar una verdadera pérdida de la capacidad jurídica en la vida precívica, cuando los grupos familiares eran independientes y autónomos. Ciertamente, el que entonces salía de su *familia*, se convertía en extranjero.

En época histórica, la pérdida del *status familiae* —*capitis deminutio minima*— puede seguir significando una muerte en relación con la *familia proprio iure*, pero el *capite deminutus* «comienza una nueva vida en otra familia y continúa la antigua respecto de la ciudad».<sup>161</sup>

Es ahora cuando viene bien hablar de *status mutatio*,<sup>162</sup> de cambio en la posición familiar. Por lo que toca a la capacidad jurídica en sí misma, el cambio puede ser *indiferente*, como ocurre cuando un *filiusfamilias* pasa de una a otra familia, sin que varíe su condición de tal —*adoptio, conventio in manum* de la mujer *alieni iuris* (§ 126)—; *ventajoso*, cual sucede en

el caso de que un *alieni iuris* se convierta en *sui iuris* —emancipación anastasio y justiniana, salida del *mancipium* para hacerse *sui iuris*, *diffarreatio* (§ 127)—, o *perjudicial*, si importa la reducción de un *sui iuris* a la condición de *alieni iuris* —*conventio in manum* de mujer *sui iuris*, arrogación (§ 126).

## II. Efectos

La *capitis deminutio maxima* lleva aparejada, además de la pérdida de la libertad, la de la ciudadanía y la de la familia. Destruída plenamente la personalidad jurídica, los derechos patrimoniales del *capite minutus* son adquiridos por el Estado, si la pérdida de la libertad se funda en título de pena —*servitus poenae*—, por los acreedores, o por aquel en quien recae la condición de *dominus*. No son objeto de adquisición, en cuanto que se extinguen irrevocablemente, los derechos de usufructo y análogos. Las obligaciones contractuales se extinguen por derecho civil —*iure civili*—, pero el Pretor otorga una acción útil contra el adquirente del patrimonio del *minutus* y, en última instancia, introduce al acreedor en la posesión de sus bienes —*missio in possessionem* (§ 52).

La responsabilidad por las deudas alcanza igualmente al Estado y a los particulares, si bien, por lo que toca al primero, no sobrepasa los límites del activo adquirido. Las obligaciones provenientes del delito no se extinguen en ningún caso.

En relación con el romano que cae prisionero del enemigo, rigen principios especiales, sobre los cuales ya se ha hablado.<sup>163</sup> Al frente de sus bienes es puesto un *curator*, que ejerce funciones guardadoras hasta que sobrevenga el retorno, o bien hasta que se tenga constancia de su muerte.

La *capitis deminutio media* lleva consigo la pérdida de la capacidad civil y, consiguientemente, de la familia. Los derechos patrimoniales siguen vinculados al mismo sujeto, pero su situación no se regula ya por la ley romana, sino por la de la nueva ciudad a la que se incorpora, o bien por las normas del *ius gentium*. En cuanto a las deudas, el Pretor confiere a los acreedores la posesión de los bienes —*missio in possessionem*— del deudor, facultándoles para enajenarlos y satisfacerse así con el precio de la venta. Si tales bienes han sido confiscados,<sup>164</sup> el Pretor otorga a los acreedores acciones contra el Estado o contra el deportado, cuando hubiera quedado libre de confiscación parte de su patrimonio.

La *capitis deminutio minima* supone la pérdida del *ius agnationis*, con todas sus consecuencias en los órdenes familiar y sucesorio. El *adrogatus* y la mujer *sui iuris conventa in manum* pierden su patrimonio, que pasa a poder del *paterfamilias* bajo cuya *potestas* se colocan.<sup>165</sup>

### § 37. Muerte

La persona física, el hombre, se extingue con la muerte. La muerte, lo mismo que el nacimiento, es considerada como un hecho, en términos que debe ser probado por quien funde sobre él cualquier pretensión. La prueba puede ofrecer dificultades, especialmente cuando hay que señalar el momento en que fallecieron varias personas, para decidir sobre los derechos sucesorios que les competen recíprocamente.<sup>166</sup>

Según el Derecho clásico, si dos personas perecen en un mismo accidente —incendio, ruina, naufragio, inundación, batalla— y no es dable probar cuál murió primero, se considera que ambas murieron contemporáneamente: *non videtur alter alteri supervixisse*.<sup>167</sup> En tal consideración no ha de verse una presunción de conmoriencia, sino el resultado de no poder probar cuál de las dos personas premurió a la otra.

El Derecho justinianeo se aparta del criterio de la contemporaneidad, al establecer una presunción de premoriencia para un caso particular. Si en un mismo siniestro perecen padre e hijo, se presume que premuere el hijo, si es impúber, y que sobrevive, por el contrario, si es púber.<sup>168</sup> Por lo demás, semejante presunción se funda en la distinta resistencia física.

La institución de la *ausencia* es extraña al Derecho romano. Sus primeras bases fueron sentadas por la práctica medieval, que consideró como término ordinario de la vida la edad de setenta años, tal como se dice en el versículo 10 del salmo 89. A tenor de lo establecido por tal práctica, se presume muerto el ausente de quien no se sabe que viva, cuando hubiera llegado, de haber vivido, a los setenta años. Si el ausente tuviera tal edad cuando se marchó, se le da por muerto cinco años después de su desaparición.

### § 38. Personas jurídicas<sup>169</sup>

#### I. Naturaleza de la personalidad jurídica

No solo el hombre es *persona* para el Derecho. Lo sería si en el mundo no contasen las obras objetivas, si en la vida no fraguasen a diario necesidades, tendencias e ideales que van más allá de la propia existencia del hombre. Pero entonces —sobra decirlo— el Derecho mismo tendría otra *figura*.

Aparte de que el Derecho no se dirija nunca al hombre aislado, al hombre *abstracto*, un orden jurídico que contemple únicamente a la persona singular impediría el logro de los fines para los que es necesaria la colaboración de las fuerzas sociales, y frustraría la realización de aquellos otros que sobrepasan la corta duración del individuo. Junto a la necesidad que tiene la norma jurídica de salvaguardar los fundamentales intereses del hombre, confiriéndole la titularidad —más o menos exclusiva— de ciertos derechos, se presenta también la imperiosa tarea de dar *forma jurídica* a organizaciones

humanas que imprimen al patrimonio un sentido social, a la vez que aseguran su estabilidad y su continuidad. Tales son las *personas jurídicas*, agrupaciones de hombres —asociaciones— y ordenaciones de bienes —fundaciones— a las que la ley reconoce, en la esfera patrimonial, la cualidad de sujetos de derecho.

## II. La personalidad jurídica en el Derecho romano

En el Derecho romano antiguo, la personalidad jurídica presenta unas características que fácilmente escapan a la comprensión de los modernos. Falta allí el concepto de persona jurídica y, por otra parte, la persona singular no se concreta en el individuo, sino en el *paterfamilias*. En la genuina concepción romana no existen individuos.

El *ius publicum* o *ius populi* es concebido como superestructura indeclinable, de forma que ni aun en las relaciones patrimoniales deja el Estado de colocarse en posición de soberano. El Estado puede ser comprador, vendedor, arrendador, etc., pero en cualquiera de los casos no se sitúa en plano de igualdad con la otra parte. Ciertamente, el Estado no es persona jurídica, sujeto activo o pasivo de derechos patrimoniales en el sentido del Derecho privado. Para éste cuentan, de modo único, las relaciones entre personas jurídicamente equiparadas, y por tales solo puede tenerse a los *paterfamilias*.

El Estado —el *populus*— tiene un patrimonio, pero los bienes que integran el mismo no son susceptibles de propiedad privada. Lo que pertenece a todos *en común*, no puede pertenecer a nadie, es decir, a ningún particular, individualmente: *quae publice sunt nullius in bonis esse creduntur*.<sup>170</sup> La *res publicae* o *populicae* entran en la categoría de la *res extra commercium* y, como tales, quedan al margen del tráfico jurídico privado.

Tampoco son personas jurídicas, sino partes u órganos del Estado, los antiguos *collegia* y *sodalitates*.<sup>171</sup>

El concepto de personas jurídicas surge por vez primera en relación con las comunidades<sup>172</sup> que forman parte del Imperio, en la época anterior al 212 de C. En rigor, las comunidades incorporadas a la ciudadanía romana —*municipia*— dejan de ser *civitates*, al perder la propia soberanía, y se convierten en simples lugares fortificados —*oppida*. Negada su existencia política soberana, los *municipia* se rigen, en la esfera patrimonial, por el Derecho privado. Es entonces cuando se definen como personas jurídicas.

La precisa separación entre las relaciones de la corporación o conjunto de individuos y la de los particulares miembros que la componen, es afirmada por los juristas con referencia a los *municipia*: *si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent* (si se debe algo a una corporación, no se debe a cada uno de sus miembros, ni lo que debe la corporación lo debe cada uno de ellos).

Verdad es que el Municipio, aunque privado de soberanía, tiene una administración local autónoma, y que los órganos de ésta —magistrados, consejos, asambleas— imitan los de la constitución romana. Pero el Estado romano no es persona jurídica, y se distingue de las comunidades atraídas a su órbita:<sup>173</sup> *publica appellatio in omnibus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur*<sup>174</sup> (la designación de «público» se refiere en muchos casos al pueblo romano, mientras que las ciudades tienen consideración de personas privadas). Incluso en sus relaciones patrimoniales, el *populus Romanus*, siempre soberano, se sustrae al Derecho privado.<sup>175</sup>

Sobre el tipo del Municipio —*ad exemplum rei publicae*— se reconoce luego la condición de sujetos privados a los demás cuerpos colectivos: *collegia, sodalitates, universitates*.<sup>176</sup>

Si el Estado no es persona jurídica, otro tanto cabe decir del Fisco. A comienzos del Principado, el *fiscus* es el patrimonio destinado a la administración imperial —*quasi propriae et privatae principis*, dice Ulpiano<sup>177</sup>—, y se distingue del *aerarium populi Romani*, del propio y verdadero patrimonio del Estado. Después, en la Monarquía absoluta, cuando el emperador se sobrepone a los órganos republicanos, se confunde con el *aerarium*, para convertirse en la Caja central del Estado. En este momento, el Fisco no es más que el patrimonio del Estado, tal como lo fuera el *aerarium* de la época republicana. Ciertas expresiones que encontramos en los textos de la jurisprudencia y en las constituciones imperiales, tales como las de *ius fisci*, *debitores fisci*, *stationes fisci*, pueden inducir a una consideración del Fisco como ente en sí, esto es, destacado del *populus*, y semejante a las actuales fundaciones. Sin embargo, semejante lenguaje solo debe tener valor aproximado y de comodidad,<sup>178</sup> y, por otra parte, no cabe desconocer la serie de importantes privilegios que colocan al Fisco, así en el derecho material como en el formal, por encima del terreno privado.<sup>179</sup>

## § 39. Asociaciones

### I. Definición. Nombres y especies

Asociación es la colectividad de personas unidas entre sí —en unidad orgánica— para la consecución de un fin, y a la que la ley reconoce como sujeto de derecho.

La asociación es designada por los romanos con diversos nombres: *societas*, *ordo*, *sodalitas* o *sodalitium*, *collegium*, *corpus*, *universitas*.<sup>180</sup> Los dos primeros son los más frecuentes y, además, no se emplean exclusivamente para indicar la asociación. *Sodalitas* es una asociación de tipo religioso, caracterizada por la reunión de sus miembros en banquete —y de ahí viene el nombre. En rigor, *collegium* —antiguo *conlegium*— es una asociación cons-

tituida con fines de culto y, precisamente, por mandato del Estado. El término *collegium* llegó a generalizarse, viniendo también a comprender las que antes se llamaban *sodalitates*. *Corpus y universitas* son los que verdaderamente significan la personalidad jurídica de la asociación.<sup>181</sup>

## II. Requisitos

Para que exista una asociación son necesarios los siguientes requisitos:

- a) La reunión, en el momento constitutivo, de tres individuos, cuando menos: *tres faciunt collegium*.<sup>182</sup> Solo así puede tener lugar una deliberación por mayoría.<sup>183</sup>
- b) El estatuto o ley —*lex collegii, lex municipii*<sup>184</sup>— que disciplina la organización y el funcionamiento.
- c) El fin *lícito*, sea cualquiera la actividad a desarrollar: profesional, cultural, política, religiosa, etc.

Cuando se dan tales requisitos, la asociación existe como sujeto dotado de personalidad jurídica. No es preciso, en modo alguno, el reconocimiento expreso por parte del Estado. Verdad es todavía que el Estado autoriza o prohíbe la constitución de la asociación, pero esto es algo que atañe a la licitud o ilicitud del fin, según razones y principios que encuentran su explicación en el Derecho público. La autorización gubernativa no implica atribución de la personalidad jurídica. Es a la asociación a la que toca decidir sobre su propia autonomía patrimonial.<sup>185</sup>

Las XII Tablas permitían que las asociaciones —*collegia y sodalitates*— se diesen su propio estatuto, si bien no debía ser contrario al Derecho público.<sup>186</sup> Tal explícito y general consentimiento se traduce, de hecho, en un régimen de libertad. En los últimos tiempos de la República se implanta un criterio restrictivo, a causa, sobre todo, de que la mayoría de las asociaciones se entregan a la conspiración bajo el disfraz de colegios y sodalicios religiosos. Por el partido imperante en cada momento son disueltas las asociaciones que le son contrarias, es decir, las del partido que le hace oposición. La disolución alcanza, bajo César y Augusto, a numerosas asociaciones convertidas en focos de corrupción política y social.<sup>187</sup> Una *lex Iulia de collegiis*, aprobada por los comicios a propuesta de Augusto, según parece, disolvió las asociaciones existentes, salvo las de más antigüedad y nobleza de tradición, y sometió la constitución de las nuevas, caso por caso, a la autorización del Senado o del príncipe. Ciertas asociaciones —los *collegia funeraticia*, p. ej.— fueron autorizadas de una vez, esto es, en conjunto, por medio de senadoconsultos.<sup>188</sup>

### III. Capacidad jurídica

Las *civitates* pueden ser sujetos de toda suerte de relaciones patrimoniales: derechos de propiedad, usufructo, prenda, obligación, etc. Pueden manumitir los propios esclavos,<sup>189</sup> adquiriendo sobre ellos el patronato y, por razón de éste, el derecho de sucederles *ab intestato*.<sup>190</sup>

La capacidad en materia de herencia y legado se formó gradualmente. En un primer momento, solo pudieron recibir legados de personas pertenecientes a la propia comunidad ciudadana. Más tarde, bajo Nerva y Adriano, fue concedido el recibirlos de cualquier persona perteneciente al Imperio.<sup>191</sup> Según una regla que Ulpiano formula como vigente en su tiempo, los municipios no pueden ser instituidos herederos, por considerarse que son un *corpus incertum*, en términos que ni al testador le es dable representarse a todos los *municipes*, ni a todos los *municipes* les es dable aceptar la herencia.<sup>192</sup> Un senadoconsulto de la época imperial facultó a los municipios para ser instituidos por los propios libertos.<sup>193</sup> El senadoconsulto Aproniano —117 o 123 de C.— reconoció la posibilidad de otorgar un fideicomiso universal a favor de las ciudades.<sup>194</sup> Una constitución de León, del 469, presupone ya la plena capacidad de las ciudades para toda suerte de adquisiciones *mortis causa*.<sup>195</sup>

Las ciudades no pueden hacer donaciones,<sup>196</sup> ni pueden recibir las, si no es limitadamente.<sup>197</sup>

La capacidad de los *collegia* se modela sobre la de las *civitates*. Como ellas, pueden ser titulares de derechos de propiedad, derechos reales sobre cosa ajena, créditos y deudas. La facultad de manumitir esclavos,<sup>198</sup> así como la de adquirir legados,<sup>199</sup> les fueron concedidas por Marco Aurelio. La capacidad de ser instituidos herederos no la tuvieron, incluso a fines del siglo III, más que determinados *collegia*, y en virtud de privilegio.<sup>200</sup> Con Justiniano, la capacidad de suceder es extendida a todas las asociaciones lícitas.<sup>201</sup>

Para los efectos del Derecho privado, la asociación constituye un ente en sí, una sola individualidad. Es a ella, como tal, a la que se refieren tanto los derechos como las obligaciones. He aquí varios principios expresivos de semejante personificación:

- 1) Los créditos de la asociación no son créditos de los individuos componentes, ni las deudas de aquélla deudas de éstos.<sup>202</sup>
- 2) Los bienes de la asociación no se hallan en copropiedad de los asociados, sino en propiedad exclusiva, separada e individual, del ente.<sup>203</sup>
- 3) El *actor* nombrado por la asociación para intervenir en juicio, representa a ésta, y no a los particulares.<sup>204</sup>
- 4) La asociación subsiste, como individualidad aparte, aunque se renueven los miembros, o aunque éstos se reduzcan a uno.<sup>205</sup>

La asociación se distingue de la sociedad. Asociación y sociedad tienden al logro de un fin común mediante la reunión de varias personas, pero la primera actúa en el mundo jurídico como sujeto individual y autónomo; la segunda, no trasciende al exterior, porque es una simple relación contractual entre los socios. Lo que está en la asociación, a ella pertenece, como ente en sí; lo que está en la sociedad, es patrimonio común de los socios. Los acreedores de la asociación solo pueden accionar contra ésta; los acreedores de la sociedad, únicamente contra los particulares socios. La renovación de los miembros no afecta a la *subsistencia* de la asociación, la muerte o salida de un socio acarrea de ordinario la extinción de la sociedad. En la asociación en fin, decide la deliberación de la mayoría; en la sociedad, la voluntad individual de los socios.

#### IV. Organización interna

Las asociaciones privadas suelen organizarse a imagen de la corporación municipal —*ad exemplum rei publicae*— con un estatuto —*lex collegii, pactio, conventio*—, una asamblea general de todos los miembros —*populus o respublica collegii, numerus collegii*—, una caja común —*arca communis, arca collegii*—, un consejo de administración —*ordo collegii*— y uno o varios representantes especiales —*actores*— o permanentes —*syndici*<sup>206</sup>— para los negocios o los litigios.

#### § 40. Fundaciones<sup>207</sup>

En el lenguaje jurídico moderno se llama fundación al patrimonio destinado a un cierto fin, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, con carácter de perpetuidad o de duración indeterminada, y al que la ley reconoce como sujeto de derecho. De una entidad así definida, esto es, de un patrimonio personificado, solo se encuentra un esbozo en el Derecho justiniano.

Cierto que entre los romanos se sintió tanto la idea como la necesidad de adscribir masas de bienes o enteros patrimonios a fines duraderos de pública utilidad, como lo prueba el abundante material epigráfico llegado a nosotros, pero no se llegó en Roma a considerar como sujeto de derecho a un simple patrimonio. Falta allí la fundación moderna o «independiente».

Para actuar la voluntad benéfica del disponente, se recurre en la época clásica a medios indirectos. Queriendo adscribir un patrimonio a un fin de pública utilidad, p. ej., a la distribución de alimentos entre personas necesitadas, a la cura de enfermos pobres, se dona o lega a una ciudad o a un colegio, imponiendo al donatario o legatario la obligación de destinar las rentas al fin previsto —«fundación fiduciaria»—. En tal supuesto, no cabe hablar de constitución de persona jurídica, sino únicamente de disposición *sub modo*.



El patrimonio pasa en propiedad al donatario o legatario, que solo asume la obligación personal del cumplimiento de la carga —*modus*—. El adquirente puede ser constreñido a respetar la voluntad del fundador, ya sea mediante la imposición de multa —*stipulatio poenae*—, ya estableciendo el paso de los bienes a otra persona en caso de incumplimiento.

Tampoco son personas jurídicas las fundaciones de caridad creadas por Nerva y Trajano.<sup>208</sup> Estos emperadores confiaron capitales a algunas ciudades, con la obligación de emplear las rentas de los mismos en el socorro alimenticio de hijos de padres pobres.<sup>209</sup> Propietario de los capitales, de los créditos y de los intereses es siempre el emperador; la ciudad solo participa en la administración.

El fervor de caridad promovido por el Cristianismo, hace que muchas personas dediquen enteros patrimonios a la creación y sostenimiento de hospitales, asilos de huérfanos —*orphanotrophia*—, hospicios de niños expósitos —*brephotrophia*—, de peregrinos —*xenodochia*—, de indigentes —*ptochotrophia*—, de ancianos —*gerontocomia*. El fundador entrega el capital a la iglesia, con la carga de destinarlo a alguno de los fines piadosos o benéficos que se realizan mediante tales establecimientos. Hay veces en que la iglesia o el obispo son meros vigilantes del cumplimiento de la voluntad del disponente, pero hay otras en que desempeñan una preeminente función administradora. En cualquier caso, no puede decirse que el patrimonio fundacional pertenece a la iglesia o al obispo, ni tampoco que constituye una entidad separada e independiente, un sujeto de derechos erigido en propia cabeza.

Justiniano otorga varios privilegios a las disposiciones por las que se consagra el patrimonio a fines religiosos o de beneficencia —*piae causae*— y así, p. ej., la exención de las formas que rigen en materia de donaciones. Por lo demás, lo que cuenta en primer término es la cumplida ejecución de la voluntad del fundador.<sup>210</sup>

La legislación justiniana no llega a afirmar de un modo decidido la personalidad de los patrimonios fundacionales. Sin embargo, no es de negar que en ella se perfilan algunos rasgos de autonomía, cuando dice que tienen facultades de heredar —*nomen et ius heredum*—, reclamar créditos —*creditoribus respondere*— entablar acciones —*actionem movere*—, contraer permutas y locaciones enfiteúticas.<sup>211</sup> Son los pilares en que se asienta la concepción moderna de la fundación «independiente», esto es, de la verdadera fundación, en sentido jurídico.



## CAPÍTULO II

# NEGOCIOS JURÍDICOS

*Los juristas romanos no han elaborado una teoría general del negocio jurídico, que es manifestación de voluntad dirigida a adquirir, modificar o perder un derecho subjetivo, de acuerdo con un fin práctico permitido por la ley.*

*El mismo término negotium no tiene, ni mucho menos, el significado que actualmente le atribuimos. La teoría general del negocio jurídico es fruto de un proceso de abstracción, llevado a los términos en que hoy se nos ofrece por obra de los pandectistas del siglo XIX y de los civilistas modernos.*

*Una de las características del temperamento latino es la tendencia hacia la concreción y la tipicidad. Esto no significa, sin embargo, que los juristas romanos no hayan tenido conciencia de la generalidad de algunos conceptos e instituciones. Bajo determinados aspectos, agrupan y aproximan figuras, siempre que la reunión y engarce no violente una cierta razón y medida de la homogeneidad. En cualquier caso, no cabe negar el fundamento romano de las doctrinas de la condición y del término, de las relaciones entre voluntad y manifestación de la causa, etc. Pero si lo que en Roma tenía aplicación limitada, ha sido llevado a consecuencias de generalidad, será menester distinguir con puntos y tiempos lo que es propiamente romano de lo que es obra del artífice moderno.*

*De todas maneras, una exposición del negocio jurídico, de su concepto y de cuanto gira en torno a éste, no ofrece riesgos si se utiliza como categoría general de referencia, y resulta provechosa, ya que permite exposiciones ordenadas de supuestos objetivamente homogéneos.<sup>1</sup>*

### § 41. Concepto y clases de negocios jurídicos<sup>2</sup>

La concreta aplicación de la norma jurídica depende de que se verifiquen ciertos hechos por ella genéricamente prefijados. Los hechos que son presupuestos para tal aplicación reciben el nombre de *hechos jurídicos*.

El hecho que produce consecuencias jurídicas tanto puede pertenecer al mundo humano como al mundo de la naturaleza. Se distingue así entre hechos voluntarios y hechos no voluntarios.

Hechos no voluntarios son los independientes de la voluntad del hombre, como el nacimiento o la muerte de una persona, el transcurso del tiempo, la caída de un edificio. Mayor significación e importancia tienen los hechos que tienen su origen en la voluntad, como la aceptación de una herencia, el matrimonio, la ocupación o el abandono de una cosa.

Los hechos voluntarios son llamados propiamente *actos jurídicos*. Dentro de ellos hay que distinguir dos típicas categorías: a) el *acto ilícito*, perseguidor de un fin prohibido por la ley, y contra el cual ésta reacciona, a fin de restaurar el orden jurídico; b) el *negocio jurídico*, acto dirigido al logro de un fin que la norma jurídica reconoce y tutela.

El negocio jurídico es una manifestación de voluntad encaminada a la consecución de un fin práctico permitido y protegido por la ley. Consecuencia del negocio jurídico es la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho subjetivo, de acuerdo con el fin práctico. Si bien no cabe hablar de identificación entre el fin práctico querido por el sujeto y el efecto del propio negocio jurídico, debe señalarse la progresiva tendencia del Derecho a hacer compatibles uno y otro.<sup>3</sup>

Los juristas romanos no han elaborado una teoría general del negocio jurídico.<sup>4</sup> Ésta ha sido elaborada por la pandectística alemana del siglo XIX y la civilística moderna.

La categoría del negocio jurídico está integrada por una amplia variedad de figuras. Atendiendo a las particulares circunstancias con que las mismas se presentan, la ciencia moderna formula diferentes clasificaciones. He aquí las principales:

a) *Negocios unilaterales y bilaterales*. — Se llama unilateral al negocio jurídico puesto en existencia por la voluntad de un solo sujeto, como sucede, p. ej., con el testamento, la aceptación de herencia, la emancipación. Es bilateral el creado por las voluntades de dos sujetos, en virtud de un acuerdo — *consensus* —, como la compraventa, la adopción, el matrimonio.<sup>5</sup>

b) *Negocios formales o solemnes y no formales o no solemnes*. — Se llaman formales o solemnes aquellos negocios respecto de los cuales está prescrita por el ordenamiento jurídico la observancia de una forma precisa y taxativa. No formales o no solemnes son los negocios en los que la manifestación de voluntad puede tener lugar de cualquier modo. En el ámbito del *ius civile*, todos los negocios están dominados por el imperativo de la forma. El principio de la libertad formal o, si se quiere, el de la no exigencia de una forma determinada y rigurosa, encuentra su reconocimiento en las corrientes del *ius honorarium* y del *ius gentium*.

c) *Negocios onerosos y gratuitos*. — Los primeros importan la adquisición de un derecho o de una ventaja económica mediante una contrapartida.

Se trata, en todo caso, de un cambio de prestaciones, de un recíproco desprendimiento patrimonial, como ocurre, p. ej., en la compraventa. En los negocios gratuitos, la adquisición se verifica sin una pérdida correspondiente, como en la donación.

d) *Negocios causales y abstractos*. — En los primeros, el fin práctico que, de modo inmediato, persiguen las partes, se unimisma con el negocio, dotando a éste de una estructura y de una función uniformes. Así, p. ej., el negocio «compraventa» es inseparable del fin práctico consistente en el cambio de cosa por precio.

Este fin práctico, que técnicamente se llama «causa», no aparece en los negocios abstractos. Tal no significa, sin embargo, que no exista, sino que se prescinde de su inmediata consideración, habida cuenta de que el acto o negocio sirve a varios fines. En la *stipulatio*, p. ej., se hace una promesa —*centum dari spondes? spondeo*—, (prometes dar cien? prometo) pero no se indica el fin de la misma. No se dice aquí si la promesa obedece a una donación, a un pago, a una prestación de garantía, a una constitución de dote, etc.

El negocio causal no produce efecto alguno cuando resulte probada la ilicitud del fin o su propia falta; el negocio abstracto, en iguales circunstancias, es llevado a sus últimas consecuencias, si bien se pueden neutralizar o paralizar sus efectos con remedios particulares.<sup>6</sup>

e) *Negocios «mortis causa» e «inter vivos»*. — *Negocios mortis causa* son aquellos que tienen por objeto regular el destino del patrimonio o de particulares bienes después de la muerte del disponente. De modo contrario, los negocios *inter vivos* gozan de eficacia en vida de ambas partes.<sup>7</sup>

## § 42. Formas de manifestación de la voluntad

Nervio del negocio jurídico es la voluntad, entendida como la *conciencia* que deben tener las partes acerca del negocio que realizan y su efectiva disposición a realizarlo, si bien no se les exige un conocimiento riguroso y preciso de la naturaleza del negocio al ser reconocido por el Derecho.<sup>8</sup>

La voluntad interna no es suficiente para que el negocio nazca a la vida de la realidad jurídica. La voluntad ha de ser declarada o manifestada, ya sea de acuerdo con las normas prescritas por la ley, ya a tenor de la peculiar naturaleza de las relaciones que entran en juego. Tal declaración puede ser oral o escrita, expresa o tácita, con solemnidad o sin ella.<sup>9</sup>

El silencio, en general, no equivale a declaración de voluntad. En ciertos negocios —*mancipatio* e *in iure cessio*—, el propio Derecho otorga al silencio, ritualmente consustancial al gesto, al *gestus*, valor de asentimiento. Fuera de ellos, el silencio tiene eficacia cuando la índole del acto o las particulares circunstancias del caso excluyen que se calla por razones diversas de la voluntad de consentir.<sup>10</sup>

Cuando se habla de silencio —*silentium* o *perseverantia voluntatis*, *tacere*, *non contradicere*, *non dissentire*, *non recusare*—, se hace referencia a una voluntad consciente, solo que juzgada por tal mediante interpretación. Se trata, en todo caso, de una *voluntas* efectiva, si bien manifestada a través de un comportamiento pasivo.<sup>11</sup>

### § 43. Manifestación de la voluntad por medio de otra persona y representación

La voluntad puede manifestarse por medio de otra persona. El intermediario o *nuntius* no es más que un agente o instrumento, un vocero del declarante. En cualquier caso, el negocio produce todos sus efectos en cabeza del sujeto que se sirve del *nuntius*.

No debe confundirse la manifestación de la voluntad por medio de otra persona con la representación. El Derecho romano no conoce la *facultad de representar*, esto es, de manifestar la voluntad en negocio que se concluye por cuenta y en nombre de otro —representación directa—. Conoce únicamente la posibilidad de que se lleve a cabo un negocio *por cuenta de otro*, pero no *en nombre* de otro.

Si el que administra los asuntos de otro, ya sea por razón del oficio —tutor, curador—, ya por convenio —procurador, mandatario—, o ya, en fin, por decisión espontánea —gestor sin mandato—, concluye un negocio en interés del administrado, los efectos del negocio mismo afectan exclusivamente al propio administrador. Es éste quien adquiere y quien se obliga, y solo mediante un nuevo negocio es dable que las consecuencias del primero se produzcan a favor o a cargo del administrado.

Las razones por las cuales el Derecho romano repudia la representación propia y verdadera se explican de varia manera. De un lado, el formalismo de la época antigua exige la intervención directa —personal— en el acto o negocio; de otro, el *paterfamilias* no necesita recurrir a representantes libres, ya que como tales actúan, por imperio de la ley, los individuos sometidos a su *potestas* —hijos y esclavos—. Todo lo que éstos adquieren, revierte automáticamente al patrimonio del jefe familiar.

El desarrollo de la vida social y civil y, principalmente, el gran impulso adquirido por las relaciones de tráfico comercial, abren puertas a la representación encomendada a personas libres. El Pretor y la jurisprudencia, con procedimientos y medidas de diversa índole, logran que se actúe, en determinados casos, el régimen de la llamada «representación directa» o manifiesta. En el curso de esta obra nos referiremos a las singulares aplicaciones, bastando decir por ahora que «un reconocimiento pleno de la representación no existió tampoco en el Derecho justiniano».<sup>12</sup>

#### § 44. Elementos accidentales del negocio jurídico<sup>13</sup>

En ciertos casos —y siempre que lo permita la peculiar naturaleza del negocio—, las partes puede modificar sus efectos mediante cláusulas accesorias. Tales cláusulas reciben el nombre de «elementos accidentales», y aunque obedecen a una libertad de disposición que la norma jurídica no limita de antemano, una vez acordadas, se convierten en elementos esenciales del negocio concreto. Se trata de eventuales declaraciones que otorgan al negocio una especial fisonomía, si bien dejando indemne su contenido natural y constante.

Entre los romanos, el nombre que suele emplearse para designar los elementos accidentales del negocio jurídico es el de *leges*. Hablase de *lex rei suae dicta*, de sometimiento de la cosa a los dictados del titular.<sup>14</sup>

Condición, término y modo son las cláusulas accesorias de más frecuente uso.

##### I. Condición<sup>15</sup>

Condición —*condicio*— es un hecho futuro y objetivamente incierto, del cual depende la eficacia del negocio jurídico. Por ejemplo: *si navis ex Asia venerit, centum dari spondes?* El efecto del negocio, consistente en la entrega de la suma de dinero acordada, queda supeditado a la circunstancia de que la nave llegue de Asia.

A tenor de una moderna distinción, la condición puede ser *suspensiva* y *resolutoria*, según que su realización determine, respectivamente, la producción o el cese de los efectos del negocio jurídico. El concepto romano de condición solo se acerca al concepto moderno de condición suspensiva. Cuando se sentía la necesidad de establecer una condición resolutoria, el efecto práctico de la misma podía alcanzarse añadiendo al negocio principal, concebido puro o sin condición, un pacto —*pactum adiectum*— tendente a su resolución. Así, p. ej., a un contrato de compraventa se agrega el pacto por virtud del cual la venta se tendrá por no hecha si el vendedor recibe, dentro de cierto tiempo, una oferta mejor —*in diem addictio* (§ 101).

En las condiciones suspensivas, mientras está pendiente el hecho eventual —*condicio pendet*—<sup>16</sup> es incierto si se producirán o no se producirán los efectos del negocio. No obstante, el ordenamiento jurídico reconoce valor a los términos de la declaración,<sup>17</sup> tutelando la esperanza de la persona en cuyo beneficio se dio. La ley asegura, en efecto, no solo la conservación de su derecho, que incluso es transmisible hereditariamente,<sup>18</sup> sino que también procura evitar el que pueda frustrarse por actos del que emitió la declaración —p. ej., de enajenación de la cosa, durante el tiempo de pendencia, a tercera persona.<sup>19</sup>

En el momento en que la condición se cumple —*condicio extitit*— el

negocio adquiere plena eficacia, cual si fuese puro.<sup>20</sup> La condición se considera cumplida cuando la persona que tiene interés en que no se cumpla impide su realización. Se considera igualmente cumplida la condición de cuya realización se deriva una prestación a favor de tercero, siempre que éste se niegue a recibir lo que le ofrece el gravado. En ambos casos se habla de cumplimiento ficticio.<sup>21</sup>

Tratándose de condición potestativa negativa, es decir, de condición que solo puede considerarse cumplida con la muerte de la persona a la que viene impuesta, se aplica la *cautio Muciana*:<sup>22</sup> la condición se tiene por verificada, si el gravado presta caución de restituir lo adquirido, en el supuesto de que haga aquello de lo que debe abstenerse. En el Derecho clásico, la *cautio Muciana* solo rige en materia de legados; en el Derecho justiniano, se aplica también a la institución de heredero.

Si no se cumple la condición —*condicio deficit*— queda extinguida la posibilidad de que el negocio surta efectos.<sup>23</sup>

En la condición resolutoria, mientras ésta pende, el negocio tiene plena eficacia, si bien está afecto a la posibilidad de que sea declarado inválido por sobrevenir el suceso que lo modaliza. Se habla, por ello, de un *negotium perfectum, quod sub condicione resolvitur*.<sup>24</sup>

Cumplida la condición, se resuelven o extinguen los efectos del negocio. Cuando la condición no se cumple, el negocio mantiene su eficacia, cual si nunca hubiese estado condicionado.<sup>25</sup>

Las condiciones pueden clasificarse desde varios puntos de vista. Atendiendo a la naturaleza del hecho, se distinguen en *positivas* y *negativas*, según prescriban un hecho o una omisión.

Considerada la causa del evento, se clasifican en *potestativas*, cuando la realización depende de la voluntad de una de las partes, que por lo regular es el sujeto a quien beneficia el negocio —donatario, legatario, etc.; *casuales*, si depende del acaso, y *mixtas*, si de ambas cosas, es decir, de la voluntad y del acaso.

Bajo el calificativo de «impropias» conoce la doctrina ciertas condiciones que, de acuerdo con la realidad, no tienen el carácter de tales, por faltarles alguno de los requisitos que definen su esencia. Son las siguientes:

1.<sup>a</sup> *Condiciones imposibles*. — Se da esta denominación a aquellas condiciones de las que *a priori* se tiene conciencia de que no han de ser cumplidas, por ser física y jurídicamente irrealizables. Si afectan a actos *inter vivos*, el negocio se considera nulo,<sup>26</sup> en tanto que si atañen a actos *mortis causa*, se toman por no puestas, y el negocio produce el mismo efecto que si fuera puro, es decir, no sujeto a condición.<sup>27</sup>

2.<sup>a</sup> *Condiciones ilícitas*. — Se rigen —al menos en la legislación justiniana<sup>28</sup>— por los mismos principios que las imposibles.

3.<sup>a</sup> *Condiciones «iuris» o «tacitae»*. — Son las que afectan a requisitos ya predeterminados en la ley, en términos de considerarse innecesariamente



repetidos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se condiciona la entrega de la dote a la celebración del matrimonio.<sup>29</sup>

4.<sup>a</sup> *Condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*. — Las condiciones relativas a un hecho presente o pasado son también impropias. Se trata de un hecho cierto, según la naturaleza de las cosas, aunque para nosotros resulte incierto.<sup>30</sup>

5.<sup>a</sup> *Condiciones quae omni modo extiturae sunt*, o condiciones referentes a acontecimientos que, no obstante ser futuros, han de ocurrir inevitablemente. El negocio se tiene por puro, ya que sus efectos no se suspenden por una condición, retrasándose simplemente su cumplimiento.<sup>31</sup>

No todos los negocios son susceptibles de condición. El carácter formal de los viejos negocios civiles —*actus legitimi*— rechaza toda suerte de cláusulas accesorias.<sup>32</sup>

## II. Término<sup>33</sup>

Término —*dies*— es un hecho futuro y objetivamente cierto, a partir del cual comienzan o cesan los efectos de un negocio jurídico. Según resulta de lo dicho, el término puede ser inicial o suspensivo —*ex die*— y final o resolutorio —*in diem*. A diferencia de la condición, el término presupone un hecho cierto, es decir, un hecho que ocurrirá. En cualquier caso, el término tiene por única función la de dilatar o retrasar los efectos o la resolución de un negocio que ha nacido a vida en el momento de la declaración. Constituida a término una relación obligatoria, ésta se considera perfecta, si bien solo puede exigirse el crédito a la llegada de aquél. De tal suerte se tiene por existente la relación, que si el deudor pagara antes, no le es dable pedir la restitución.

Los viejos romanistas distinguen cuatro tipos de término:

- a) *Dies certus an certus quando*, si se sabe que llegará y cuándo llegará —p. ej., una fecha del calendario.
- b) *Dies certus an incertus quando*, si se sabe que llegará, pero no cuándo llegará —p. ej., el día de la muerte de Ticio.
- c) *Dies incertus an certus quando*, si se desconoce que llegará, pero se sabe el momento de la llegada —p. ej., el día en que yo cumpla los setenta años.
- d) *Dies incertus an incertus quando*, si se desconoce que llegará y cuándo llegará —p. ej., el día en que se case Mevio.

Los dos últimos tipos son condiciones bajo disfraz o apariencia de términos.<sup>34</sup> No es dable poner término a los negocios que no admiten condición. A más de los *actus legitimi*, hay otros negocios que rechazan la fijación de algún término o de ciertos términos.

### III. *Modo*<sup>35</sup>

El modo —*modus*— es una carga impuesta a una persona beneficiada por un acto de liberalidad. El cumplimiento del modo es un deber jurídico subsiguiente a la recepción del beneficio, y a él puede ser constreñido el beneficiario por el que lo otorgó o por sus herederos. En el Derecho clásico, a falta de una tutela general, podía asegurarse tal cumplimiento mediante *cautiones* (§ 52) y otros procedimientos indirectos. En Derecho justiniano, el donante *sub modo* se halla asistido por la *condictio ob causam datorum* (§ 107), para pedir la devolución de lo donado, y por la *actio praescriptis verbis* (§ 103), para obligar a cumplir la carga o gravamen.

#### § 45. Voluntad y manifestación. Vicios de la voluntad

No basta que haya voluntad y que ésta se manifieste, pues también es necesaria una concordancia entre lo querido y lo declarado. Cuando un individuo declara algo que no es lo querido, deberá verse si el ordenamiento jurídico establece un régimen tutelador de la voluntad interna, o bien de la voluntad equívocamente declarada o exteriorizada.

En el Derecho romano antiguo, atento a formalidades rigurosas, bien se comprende que lo de mayor significación fuese la palabra —los *verba*— o voluntad externa. Dentro ya del Derecho clásico se observa la preocupación de averiguar la voluntad interna, si bien es en el Derecho posclásico cuando triunfa decididamente el criterio de prestar la mayor atención a ésta —*voluntas, animus o consensus*. En cualquier caso, no cabe hablar, según creemos, de una contraposición capital entre Derecho clásico y Derecho justiniano, sino de una mayor acentuación del criterio individualista en este último.<sup>36</sup>

La voluntad —nervio del negocio jurídico— puede ser destruida o alterada por vicios que afecten a su esencia o a sus notas singulares. Los vicios de la voluntad pueden clasificarse de la siguiente forma: *conscientes o intencionados*, esto es, conocidos y queridos por el sujeto declarante; *inconscientes o inintencionados*, en el supuesto contrario; *vicios en los motivos del negocio*, cuando la voluntad viene afectada por intimidación —*metus*— o dolo —*dolus*—; y *vicios originados por la falta de voluntad* —*vis*— o violencia física.

a) *Vicios conscientes o intencionados. Simulación. Reserva mental. Declaraciones hechas en broma.* — Una divergencia entre la voluntad y la declaración puede tener efecto por *simulación*<sup>37</sup>, ya sea *absoluta*, como sucede cuando se declara la voluntad conforme de celebrar un negocio, siendo así que no se quiere concluir ninguno, o ya *relativa*, si tras la declaración dirigida a la celebración de un determinado negocio —por ejemplo, de compraventa— se encubre la voluntad de llevar a cabo otro distinto —p. ej., de

donación. En el primer caso, no hay negocio válido; en el segundo, puede tener eficacia el negocio encubierto o disimulado, siempre que se apoye en una causa lícita.

Hay *reserva mental* —*restrictio mentalis*— cuando el declarante hace una manifestación de voluntad aparentemente seria, esto es, sin responder a la verdadera y callada. El Derecho romano no la tuvo en cuenta, considerando válido cualquier negocio afectado por la misma.

No producen efecto las declaraciones hechas en broma —*iocandi gratia*.<sup>38</sup> No obstante, si la persona receptora las creyese en serio, el declarante ha de responder por los daños causados.

b) *Vicios inconscientes o inintencionados. El error*.<sup>39</sup> — El error es tanto el falso conocimiento como la ignorancia de la realidad de una cosa o, si se quiere, de una circunstancia de hecho.

Distinto de este error —error de hecho—, que es al que aquí nos vamos a referir, es el error de derecho, respecto del cual rige el mismo principio que en el Derecho moderno, en el sentido de considerar que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento. Según dice Paulo, *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (la ignorancia de derecho perjudica, mientras que la de hecho no perjudica) (D. 22, 6, 9, pr.). Sin embargo, el error de derecho puede ser invocado por determinadas categorías de personas, sobre la base de una razón particular o de privilegio: mujeres, menores, soldados, hombres rústicos, etc.

El error puede asumir diferentes formas:

- 1.<sup>a</sup> *Error in negotio*. — Tiene lugar cuando recae sobre la naturaleza del negocio que celebran las partes. Tal es, por ejemplo, si una persona entrega a otra una cantidad con ánimo de donársela, entendiendo la que la recibe que le es dada en préstamo. En este supuesto, el error es esencial, y no hay ni donación ni préstamo.<sup>40</sup>
- 2.<sup>a</sup> *Error in persona*. — Se produce este error cuando se celebra un negocio con persona distinta de aquella con la cual se creía negociar.<sup>41</sup> Es esencial el error cuando versa sobre la identidad de la persona —de la concreta persona con la que únicamente se quiere celebrar el negocio—, o bien sobre cualidades de la misma. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de un crédito a un individuo, cuando la hacemos fundándola en la particular confianza que nos inspira, o en la realización de una obra por parte de un artista en quien valoramos su especial competencia. En otros casos, el error no tiene relieve o significación.
- 3.<sup>a</sup> *Error in corpore*. — Es el que versa sobre la identidad del objeto. Tal ocurre, p. ej., cuando declaro comprar el fundo Corneliano, siendo así que el que quiero comprar es el fundo Semproniano. El equí-

voco sobre la identidad, y no simplemente sobre el nombre, califica de esencial a este error.<sup>42</sup>

- 4.<sup>a</sup> *Error in substantia*.<sup>43</sup> — Es el que recae sobre las cualidades esenciales y constantes de la cosa —*substantia rei*— atendida la función económico-social que tiene la misma en la vida común. Hay *error in substantia*, por ejemplo, cuando se compra vinagre por vino, o plomo por oro.<sup>44</sup> Lo mismo ocurre cuando se compra una esclava bajo la creencia de que es un esclavo.<sup>45</sup> Si el error versa sobre la simple cualidad de la cosa —*error in qualitate*—, pero identificada ya en su género, no destruye la validez del negocio.<sup>46</sup>
- 5.<sup>a</sup> *Error in quantitate*. — La *stipulatio* (§ 102) es el ejemplo típico al que se refieren los textos en materia de error sobre la cuantía. Este error acarrea la nulidad de semejante negocio, ya que es necesaria una exacta correspondencia entre la pregunta y la respuesta.<sup>47</sup> El Derecho justinianeo se pronuncia en otro sentido, al admitir la validez del negocio por la cantidad menor, respecto de la cual no falta el consentimiento.<sup>48</sup> En un negocio no formal, como es el arrendamiento (§ 101), el consentimiento dado por el arrendatario sobre una suma mayor a la pedida por el arrendador no determina la nulidad.<sup>49</sup>

c) *Vicios en los motivos del negocio*. «*Metus*»<sup>50</sup> y «*dolus*».<sup>51</sup> — El Derecho civil otorga validez a los negocios viciados de miedo, esto es, concluidos bajo amenaza<sup>52</sup> —*vis animo illata, metus*. Rige allí un principio, que formula Paulo en estos términos: *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus voluit*<sup>53</sup> (aun cuando si hubiera tenido libertad no habría querido, sin embargo coaccionado quise). El Pretor subsanó tal injusticia, mediante la concesión de la *actio quod metus causa*, de la *exceptio* del mismo nombre y de la *in integrum restitutio* (§ 52). El remedio más antiguo es la *actio quod metus causa* —o *actio metus*, simplemente—,<sup>54</sup> que puede dirigirse contra el detentador de la cosa objeto del negocio, contra quien se lucre de ella, contra el que infundió el temor o causó la amenaza y contra los herederos.<sup>55</sup> Es acción de carácter penal, ejercitable dentro del año<sup>56</sup> y tendente a una condena por el cuádruplo de la prestación verificada, o bien del daño sufrido. La *exceptio metus* puede oponerse, sin tal limitación temporal, a la acción que demanda el cumplimiento del negocio afectado de *metus*. La *in integrum restitutio* se concede frente a los terceros que han obtenido lucro como consecuencia del *metus*, cuando no son ellos los que lo han producido. El amenazado puede obrar como si el negocio no hubiese existido en ningún momento.

El dolo —la malicia, fraude o engaño perverso proveniente de una parte, que induce a la otra a consentir—<sup>57</sup> es tomado en cuenta por el *ius civile*,<sup>58</sup> pero solo con referencia a los *iudicia bonae fidei* (§ 99) y siempre que haya sido causa de un error que, por su propio peso y naturaleza, determina la nulidad del negocio. En la *stipulatio* —negocio de derecho estricto— podía asegurarse el acreedor contra las consecuencias de una torcida conducta por

parte del deudor, obligando a éste a formular la promesa de no obrar con dolo en momento alguno —*clausula doli*.<sup>59</sup>

Dada la insuficiencia de tales remedios, hacia finales de la República crea el Pretor otros más seguros y convenientes: la *actio doli* y la *exceptio doli*.<sup>60</sup> La *actio doli* —acción infamante<sup>61</sup> y, por ello, subsidiaria—<sup>62</sup> se ejercita contra el autor del dolo, dentro del año,<sup>63</sup> es intransmisible a los herederos y tiende a la reparación del daño sufrido.

La *exceptio doli* es concedida a la víctima del dolo para defenderse de la acción por la que el culpable o sus causahabientes reclamen el cumplimiento del negocio.

Tales remedios pierden su viejo carácter en el Derecho justiniano, favorable a otorgar una acción general frente a toda suerte de actos reprobados por la ley.

Por razón de dolo —*propter dolum*— puede pedirse en algunos casos, la *in integrum restitutio*.<sup>64</sup>

d) *Vicios originados por la falta de voluntad*. — Cuando el negocio ha sido celebrado bajo presión de violencia física —*vis absoluta*— no se tiene por válido en caso alguno.

#### § 46. Ineficacia de los negocios<sup>65</sup>

Numerosos y heterogéneos son los casos en que el negocio jurídico no llega a producir efectos. En esta amplia categoría hay que distinguir entre la *ineficacia propiamente dicha* y la *invalidéz*.

La *ineficacia propiamente dicha* tiene lugar cuando, por causas intrínsecas —p. ej., incumplimiento de la condición suspensiva— o extrínsecas —p. ej., si la cosa que ha de entregarse se destruye por caso fortuito— el negocio no produce sus efectos naturales. En tales casos el negocio ha sido concluido válidamente, pero los efectos no se producen por un hecho que no ha llegado a tener lugar o por una circunstancia sobrevenida. Distinta es la *invalidéz*, que se produce cuando falta o está viciado alguno de los elementos esenciales del negocio.

Faltan en el Derecho romano normas fijas o seguras acerca de la ineficacia de los negocios y de los casos en que ésta puede producirse. Distintos y hasta contrapuestos son los principios que sobre la materia rigen en Derecho civil y en Derecho honorario, y ni por la jurisprudencia clásica ni por el derecho posterior se llegó a la formulación de una teoría general.

Los intérpretes medievales distinguen dos especies de *invalidéz*: la *nulidad* y la *anulabilidad*. Tiene lugar la *nulidad* cuando falta totalmente alguno de los elementos requeridos por la ley, no llegando el negocio a producir efectos de acuerdo con la máxima *quod nullum est, nullum effectum producit* —lo que es nulo no produce efecto alguno. Se habla de *anulabilidad* cuando, no faltando los elementos esenciales, sin embargo alguno de ellos se encuentra

viciado. El negocio produce los efectos de que es capaz, pero se otorga al interesado un medio jurídico para pedir su ineficacia, paralizando o revocando tales efectos.

Casos de nulidad radical, *ipso iure*, son los siguientes:

- a) Imposibilidad de la prestación.<sup>66</sup>
- b) Contenido inmoral.<sup>67</sup>
- c) Infracción de norma legal.<sup>68</sup>
- d) Imposibilidad de la condición.<sup>69</sup>
- e) Falta de capacidad jurídica o de obrar, aun cuando las personas bajo potestad —*in potestate patris*— podían realizar negocios válidos para el *paterfamilias*.
- f) Vicios o defectos formales.
- g) Vicios de la voluntad.

Los negocios anulables tenían existencia jurídica, según hemos dicho antes, pero los vicios de que adolecían daban fundamento para pedir su ineficacia. Así, p. ej., era factible impugnar el testamento que infringe el régimen de la legítima, por medio de la *querela inofficiosi testamenti* (§ 176).

#### § 47. Convalidación y conversión de los negocios

El negocio afectado de invalidez no puede producir efectos jurídicos, de acuerdo con el principio general enunciado en los siguientes términos: *quod initium vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*<sup>70</sup> (lo que desde el inicio está viciado no puede convalidarse por el transcurso del tiempo) Sin embargo, aun es posible convalidarlo, mediante la confirmación o ratificación —*ratihabitio*— que tiene lugar, por ejemplo, cuando el *paterfamilias* reconoce la deuda originada en el préstamo hecho al hijo contra la prohibición del senadoconsulto Macedoniano (§ 97). De igual modo, un cambio en las circunstancias que originariamente acompañaron al negocio, puede fundamentar su convalidación, como sucede cuando el cónyuge donante muere sin revocar la donación,<sup>71</sup> o cuando media adquisición sucesiva de la propiedad por el pignorante.<sup>72</sup>

La conversión<sup>73</sup> tiene lugar cuando un negocio que es nulo, por no reunir los requisitos específicos de un determinado tipo, puede surtir los mismos efectos prácticos mediante otro negocio de tipo distinto. Así, p. ej., el senadoconsulto Neroniano (§ 178) dispuso que los legados que fuesen nulos en la forma adoptada por el testador, tuviesen validez en otra forma a la que fuera dable ajustarse.<sup>74</sup> Cabe que la conversión tenga lugar por la propia determinación del sujeto, y así acaece, por ejemplo, cuando el testador dispone que el testamento nulo como tal surta efectos como codicilo (§ 167).

## CAPÍTULO III

### PROCEDIMIENTO CIVIL

I. Es «poder» para los romanos lo que nosotros llamamos «derecho subjetivo». Y entre lo uno y lo otro media la misma diferencia que entre sostener —sustinere— y tener —tenere— Consustancial a la idea de poder es la de sostener, mantener, contener, defender frente a cualquier asechanza o ataque.

*El poder se da para su ejercicio. No se da para tenerlo simplemente. No se da para ostentarlo en postura de quietud u ocio.*

*El poder es algo siempre en marcha, en viaje, in via. Quien tiene un poder, el que fuere, debe actuarlo y defenderlo. Ambas cosas, la actuación y la defensa, convienen a la condición del vir en cuya cabeza se incardina el poder.*

*El propio titular del poder es el primer llamado a asegurarse su explicación, disfrute y defensa.*

*Bajo forma noble persevera en el Derecho romano adelantado la idea de que el mundo pertenece a la fuerza individual, la idea de que cada cual lleva en sí la razón de su poder y debe defenderlo.<sup>1</sup>*

*La idea de ejercicio activo del poder está presente en todo. También en la hora del combate procesal.*

*Las fórmulas verbales de las acciones de ley —legis acciones (§ 49)—, con vigor hasta la mitad del siglo II a. de C., están rodeadas de cuanto conviene a una liturgia teatralizada.<sup>2</sup> Las palabras, aun aprendidas —no siempre fácilmente— de memoria, bajo la guía de los sacerdotes-juristas, tienen tal entonación y van acompañadas de tales gestos, que invitan a advertir una identificación entre las significaciones que abrigan los viri contendientes.*

*En las fórmulas, las palabras, rítmicas y medidas, son todas pura expresión de un poder actuante que aquí, en el agere procesal, cobra su máximo relieve, su más potente luz.*

*La defensa no parece sino la prosecución normal, y no ya accidental o subsidiaria, de un ejercicio del poder en línea continua y siempre a cargo del titular.*

Los poderes, si violados, deben ser defendidos en vía privada. La defensa privada es consonante con la derivación del nombre de agere y su aplicación exclusiva a la actividad de las partes. Surgido el Estado, las viejas acciones, la manus iniectio y la legis actio sacramento in rem, no otra cosa representan que la formalización o estilización de las primarias y elementales actitudes de defensa —física y personal— del propio poder.<sup>3</sup>

**II.** Se ha discutido sobre la relación que media entre el ius, el derecho subjetivo, y la actio, el recurso de tutela procesal. Se ha sostenido por algunos estudiosos que la acción es el prius; el derecho, el posterius. Y conviene señalar, a este respecto, la diferencia que media entre el ámbito del derecho civil y el ámbito del derecho pretorio: en el primero, la actio, en el sentido de pretensión enunciada en la intentio de la fórmula, es la sombra del derecho sustancial; en el pretorio, cuando opera sin atenerse a los términos civiles, y sustantivos y procesales comunicados, la actio, por ser in factum, no permite hablar de reconocimiento de un ius. En el factum amparado por el pretor hay una realidad vital subyacente, reclamadora de justicia timbrada con la aequitas. El pretor tutela algo que carece, indebidamente, de «legitimidad», de sello de letra legal.

En el ámbito pretorio la existencia de la actio denuncia una tutela que no es anticipadora de la concesión de un «derecho» en el sentido propugnado por el ius civile, con la advertencia de que éste constituye el único sistema jurídico.<sup>4</sup>

**III.** Carecemos de datos suficientes y veraces para penetrar en el territorio central en que actúa el pretor, y tal es el proceso. Ante las escasas y endebles noticias suministradas por las fuentes, hay que recurrir a las hipótesis, si bien procurando que éstas entren en la línea de lo «razonable».<sup>5</sup>

En hipótesis solo asistidas por «la autoridad de los grandes maestros de la ciencia romanística», descansa casi siempre lo mal conocido de los principios fundamentales del procedimiento formulario (§ 50) y de la estructura de las fórmulas.<sup>6</sup>

Como bien ha sido advertido,<sup>7</sup> salvo lo poco y difícilmente interpretable que registra el Digesto y algún raro testimonio literario, el conocimiento que tenemos del proceso preclásico y clásico proviene del incompleto libro cuarto de las Instituciones de Gayo, que en la editio minor de David no alcanza ni siquiera las cuarenta páginas. Un Manual moderno sobre el procedimiento civil, si fuese condensado en cuarenta páginas, solo permitiría, en el mejor de los casos, trazar las líneas fundamentales del proceso. Quedaría oscuro el proceso, no solo en sus detalles, sino también, y, sobre todo, en su concreto desenvolvimiento práctico.<sup>8</sup>

A lo antes dicho se suma el hecho, no siempre afortunado, de transportar al ámbito romano —un unicum en la historia del Derecho— teorizaciones de cuño moderno sobre la relación entre el derecho (subjetivo) y la acción.<sup>9</sup>

Evidentemente, no cabe desconocer la fuerte comunicación que media entre el «derecho material» y el «derecho procesal». Al margen de que en



Roma, y tal como nosotros creemos, frente al común de la doctrina, el pretor no crea —nunca directamente, cuando menos— situaciones jurídicas subjetivas, resulta cierto que la fuerza y virtud de los derechos cobra mayor luz a la hora de la contienda procesal. La acción, a más de constituir el medio legítimo para la actuación del derecho, pone de manifiesto, a través de la fórmula correspondiente, la consistencia de éste.

Con todo, séanos permitido decir que no conviene pasar de la extrema consideración del

Derecho romano bajo el solo plano «sustancial» o «material», propia de los pandectistas, a la de «procesalizar» el derecho sustantivo. Lo loable es conjugar uno y otro aspectos, sin alejarse de la peculiar e irrepetible visual romana.

## § 48. Introducción<sup>10</sup>

### I. Ejercicio y protección de los derechos

Como ya es sabido, la norma jurídica atribuye al individuo singulares derechos o facultades —derechos subjetivos— merced a los cuales le es dable atender a la satisfacción de sus naturales exigencias. Ahora bien, tales derechos, facultades, autorizaciones o pretensiones nada son y nada representan si la misma norma u orden jurídico que les da vida no procura su mantenimiento y defensa. Y ya se comprende que uno y otra solo pueden conseguirse a través de la vía jurídica.

El ejercicio de un derecho concedido por la norma es algo que siempre se tiene por lícito: *qui iure suo utitur, neminem laedit*<sup>11</sup> (el que se sirve de su derecho no daña a nadie). Mas la actuación abusiva, el ejercicio indebido del mismo, puede entrañar una transgresión del orden jurídico, dando lugar a una responsabilidad. De aquí que se tenga por necesaria una protección de los derechos mediante la intervención de una actividad estatal, establecida en forma de *proceso*, incumbiendo a los órganos personificadores de la misma el reconocer y sancionar, merced a una sentencia, la verdad y razón de las pretensiones que los particulares desean ver amparadas.

En un ambiente social primitivo, donde falta un poder de coacción que impela al cumplimiento de los que son tenidos por derechos, bien se comprende que constituya la autodefensa el único medio del que pueda valerse la parte acreedora, sea por contrato o sea por delito, para obligar a la parte deudora a la observancia de sus deberes jurídicos. Mas cuando el Estado ha surgido, son sus órganos —los Tribunales— los que asumen la defensa para la aplicación de las sanciones correspondientes a tales deberes.

Fuera de los casos de *legítima defensa*, singularmente reconocida en situaciones de agresión actual o presente e injustificada, y de fundada sospecha de huida del autor o deudor<sup>12</sup>, la única vía *legítima* para encontrar pro-

tección de cualquier derecho es la vía jurídica, con la consiguiente ejecución coactiva del deber que encierra. En la época augustea se dan leyes encaminadas a condenar el uso de violencia para la propia defensa de los derechos. Luego, en la época imperial, un decreto de Marco Aurelio —*decretum divi Marci*—, favorecido con nueva acogida en la legislación posterior,<sup>13</sup> establece una sanción civil por la que pierde su derecho aquel que puso en práctica medios de propia defensa o ejecución, e incurre en la obligación de restituir, por razón del duplo, el que exige y adquiere, mediante igual procedimiento, algo para lo que no tiene título jurídico.

## II. *Actio*<sup>14</sup>

La palabra *actio* es empleada por los romanos en un doble sentido:

- a) En sentido *formal*, esto es, como instrumento que abre puertas al proceso. Se trata de un acto de las partes dirigido al logro de la tutela jurisdiccional.
- b) En sentido *material*, es decir, como reclamación de un derecho —de un derecho civil obligatorio.<sup>15</sup> *Actio* se traduce aquí por lo que los modernos llamamos «pretensión».

Falta en Roma un concepto unitario de denuncia o «reclamación». Del lado formal, no hay una *actio*, sino particulares *actiones* con nombres diversos. Cada derecho se halla tutelado con una *actio*, y, en cualquier caso, no hay pretensión que tenga acceso a los tribunales cuando respecto de ella no haya sido concedida una acción.

En el ámbito del *ius civile* la *actio*, en el sentido de pretensión —enunciada en la *intentio* de la *legis actio* o de la *formula*—, es la sombra o consecuencia del derecho sustancial. En el campo pretorio, el derecho es el reflejo de la *actio*, pero ello no excluye que « siempre fuese *sentido* como algo *preexistente al proceso*: de la existencia de la *actio* se infiere la existencia de la posición jurídica (pretoria) que encarna».<sup>16</sup>

## III. *Clases de acciones*

Las acciones pueden agruparse en varias clases o categorías. De algunas de ellas tratamos en diversos lugares de esta obra, a los cuales nos remitimos.

1. Acciones civiles y acciones honorarias (o pretorias).<sup>17</sup> Las acciones civiles tienen su descanso o fundamento en el *ius civile*, y su tenor literal viene puesto de relieve por el de la fórmula o documento en el que se plasma, concebida *in ius*.

Las acciones honorarias (o pretorias) dependen de la *iurisdictio* del magistrado.

Dentro de las acciones honorarias (o pretorias) figuran las siguientes: *a*) las acciones ficticias (§ 50, III); *b*) las acciones útiles, de las que se hablará en seguida; *c*) las acciones con transposición de sujetos (§ 50, 3). Todas ellas suponen una cierta ampliación, por vía de *analogia*, del cuadro civil de las acciones.

Sin embargo, la mejor, la más señalada creación del derecho honorario o pretorio viene representada por las numerosas acciones *in factum*. Aquí el pretor se mueve extramuros o al margen del *ius civile*, esto es, sin recurso a la *analogia iuris*, y puesta la mirada en cuanto demanda la *aequitas*.

2. Acciones reipersecutorias, penales y mixtas (§ 109).
3. *Actiones in rem e in personam* (§ 55).
4. *Actiones (iudicia) bonae fidei y stricti iuris* (§ 99).
5. *Actiones in bonum et aequum conceptae*. Así llamadas las acciones en que la condena se pronuncia de acuerdo con un criterio de equidad: *quantum aequum iudici videbitur; quod melius aequius*.<sup>18</sup>
6. *Actiones arbitrariae* (§ 50).
7. Acciones perpetuas y temporales (§ 48, V).
8. Acciones directas y útiles. Son *directas* las creadas para defensa de un caso o situación determinada, y *útiles* las que, por aplicación analógica, se extienden a casos o situaciones parecidas. Acción directa es, por ejemplo, la acción de restitución concedida al heredero, y útil la concedida al comprador de la herencia.<sup>19</sup>
9. Acciones privadas y acciones populares. Son *privadas* las acciones concedidas a los particulares en cuanto tales, para amparar sus derechos subjetivos privados; *populares*, las otorgadas a los ciudadanos —a todos y a cualquiera— para defensa de un interés público.<sup>20</sup>

#### IV. Acumulación de acciones<sup>21</sup>

De un mismo hecho jurídico pueden nacer varias acciones encaminadas al mismo fin. Se habla entonces de concurso de acciones, e importa saber si se pueden ejercitar todas —concurso cumulativo— o una de ellas —concurso electivo.

En orden a las llamadas acciones reipersecutorias, es tendencia general la de rechazar la acumulación, pues elegida una, la otra se extingue: *altera electa alteram consumi*.

Dos acciones penales son acumulables entre sí, como cabe también acumular una acción penal a una acción reipersecutoria. Sin embargo, este principio es atenuado, de varias formas, por el Derecho clásico.<sup>22</sup>

En el Derecho justiniano el ejercicio de una acción excluye el de las demás hasta el límite de la concurrencia efectiva. Ejercitada una acción es posible intentar las otras para conseguir la plena satisfacción.<sup>23</sup>

V. *Prescripción de acciones*<sup>24</sup>

Solo en casos excepcionales el Derecho civil fija plazo al ejercicio de las acciones. Fuera de un estrecho régimen excepcional, las acciones se consideran perpetuas —*actiones perpetuae*. Por el contrario, en el Derecho pretorio domina el principio de la temporalidad —*actiones temporales*— en cuanto que las acciones han de entablarse en plazo de un año,<sup>25</sup> e incluso a veces en más corto tiempo.

La prescripción extintiva de las acciones tiene su origen en la época imperial, a través de la *longi temporis praescriptio*, concedida al poseedor con buena fe y justo título de terreno provincial, frente a la inacción del dueño durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Teodosio II señaló un plazo de treinta años para la prescripción de todas las acciones que no tuviesen marcado ya un plazo más breve,<sup>26</sup> teniendo como característica singular la de que extingue la acción, pero no el derecho —al menos el derecho real.<sup>27</sup>

La prescripción extintiva, opuesta en forma de *praescriptio temporis* o excepción de prescripción, comienza a contarse desde el día en que nace la acción, esto es, cuando se lesiona un derecho de carácter real, o cuando surge el derecho de obligación.

En determinadas situaciones la prescripción puede interrumpirse, tanto por razones que derivan del obligado —p. ej., celebrando un *constitutum*, dando un nuevo recibo, pagando los intereses, etc., — como por actuación del titular del derecho —p. ej., interponiendo la acción.

La prescripción se suspende en ciertos casos. Así, cuando se otorga privilegio a algunas personas: al heredero que aceptó a beneficio de inventario; a la mujer cuya dote reclama de poder extraño; al hijo cuyos bienes disfruta el padre; al impúber; a los menores, en prescripciones de menos de treinta años; al deudor en cuyo beneficio se concedió moratoria; a la persona que reclama los materiales suministrados para un edificio ajeno, en tanto éste subsista.

VI. «*Iudicium*». «*Iudicium legitimum*» y «*iudicium, quod imperio continetur*»<sup>28</sup>

El régimen procesal de la época clásica se caracteriza por la institución de un *iudicium*, de una función juzgadora ajena al *imperium* del magistrado, esto es, basada en el *officium* de particulares o árbitros. Reminiscencia, sin duda, de los tiempos precívicos, donde falta la fundamental acción estatal, el *arbitraje* constituye en época histórica el modo de resolver los litigios entre los individuos. El *arbitraje* da base al *iudicium privatum* de la época clásica y se concreta en un contrato por el que las partes acuerdan someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o *arbiter*, que ellas mismas designan. Tal contrato —*litis contestatio*— recibe el refrendo de un magistra-

do, ante el cual se celebra, y que, por lo demás, se limita a encauzar y formar el proceso, concediendo o no la apertura del *iudicium*.

El *iudicium* celebrado en la *civitas* o dentro del radio de una milla de Roma, con litigantes romanos<sup>29</sup> y juez único —*iudex unus*—, también romano, se llama *iudicium legitimum*.<sup>30</sup> Por el contrario, el *iudicium* en que interviene extranjeros, o se celebra fuera de Roma, o tiene lugar ante el *praetor peregrinus*,<sup>31</sup> con intervención de varios jueces —*recuperatores*—, se denomina *iudicium imperio continens* o *iudicium, quod imperio continetur*. El primero, a diferencia del segundo, se halla sancionado por el *ius civile*, que atribuye eficacia extintiva a la *litis contestatio*, en términos de no poder ejercitar nuevamente la acción, otorgando a la sentencia valor de cosa juzgada.

### VII. Procedimiento «*in iure*» y «*apud iudicem*»

La nota más singular y característica del proceso clásico está constituida por la división de éste en dos fases: el procedimiento *in iure* y el procedimiento *apud iudicem*.<sup>32</sup>

El pleito no discurre por una sola vía, ante un solo tribunal, como sucede en los tiempos modernos, sino que atraviesa por las dos peculiares fases señaladas. En la primera —procedimiento *in iure*—, las partes hacen su presentación al magistrado, exponiendo los puntos de la controversia y la naturaleza del derecho alegado cuya protección se invoca. Concluye esta fase con el nombramiento del *iudex*, sobre la base de un contrato arbitral —*litis contestatio*—, que implica una aceptación del fallo o laudo que éste emita. La segunda fase—procedimiento *apud iudicem*—, da paso a la intervención del juez, arbitro particular designado por los litigantes, para dirimir la contienda.

### VIII. El procedimiento civil romano. Épocas que comprende

El procedimiento civil romano, establecido bajo las bases y con las características antes apuntadas, atraviesa por tres épocas, que pueden agruparse en dos diferentes órdenes o sistemas procesales:

A) Sistema de juicios privados —*ordo iudiciorum privatorum*—, que comprende la época de las *legis actiones* o acciones de ley, que va desde los orígenes de la *civitas* hasta la mitad del siglo II a. de C., y la época del procedimiento *per formulas* o procedimiento formulario, que se extiende desde la mitad del siglo II a. de C. hasta el siglo III de C.

B) Sistema o procedimiento extraordinario —*extra ordinem, cognitio extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*—, establecido con carácter general en el siglo III, con desaparición del tradicional *ordo iudiciorum privatorum* —dividido en las dos características fases— e instauración de un proceso desarrollado en una sola vía, ante un solo tribunal.

### § 49. El procedimiento de las «*legis actiones*»<sup>33</sup>

El procedimiento de las *legis actiones* o acciones de la ley constituye la forma más antigua de enjuiciar. En consonancia con los caracteres que informan el derecho primitivo, la *legis actio* representa el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, imbuida de rito y de solemnidad. Las partes, presentes *in iure*, esto es, ante el magistrado, han de hacer sus peticiones y declaraciones de acuerdo con fórmulas rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley.<sup>34</sup> De tal exigencia surge la necesidad de que los litigantes, ajenos al secreto de las fórmulas, acudiesen a los sacerdotes, primeros juristas de la Roma antigua, únicos conocedores y guardadores de las mismas, para recibir asesoramiento a la hora de entablar un pleito.

Las acciones de ley eran cinco, según la enumeración de GAYO (4, 12): *per sacramentum*— por apuesta sacramental—, *per iudicis postulationem*— por petición de juez—, *per conductionem*— por emplazamiento—, *per manus iniunctionem*— por imposición de la mano— y *per pignoris capionem*— por toma de prenda. En este lugar vamos a referirnos a las tres primeras —*acciones contenciosas*—, dirigidas al procedimiento de cognición, esto es, a la declaración o transformación de derechos existentes por medio de una sentencia, dejando para después el hablar de las dos últimas —*acciones ejecutivas*—, encaminadas a un procedimiento de ejecución.

*Legis actio sacramento*.<sup>35</sup>— Esta acción toma su nombre de la apuesta en dinero—*sacramentum*— que celebraban las partes, una vez realizadas sus alegaciones *in iure*, esto es, ante el magistrado.<sup>36</sup> Tal apuesta se depositaba *in sacro*—en el erario público—, adjudicándose la suya al litigante victorioso, mientras la del vencido pasaba a engrosar los bienes del Estado. La *legis actio sacramento* tenía dos formas: *legis actio sacramento in rem*, cuando se trataba de la tutela del derecho de propiedad, y *legis actio sacramento in personam*, cuando se encaminaba a la protección de los derechos de crédito. Tratándose de la primera, una y otra parte sostienen su derecho en idéntico terreno, p. ej., afirmando que son propietarios de la misma cosa, o de la misma herencia, o de la misma servidumbre: *aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*,<sup>37</sup> —afirmo que esta cosa me pertenece conforme al derecho civil— sostiene uno, y el otro replica con las mismas palabras, procediéndose seguidamente al *sacramentum*. Si se litiga por la *actio sacramento in personam*, los términos de la controversia procesal se desenvuelven de modo distinto, en cuanto que el acreedor afirma su derecho, mientras el deudor lo niega.

Originariamente el nombramiento del *iudex* seguía a la apuesta, pero después de la *lex Pinaria* se defirió treinta días.

*Legis actio per iudicis postulationem*.<sup>38</sup>— Las XII Tablas concedían esta acción para reclamar lo debido en virtud de una *sponsio*. El demandante afirmaba: *Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aiō: id postulo aias an neges* (Afirmo que debes darme diez mil sestercios a causa de un

contrato verbal: te pido digas si es verdad o no). La parte contraria sostenía que no era cierto, y el demandante replicaba: *Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des* (Puesto que lo niegas, a ti, pretor, te pido que nombres un juez o arbitro).

También se aplicaba esta acción de ley para los procesos de división de herencia, según estaba establecido en las XII Tablas. Por virtud de una *lex Licinia* se aplicó igualmente para la división de cosa común.

Las características fundamentales de esta acción son las siguientes: a) es necesario indicar la *causa* por la que se litiga: b) se nombra inmediatamente al *iudex*, y c) no se recurre al *sacramentum* o apuesta.

*Legis actio per conditionem*.<sup>39</sup> — Esta acción de ley fue introducida por la *lex Silia*, para las deudas de dinero cierto, y por la *lex Calpurnia* para las de cualquier otra cosa cierta. La demanda no precisaba mención de la *causa* por la que se reclamaba. Tenía, pues, carácter abstracto, y se formulaba en los siguientes términos: *Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo, aias aut neges* (Afirmo que debes darme diez mil sestercios: te pido digas si es verdad o no). El convenido o demandado afirmaba que no era verdad, y el demandante replicaba: *Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico* (Puesto que niegas, te emplazo para elegir juez dentro de treinta días).

Por lo que se acaba de ver, el nombramiento del *iudex* se defería treinta días, y no había lugar a apuesta.

## § 50. El procedimiento formulario

### I. El procedimiento formulario. Su origen y carácter<sup>40</sup>

Las *legis actiones* constituían, como se ha visto, una forma de enjuiciar dominada por principios rigurosos de solemnidad. La exigencia de observar estrictamente los términos de la ley, con los peligros que implicaba un error o equívoco en la demanda —no susceptible, en todo caso, de repetición o de rectificación—, suponía un grave inconveniente. De otra parte, la *legis actio* no se plegaba siempre a las particulares circunstancias de la cuestión litigiosa, siéndole difícil al juez, en muchas ocasiones, averiguar la verdadera naturaleza de ésta, que quedaba encubierta bajo una especie de disfraz formal.

La *lex Aebutia*<sup>41</sup>—de fecha insegura, aunque posiblemente posterior al 150 a. de C.— y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* —no anterior a Augusto, según lo más probable—, dieron término al sistema de las *legis actiones*, introduciendo en el procedimiento civil romano la práctica de las *formulas*, breves escritos<sup>42</sup> presentados por las partes —asesoradas previamente por los juristas, cuando ello fuere necesario—, y donde se patentiza la naturaleza del derecho litigioso.

Son las fórmulas a manera de guías o instrucciones que el magistrado

traspasa al juez, para que le sirvan de norma orientadora en la decisión final de la sentencia. La misión del magistrado, por lo demás, se limita aquí a aceptar o rechazar la fórmula aportada por las partes, autorizando o no — *actionem dare, actionem denegare*<sup>43</sup>— la entrada en el *iudicium*.

El procedimiento formulario tiene su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*. Los procesos entre extranjeros, con intervención del pretor peregrino, se sustanciaban sobre la base de una fórmula escrita, fácilmente adaptable a las particulares circunstancias del caso y sin el sometimiento a la rigidez propia de las fórmulas verbales. Con el tiempo, la nueva práctica de enjuiciar, más acorde a las nuevas exigencias del comercio internacional, pasaría a ser utilizada también en la magistratura del pretor urbano, convirtiéndose en proceso civil. No obstante esto, debe ponerse de relieve que el proceso entre peregrinos no era una institución exótica, traída de un Derecho extraño, sino reflejo del proceso civil romano, tomando de éste su rasgo característico, es decir, la división en las fases *in iure* y *apud iudicem*, con la intervención del magistrado y del arbitro en los términos antiguos.<sup>44</sup>

El nuevo procedimiento —no obstante el profundo cambio que introduce en el sistema de enjuiciar—, se mantiene dentro de los moldes civilísticos, sustituyendo la fórmula verbal por la fórmula escrita.<sup>45</sup>

## II. La fórmula. Su estructura y sus partes

La *formula* era, como se ha dicho, un breve escrito que sirve como guía o instrucción al juez, y que, presentada por las partes al magistrado, éste la hace suya, pasándola a manos de aquél. La *formula* servía de base para un convenio por virtud del cual los litigantes sometían la cuestión controvertida a la decisión del juez. Se partía del supuesto de que lo alegado por el demandante fuese cierto, subsiguiendo entonces una condena para el demandado; en otro caso, es decir, no siendo verdaderos los términos de la alegación, recaía una absolución.

La fórmula se encabezaba con el nombre del *iudex* o *iudices* nombrados por las partes: *Titius iudex esto; Titius, Maevius, Seius recuperatores sunt*. Tras la designación —*iudicis datio*—, sucede lo que es propio y consustancial a la fórmula, integrada por partes *ordinarias*, que son precisas en la singular acción por la que se litigue, y *extraordinarias*, esto es, agregadas a tenor de las naturales exigencias de la cuestión debatida.

Las partes ordinarias son cuatro: *intentio, demonstratio, condemnatio y adiudicatio*. Las extraordinarias son dos: *exceptio y praescriptio*.<sup>46</sup>

1.<sup>a</sup> *Intentio*. — La *intentio*, parte fundamental o nervio de la fórmula, recoge el contenido de la demanda, expresando de forma patente la naturaleza de la reclamación, y abre las puertas al debate procesal.<sup>47</sup>

Cuando el actor pretende únicamente que se declare por el *iudex* la exis-



tencia del derecho por el que reclama, la acción tiene carácter prejudicial,<sup>48</sup> no dando lugar a una condena —*condemnatio*—. Así, por ejemplo, cabe que el actor pida que se declare si un esclavo le pertenece por derecho quirritario: *an Numerius Negidius in potestate Auli Agerii sit ex iure Quiritium* (si Numerio Negidio está bajo la potestad de Aulo Agerio según el derecho quirritario). En los demás casos, lo que persigue el demandante no es la declaración de existencia de un derecho, sino que por el demandado se verifique una determinada prestación, instándose del *iudex* una condena a tal efecto. Se concibe entonces en los siguientes términos: *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere* (Si resulta que Numerio Negidio está obligado a dar diez mil sestercios a Aulo Agerio),

2.<sup>a</sup> *Demonstratio*. — Cuando la acción versa sobre un *incertum* o prestación de dar o de hacer indeterminada, se recurre a una *demonstratio*, que sirve para aclarar y concretar la naturaleza de la reclamación, a través de los hechos que pueden fundamentarla. Expresada por una preposición de *quod*, precede a la *intentio*, y puede venir redactada en la siguiente forma: *Quod As. As. a No. No. Stichum hominem emit (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona (intentio incerta), eius iudex Nm. Nm. condemnato, si non paret absolvito* (Puesto que Aulo Agerio compró el esclavo a Numerio Negidio (*demonstratio*) a todo lo que, por esta causa, deba dar o hacer Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio, según la buena fe, oh, juez, sea condenado Numerio Negidio; si no resulta, sea absuelto).

3.<sup>a</sup> *Condemnatio*. — La *condemnatio* es aquella parte de la fórmula que, condicionada a la *intentio*, en términos de que sean ciertos o no los hechos alegados por el demandante, faculta al *iudex* para condenar o absolver: *Si paret... condemnato; si non paret, absolvito*.<sup>49</sup> (Si resulta... sea condenado; si no resulta, sea absuelto.)

La condena se concretaba siempre en una estimación o cantidad de dinero —*condemnatio pecuniaria*—. Así pues, si se reclamaba un fundo, un esclavo, una cantidad de oro o de plata, el juez no condenaba al demandado vencido a dar el objeto mismo, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, su valor en dinero.<sup>50</sup> Los graves inconvenientes que ofrecía este régimen de condena, no dejan de advertirse fácilmente. Al propietario de una cosa, tanto más podía interesarle la restitución de la misma que no el pago de su valor en dinero. Consecuencia de ello fue que el pretor, atento en todo momento a los principios de equidad, antepusiese a las fórmulas de las acciones tendentes a una restitución, así como a las de las dirigidas a una exhibición, una cláusula por virtud de la cual el juez condenaría a pagar en dinero tan solo cuando no prosperase la orden que él hiciera al demandado de *exhibere* o *restituere*: *neque —nisi— arbitrato tuo restituetur —exhibetur— condemna* (si no es restituido —exhibido— según tu arbitrio, condena). Las acciones a las que acompaña semejante cláusula, se llaman arbitrarias —*actiones arbitrarie*.<sup>51</sup>

La *condemnatio* se mostraba condicionada a la *intentio*, en orden a que fuesen o no ciertos los términos de ésta. Pero, de otra parte, es de significar

que la *intentio* tanto podía versar sobre un objeto concreto o una cantidad cierta,<sup>52</sup> cuanto sobre un objeto no específicamente señalado o una cantidad indeterminada.<sup>53</sup>

4.<sup>a</sup> *Adiudicatio*. — En las acciones de deslinde, de división de cosa común y de división de herencia, se facultaba al *iudex* para que pusiese término a la comunidad, adjudicando a cada parte lo que le correspondiese. En estos casos se dice en la fórmula, en lugar anterior a la *intentio* y posterior a la *demonstratio*, lo siguiente: *quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato*<sup>54</sup> (adjudica, tú, juez, a Ticio cuanto procede adjudicarle).

5.<sup>a</sup> *Exceptio*. — La *exceptio* es una parte de la fórmula establecida en beneficio del demandado, como defensa contra la *actio* del demandante.<sup>55</sup> Si el demandado se limitaba a negar las pretensiones del actor no era necesario que la fórmula tuviese aditamento alguno, concretándose a una redacción sobre la base de las partes ordinarias, y la inexistencia de los hechos en que se fundó la reclamación llevaba a una sentencia absolutoria. Pero si el demandado alegaba determinadas circunstancias o hechos dignos de tutela, cabía también que la pretensión quedase desviada o excluida la condena. Puede ocurrir, por ejemplo, que un individuo deba a otro, por razón de contrato, una cantidad de dinero, pero que, con posterioridad al mismo, el acreedor acuerde con el deudor, por medio de un pacto, que no le reclamará la cantidad. En tal supuesto, contra la *actio* del acreedor tendrá el deudor la *exceptio pacti conventi*, que se redactará de este modo: *Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. centum dare oportere, si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit, ne ea pecunia peteretur...*<sup>56</sup> (Si resulta que Numerio Negidio debe dar ciento a Aulo Agerio, si no se convino entre Aulo Agerio y Numerio Negidio que no se pediría ese dinero). La excepción, redactada como supuesto negativo de lo que afirma el demandado, hace condicional la condena, de modo que el juez no sentenciará contra éste más que en el caso de que no se hubiera pactado que no se pediría el dinero.

Cabe todavía que, admitida la *exceptio*, pueda el actor argumentar contra ésta, pidiendo la inserción de una *replicatio*, y que luego, en momento subsiguiente, solicite el demandado una *duplicatio*.

Las excepciones se dividen en perentorias —*exceptiones perpetuae* o *peremptoriae*— y dilatorias —*exceptiones dilatoriae* o *temporales*. Las primeras son las que paralizan o destruyen totalmente la acción, tales como las provenientes del dolo malo, miedo, transgresión de una ley o senadoconsulto, cosa juzgada o deducida en juicio, o la de no pedir nunca.<sup>57</sup> Son dilatorias, por el contrario, las que no anulan de un modo total la acción, pero sí paralizan temporalmente ésta, tales como las que derivan del pacto de no pedir en cinco años, la de litigar por medio de representante judicial carente de capacidad, o nombrado por quien no la tiene para ello.<sup>58</sup>

6. *Praescriptio*.<sup>59</sup> — Las *praescriptiones* son excepciones que van en cabeza de la fórmula, y pueden darse en beneficio del demandante —*praescriptiones pro actore*—, como sucede, p. ej., cuando reclamamos, en un con-

trato de alquiler por meses, las mensualidades ya vencidas, con observancia de dejar a salvo las futuras, en cuyo caso es menester entablar la acción con la siguiente prescripción: *ea res agatur, cuius rei dies fuit* (el litigio se circunscribe a la deuda ya vencida). Tal prescripción tiene la finalidad de evitar que, pidiendo todo lo que nos es debido, incluso lo futuro, incurramos en una *plus petitio* al reclamar en juicio una obligación antes de tiempo, con la circunstancia de que luego ya no es posible entablar la acción de nuevo.

Según Gayo, en su tiempo todas las prescripciones se daban *pro actore*, mientras las otorgadas *pro reo*, establecidas en el derecho antiguo, llegaron a desaparecer, asimilándose a las excepciones.<sup>60</sup>

### III. Varias especies de fórmulas

La fórmula *escrita*, con todo lo que entraña de revolución en la forma de enjuiciar, mantiene vivos los rasgos singulares del viejo procedimiento civilístico: sigue en pie la división del proceso en dos fases, y la actividad pretoria procura discurrir de modo que las acciones de nueva creación se acomoden a las que el *ius civile* reconoce y sanciona. Significa esto que las acciones civiles reciben primera acogida en el orden tutelar procesal, y solo cuando no se puede recurrir a ellas, el pretor establece nuevas defensas, valiéndose de un expediente de *ficción*, esto es, simulando el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley civil, para amparo de una determinada situación. En último término, cuando ni esto es bastante, se provee a la verdadera innovación, poniendo en existencia acciones *in factum*, donde se tutela un hecho no reconocido por el *ius civile*, pero que el pretor considera digno de defensa.

La fórmula de las acciones civiles —*actiones in ius conceptae*— está dotada de una *intentio* concebida o fundamentada en el *ius civile* o *intentio in ius concepta*, de modo que el derecho por el que se reclama sea de carácter civil.<sup>61</sup>

Cuando la *intentio* no se basa en un derecho civilmente tutelado, sino que tiene su fundamento en un hecho que el pretor cree digno de amparo, nos encontramos ante una fórmula con *intentio in factum concepta*.<sup>62</sup>

Cuando el hecho que el pretor quiere amparar no puede dar base a una *intentio iuris civilis*, aunque se trate de una relación jurídica civil, se recurre a la ficción de entender que se han cumplido todos los requisitos o que existen las circunstancias que para la tutela del mismo exigía aquel derecho. Tal es la fórmula *fictionis*, a la que se dota de *intentio in ius concepta*, sobre la base de tal ficción.

El ejemplo clásico es el de la acción Publiciana. Esta acción se concede al que, privado de la posesión, reclama una cosa que le fue entregada en virtud de justa causa, pero no tuvo tiempo de que se consumara la usucapción, por lo que no puede entender o pretender que es suya en propiedad quiritaria. En

tal supuesto, se finge que usucapió, y de esta manera plantea la reclamación cual si se hubiera hecho propietario civil.<sup>63</sup>

Las fórmulas con *trasposición de sujetos* se emplean con fines de representación procesal, teniendo también una especial significación en el campo de la transmisión de créditos. El que litiga como representante, refiere la pretensión, concretada en la *intentio*, a nombre del representado y la condena al suyo.<sup>64</sup>

## § 51. La marcha del procedimiento

### I. Magistrados y jueces<sup>65</sup>

La primera fase del pleito se lleva a cabo ante el magistrado dotado de *imperium*. La misión del magistrado no es otra que la de dar acogida o denegar las alegaciones de las partes, permitiendo o no el planteamiento del proceso. Su misión, pues, estriba en instituir y formalizar la causa.

La *iurisdictio*, manifestación del poder soberano del Estado, correspondía a los pretores, en Roma; a los consulares y *iuridici*, en Italia; a los *praesides* y próconsules en las provincias.

Ante el *iudex* o los *iudices*, simples particulares, arbitros o jueces populares, se desarrolla el *iudicium*, que concluye con la sentencia. La función juzgadora no se basa en el *imperium*, del que no están investidos, sino en el *officium*, que tiene su apoyo en el juramento hecho a la hora de ser nombrados y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo.

Los jueces podían ser de varias clases: a) *unus iudex*, juez particular único; b) *recuperatores*, tribunal integrado normalmente por tres o cinco particulares nombrados a instancia del pretor, que intervienen en causas donde litiga algún extranjero, y, sobre todo, en los procesos de libertad, a partir de Augusto; c) *decemviri litibus iudicandis*, tribunal de diez jurados, también con carácter de particulares —no obstante su nombramiento por los comicios, en las postrimerías de la República—, con misión de juzgar, durante la época republicana, en las causas de libertad; d) *centumviri*, tribunal integrado por 105 miembros, en los orígenes, y 180 después, nombrados a propuesta de las partes, actuando igualmente con el carácter de particulares en procesos vindicatorios relativos a propiedad, familia y herencia.

### II. El fuero

Fuero es término que alude tanto al tribunal actuante, como a los límites en que se produce la función que compete a éste. El fuero determina la razón en virtud de la cual ejerce su jurisdicción el magistrado, así como la facultad de actuar en la medida que señala el ordenamiento jurídico.

La asignación de litigios a los magistrados puede venir determinada de conformidad con distintos criterios como la conveniencia económica de los litigantes, la naturaleza de la relación jurídica, el valor de la cosa litigiosa, la extensión del territorio, o la clase de función que cada magistrado desempeña dentro de una organización jerárquica.

En determinados casos, la ley confiere a las partes la facultad de *disposición* del fuero —*forum prorogatum*. En caso contrario, la competencia viene determinada por la elección del demandante entre el lugar de origen y aquel en que tiene su residencia el demandado —*forum originis, forum domicilii*.

Fueros especiales se dan según la suerte de relación jurídica de que se trate, y así se habla de *forum solutionis, forum destinatae solutionis* —lugar del cumplimiento de la obligación—, *forum contractus* —lugar del contrato—, *forum rei sitae* —lugar de situación de la cosa—, *forum delicti commissi* —lugar de comisión del delito.

Otros fueros vienen determinados en razón de la función que desempeñan ciertos magistrados, tales como el *praetor fideicommissarius*, el *praetor tutelarius*, etc.

### III. El tiempo

En el viejo calendario romano se distinguía entre *dies fasti* —días hábiles o días judiciales— y *dies nefasti* —días no aptos para la actividad procesal jurisdiccional—. El año judicial se hallaba dividido en un período de invierno —*menses hiberni*— y otro de verano —*menses aestivi*— interrumpiéndose la actuación judicial durante la época de las cosechas, de la vendimia y de los juegos públicos, si bien esta práctica llegó a desaparecer cuando el juez popular dejó de ser nombrado de entre los ciudadanos que figuraban en el *album iudicium selectorum*.

En la interposición de acciones —lo mismo que en la solicitud de la *bonorum possessio*— se tiene en cuenta el «tiempo útil», esto es, el computado sobre la base de días hábiles para litigar.

### IV. Las partes y sus representantes<sup>66</sup>

Las partes —*partes, adversarii*, en la terminología latina— que intervienen en la causa o litigio —*lis, controversia*—, se llaman demandante o *actor*, y demandado o *reus*.

En el viejo sistema de la *legis actiones*, se hallaba admitida la representación procesal, si bien restringida a cuatro singulares casos: a) *pro populo*, en defensa de un interés público; b) *pro libertate*; c) *pro tutela*, en defensa del pupilo; d) *ex lege Hostilia*, en las acciones de hurto sufridas por un ausen-

te. Por el contrario, en el sistema formulario se admite la representación con carácter de amplitud y generalidad.

En la época antejustiniana existen dos representantes procesales: el *cognitor*, representante típico judicial, designado solemnemente para la causa concreta; y el *procurator*, administrador o representante común y ordinario, que se persona en juicio en nombre del administrado o representado.

La ley estableció un doble régimen de garantías en orden a asegurar, por parte del representado, la aceptación de la sentencia y su cumplimiento. Al primer fin iba dirigida la *cautio ratam rem dominum habiturum*, hecha por el *procurator* o representante judicial; al segundo, la *cautio iudicatum solvi*, prestada por el demandado o representado.<sup>67</sup>

#### V. Procedimiento «in iure». Iniciación del proceso

La iniciación del proceso tiene efecto con la *in ius vocatio* o llamamiento para comparecencia del demandado ante el magistrado, hecho por el propio demandante. En el caso de que el demandado no aceptase los términos de la invitación, se autorizaba al demandante, a partir de las XII Tablas, a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza, obligándole a personarse. Cabía, no obstante, que el demandado ofreciese un sustituto —*vindex*<sup>68</sup>—. Si no comparecía ni aseguraba la comparecencia por otro, se le tenía por *indensus*,<sup>69</sup> entregando el pretor sus bienes al demandante —*missio in bona*.

Presentes las partes *in iure*, el actor formula su demanda —*editio actionis*<sup>70</sup>—. Por su lado, el demandado puede adoptar diferentes posturas: a) solicitar un aplazamiento para la contestación, prometiendo comparecer de nuevo, con garantía de tercero —*vades* (§ 102)—; b) contestar allanándose a la demanda —*confessio in iure*<sup>71</sup>—, sin que haya lugar a entrar en un *iudicium*; c) atender el juramento deferido por el demandante —*iusiurandum in iure delatum*<sup>72</sup>—, reconociendo o no la existencia de la deuda, dando lugar, en el primer caso, a tener por concluido el asunto, sin pasar a juicio; d) oponerse a las alegaciones del demandante.

#### VI. La «litis contestatio»<sup>73</sup>

Si el magistrado tiene por atendibles los términos de la demanda —*datio actionis*—, se abren puertas al *iudicium*, previa la formalización de la *litis contestatio*. En la época de las *legis actiones*, la *litis contestatio* era un contrato arbitral, subsiguiente a la formulación de la demanda, hecho en presencia de testigos solemnemente llamados, por virtud del cual las partes acuerdan, ante el magistrado, someter la cuestión litigiosa a la decisión de un *iudex*, aceptando el fallo que éste emita. En el sistema formulario, la *litis contestatio* consiste en el traspaso de la fórmula al *iudex*, de manos del pretor,

verificado en presencia de testigos, según la vieja y luego decaída práctica. Propiamente la *litis contestatio* es un contrato arbitral, residiendo su fuerza de obligar en la «proposición» y «aceptación» de la fórmula —*edere, dictare formulam seu iudicium; accipere formulam s. iudicium*— por el actor y el demandado.<sup>74</sup>

El efecto característico de la *litis contestatio* reside en la consunción o extinción procesal de la acción —*actio consumitur*—, esto es, en la imposibilidad de repetición: *bis de eadem re ne sit actio*.<sup>75</sup> Tal sucede cuando se trata de acciones que versan sobre derechos de crédito, concebidas *in ius* y ejercitadas en un *iudicium legitimum*. Por el contrario, las acciones reales, las personales concebidas *in factum*, y las ejercitadas en los juicios no legítimos —*iudicia imperio continentia*—, no se consumen o agotan, siendo necesario, para evitar su repetición en nuevo juicio, que el pretor otorgue una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*<sup>76</sup>—excepción de cosa juzgada o deducida en juicio.

#### VII. Procedimiento «*apud iudicem*»

*Tramitación hasta la sentencia.* — Celebrada la *litis contestatio*, las partes comparecen ante el *iudex*.<sup>77</sup> La incomparecencia del demandado lleva consigo, en los orígenes, el que el pleito concluya con sentencia dictada de acuerdo con las pretensiones del demandante, pero más tarde la condena solo tenía efecto cuando el *iudex* hubiese logrado plena convicción de la justicia que asistía al reclamante —*sententia in eremodicio*— Si no comparecía el actor, recaía sentencia absolutoria para el demandado.

El procedimiento *apud iudicem* se caracterizaba: a) por la oralidad en los alegatos, defensas e interrogaciones; b) por la publicidad; c) por la *inmediación*.

Las partes, que pueden acudir asistidas por oradores, han de facilitar al juez las pruebas en que fundan sus alegaciones. A este respecto, rige el principio según el cual la carga de la prueba incumbe a todo aquel que sostiene una pretensión, sea ejercitando una acción u oponiendo una excepción: *necessitas probandi incumbit illi qui agit*.<sup>78</sup> Tanto el actor como el demandado —siempre que la posición de éste no sea pasiva—, vienen obligados a suministrar los datos, las pruebas de hechos que sirvan de confirmación a lo aducido.

Sin embargo, hay hechos de los que no se exige prueba, en cuanto que la ley los tiene por ciertos e indubitados, hablándose entonces de presunciones. Distínguense tres clases: a) *praesumptiones iuris et de iure*: relativas a hechos que no admiten prueba en contrario; b) *praesumptiones iuris*<sup>79</sup>: sobre

hechos que se tienen como verdaderos en tanto no se demuestre lo contrario

mediante una contraprueba autorizada; c) *praesumptiones hominis*: afectan

Los medios de prueba son varios: testigos, documentos, juramento, dictamen pericial, inspección ocular, etc.<sup>80</sup>

Los testigos —obligatoriamente en número superior a uno, en la época imperial, siquiera sea para el valor de la prueba— prestan su declaración oralmente, asignándose a ésta el papel de pieza de convicción, de instrumento de conocimiento más o menos atendible, según la ciencia y entendimiento que asistan al juez.

Los documentos pueden ser públicos y privados, atribuyéndose a los primeros valor de prueba frente a todos, y a los segundos valor de prueba frente a la persona de la que provienen.

El juramento deferido por una parte a la otra ante el magistrado —*iusiurandum in iure*— obliga a jurar o a referirlo al adversario, zanjándose la cuestión —juramento decisorio—. Éste es el régimen de la época justiniana, en la que se conoce también el *iusiurandum iudiciale*, especie de juramento supletorio que el juez impone a la parte o a las partes, fuera de toda solicitud y sin atender a la voluntad de los litigantes manifestada en sentido contrario.

En orden a la prueba, rige el principio de la libre apreciación, sólidamente afirmado en la época clásica.

### VIII. La sentencia<sup>81</sup>

El juez, una vez realizada, ponderada y apreciada la prueba, según las reglas de la sana crítica —*ex animi sententia*— resuelve el pleito mediante un fallo.

La sentencia, que pone fin al *iudicium*, puede ser: *d)* absolutoria; *b)* condenatoria; *c)* declarativa —en las acciones prejudiciales—, y *d)* constitutiva —en los procesos de división.

La sentencia pone fin a la cuestión litigiosa, que no es susceptible de plantearse en nuevo juicio: *res iudicata pro veritate habetur*.<sup>82</sup> En la época de las *legis actiones* y en la del procedimiento formulario la sentencia se tiene por firme, no admitiéndose su apelación.

### IX. Ejecución de la sentencia<sup>83</sup>

En el caso de que el vencido o condenado no acepte libremente el cumplimiento de la sentencia, es necesario recurrir a un procedimiento de ejecución.

En la época antigua existen dos acciones de ley encaminadas a este fin: la *legis actio per pignoris capionem* y la *legis actio per manus iniectioem*.

La *legis actio per pignoris capionem*<sup>84</sup> era utilizada como medio de eje-

cución directa sobre los bienes de personas deudoras por tributos, ciertos créditos militares y de tipo religioso.



La ejecución de carácter normal o regular es la de la *legis actio per manus iniunctionem*,<sup>85</sup> concebida como ejecución personal. Si el condenado en sentencia a realizar una prestación no la cumpliese, luego de transcurrir treinta días desde que aquélla se pronunció, podía ser llevado ante el magistrado, quien lo entregaba al acreedor, salvo que un tercero saliese fiador por él —*vindex*—. Esta forma de ejecución legitima al acreedor para retener en prisión al deudor durante un plazo de sesenta días y venderlo fuera de Roma, si transcurrido dicho plazo nadie se ofreciese a pagar la deuda<sup>86</sup>. Tal régimen de hubo de ser paliado por la *lex Poetelia*, que abolió la prisión por deudas, así como la venta y muerte del *iudicatus*.

En la época del procedimiento formulario la ejecución directa y personal es sustituida por la *actio iudicati*<sup>87</sup> —acción de cosa juzgada—, que no evita, sin embargo, el que por el magistrado se autoricen actos ejecutivos personales.

Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a través de la *missio in bona* —entrada en los bienes— que, previa solicitud, concede el magistrado al acreedor favorecido en sentencia autorizándole a tomar posesión del patrimonio del deudor. En el caso de ser varios los acreedores, podían sumarse todos a la posesión de los bienes —*missio in rem*— cuyo efecto no era otro que el de la conservación o guarda de aquéllos —*missio in bona rei servandae causa*—. Al frente del patrimonio se colocaba un *curator bonorum*, designado por el pretor, a instancia de los acreedores, que debe anunciar la *missio*, mediante avisos públicos —*proscriptio bonorum*—, a fin de que puedan concurrir a la ejecución otros acreedores.<sup>88</sup> Transcurrido el plazo de información pública, se nombraba un *magister*, de entre los acreedores concursados, a quien se confería el encargo de vender los bienes —*bonorum venditio*<sup>89</sup>—. Tal venta, hecha después de observar ciertas formalidades, se realiza en subasta<sup>90</sup> y por el entero patrimonio. El comprador —*bonorum emptor*—, adquirente del activo patrimonial, asume la obligación de pagar a cada acreedor un tanto proporcional.

El *bonorum emptor* reemplaza al *iudicatus* en la titularidad de derechos que a éste asistían, actuando en su misma posición. Como acreedor de los deudores del condenado, puede dirigirse contra éstos —fórmulas Rutiliana y Serviana<sup>91</sup>—, para hacer efectivos sus créditos. La responsabilidad del patrimonio concursado no va más allá del montante a que alcance el precio de la venta.

La *bonorum venditio* lleva aparejada la nota de infamia, pero a partir de una ley Julia tales efectos infamantes fueron desviados, junto con la obtención del *beneficium competentiae*, en el caso de que el deudor cediese voluntariamente los bienes al acreedor o acreedores —*cessio bonorum*.<sup>92</sup>

Finalmente, se estableció un régimen de ejecución patrimonial particular, es decir, sobre objetos concretos, no afectando ahora a la entera masa de bienes. Tal es la *distractio bonorum*, por la que se autorizaba la venta de

cosas singulares, hasta alcanzar un precio bastante para atender las justas exigencias de los acreedores.<sup>93</sup>

Si el deudor, con el fin de defraudar a los acreedores, realiza actos de enajenación que ocultan o merman su patrimonio —*alienatio in fraudem creditorum*—, se concede su revocación. En el Derecho clásico existen dos medios enderezados a este fin: el *interdictum fraudatorium*,<sup>94</sup> que obliga al adquirente a restituir cuanto ha recibido del deudor, y una *restitutio in integrum*, que determina la vuelta de las cosas a su estado anterior, esto es, cual si no hubiese ocurrido la enajenación.<sup>95</sup> En el Derecho justinianeo se otorga la *actio Pauliana*,<sup>96</sup> en la que quedan fundidos ambos medios.

La *actio Pauliana* se otorga al *curator bonorum* y a los acreedores, y lo mismo frente al deudor que frente al tercero adquirente. Con relación a éste, se exige que conozca el fraude —*scientia fraudii*—,<sup>97</sup> siendo ello innecesario en caso de adquisición a título gratuito.<sup>98</sup> El tercero de buena fe y a título gratuito solo es responsable, de todos modos, en la medida de su enriquecimiento.

Los actos realizados para defraudar a los acreedores se revocan únicamente si resulta una imposibilidad efectiva de satisfacer por completo las deudas —*si eventum fraus habuit*.<sup>99</sup> Tal imposibilidad viene apreciada una vez que se ha procedido a la *bonorum venditio*.

La acción Pauliana solo puede ejercitarse dentro del plazo de un año, computado *utiliter* desde que ocurrió la enajenación. Después del año se otorga una *actio in factum* por razón del enriquecimiento.<sup>100</sup>

En la medida del enriquecimiento procede su ejercicio contra los herederos.

## § 52. Protección jurídica extraprocesal

El sistema de acciones viene complementado por otros medios que tienen su explicación y fundamento en el *imperium* del magistrado jurisdicente, y dan ocasión a un procedimiento fuera de *iudicium*, esto es, ventilado exclusivamente ante aquél. Tal es el llamado procedimiento *extra ordinem o per cognitionem*<sup>101</sup> que gira en torno a una orden magistratual —*decretum, interdictum*—. Seguidamente exponemos estos medios complementarios del sistema de acciones.

### I. *Interdicta*<sup>102</sup>

Los interdictos son órdenes del pretor encaminadas a una exhibición, a una restitución o a una prohibición —interdictos exhibitorios, restitutorios y prohibitorios—. Asumen el carácter de providencias administrativas urgentes, en cuanto persiguen el mantener una situación o el que se obtenga un determinado comportamiento en momento que no permite dilación. El

magistrado, sin necesidad de recurrir a una averiguación especial, da el interdicto, ordenando una cierta conducta, y bajo el supuesto, bajo la hipótesis de que la petición se funda en hechos dignos de ser protegidos. El interdicto no era, pues, una sentencia, una decisión definitiva, y tanto cabía que la orden dimanante del mismo fuese aceptada, como lo contrario. En el primer caso, satisfecha la pretensión del peticionario, se zanjaba la cuestión, pero en el segundo, es decir, en el de no obediencia, se abría puertas a un *iudicium*, que se tramitaba de dos maneras: *per sponsionem* y *per formulam arbitrariam in factum conceptam*. En la primera, cada una de las partes prometía estipulatoriamente —*stipulatio* o *sponsio poenalis*, en el demandado, *restipulatio*, en el actor— una suma si perdía el pleito, ya por haber obrado en contra de la orden del magistrado, ya por no haber habido tal desobediencia, todo lo cual se condiciona, como es lógico, a la circunstancia de que sean ciertos o inciertos los supuestos de la orden hipotética que es el interdicto. Junto a la *sponsio poenalis* del convenio, y al propio tiempo que ella, figura una tercera fórmula, un tercer contrato verbal, en el que se patentizan los verdaderos términos de la controversia —la exhibición, la restitución o la prohibición—, para concluir en la consabida indemnización pecuniaria propia de toda *condemnatio*. El *iudicium* correspondiente a esta tercera fórmula se llamaba *iudicium secutorium*. Si el convenio por la orden interdictal resultaba absuelto por la *summa sponsionis*, lo sería también en el *iudicium secutorium*, en que se incardina la cuestión controvertida, pudiendo reclamar la *summa restipulationis*. En el caso de que sea condenado, deberá pagar la *summa sponsionis*, pero podrá desviar la condena cifrada en la indemnización, acatando la orden desobedecida en un principio.

Tratándose de interdictos restitutorios o exhibitorios, cabe una tramitación por fórmula arbitraria *in factum concepta*, de modo que el juez invite al convenio a acatar la orden, actuando en conformidad con ella, antes de proceder a la *condemnatio pecuniaria*.

Para una mejor comprensión de los interdictos a que venimos refiriéndonos, recogemos seguidamente ejemplos de las fórmulas propias de su redacción.

- a) Interdicto restitutorio: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.*<sup>103</sup> (Restituirás al actor aquella cosa objeto de la demanda que recibiste de él en precario o dejaste de tener dolosamente.)
- b) Interdicto exhibitorio: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.*<sup>104</sup> (Presentarás a la persona libre que retienes con dolo malo.)
- c) Interdicto prohibitorio: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.*<sup>105</sup> (Prohibo que se impida por la violencia que sigáis poseyendo la casa de que se trata tal como la poseéis uno por otro sin violencia ni clandestinidad ni en precario.)

Aparte de la clasificación enumerada, se ofrecen otras: interdictos simples y dobles, según que haya un demandante y un demandado, como ocurre en los exhibitorios y restitutorios, o los dos litigantes asuman idéntica posición, es decir, la de demandantes y demandados a la vez, cual sucede en el *interdictum uti possidetis* y en el *utrubi* (§ 71);<sup>106</sup> interdictos de obtener, de retener y de recuperar la posesión;<sup>107</sup> interdictos referentes a una situación presente, como el *uti possidetis*, y a una situación pretérita como los *de itinere actuque* y *de aqua aestiva* (§ 67); interdictos anuales e interdictos perpetuos.

## II. *Missiones in possessionem*<sup>108</sup>

Constituyen actos de autoridad magistratual, por virtud de los cuales los bienes del *indefensus* —del deudor que *fraudationis causa latitat*—, los del litigante que no guarda la debida conducta, los del deudor fallecido sin herederos, los del propietario de una finca ruinosa colindante a otra que no presta caución para el caso de que el daño se produzca —*cautio damni infecti* (§ 62)—, y, en fin, entre otros más, los del ausente que no deja representante, son puestos a disposición, más o menos duradera, de determinados individuos, con facultades de diversa naturaleza, según las particularidades del caso.

La *missio* puede afectar a la totalidad de los bienes —*missio in bona*— o a un objeto particular y concreto —*missio in rem*.

## III. *Stipulationes praetoriae*

Son las que ante el pretor, y por imposición de éste, celebran las partes, con un triple finalidad de tutela procesal: a) asegurar el resultado del juicio, como la *cautio ratam rem haberi*, la *cautio iudicatum solvi*, la *cautio pro praedes litis et vindiciarum* y la *cautio ex operis novi nunciatione*; b) asistir con una acción a relaciones que carecen de ella, como la *cautio damni infecti*, la *cautio usufructuaria* (§ 70) y la *cautio rem pupilli salvam fore*; c) asegurar la comparecencia en juicio —*sistere vadimonium*.<sup>109</sup>

## IV. *Restitutiones in integrum*<sup>110</sup>

Son decisiones magistratuales de carácter extraordinario, por virtud de las cuales se anula de plano una situación, ya sea de carácter formal o material, para volver a un estado jurídico anterior. Tal retorno al estado originario, tenido por normal, es ordenado por el pretor, luego de examinar y ponderar las particulares circunstancias del caso —*causa cognita*—, y atendidos supuestos registrados en el Edicto. La *restitutio in integrum* se concede en

diferentes casos: *aetas*, *absentia*, *error*, *metus*, *dolus*, *capitis deminutio*, *fraus creditorum*.

### § 53. La «*cognitio extra ordinem*» y el proceso posclásico<sup>111</sup>

El procedimiento formulario se mantuvo en vigor durante toda la época clásica. Sin embargo, la práctica procesal de resolver los litigios en una sola vía —*extra ordinem*—, ante el magistrado, llegó a constituir el sistema normal durante el Imperio, hasta el punto de que con Justiniano el carácter de extraordinarios es común a todos los juicios.

El procedimiento *per extraordinariam cognitionem* acaba con la clásica bipartición del proceso en las fases *in iure* y *apud iudicem*. El juez es ahora funcionario público, órgano de la administración del Estado, y ante él se sustancia el pleito en un solo momento procesal.

Razones de orden político-social —el carácter del régimen imperial, junto con la desaparición de las viejas libertades romanas— favorecieron la instauración del nuevo sistema, que ya traía antecedentes del período clásico, singularmente significados en la tramitación extraordinaria que entonces comenzó a darse a las controversias relativas a alimentos, fideicomisos, pago de honorarios en profesiones liberales, litigios con el Estado, etc.

#### I. Tramitación del proceso

La tramitación del proceso, en una sola vía, ante el juez-funcionario, sufrió diferentes y largas transformaciones a través de todo el tiempo que estuvo vigente. Sus características, no obstante, quedan definidas por lo antes dicho, y en orden a la tramitación haremos seguidamente algunas indicaciones.

#### II. Citación. Comparecencia. Defensa

En el período romano-helénico se establece el sistema de la *denuntiatio litis o actionis*, una citación hecha por el demandante al demandado, poniéndose de acuerdo con éste a efectos de comparecer en día determinado.

Ya dentro del nuevo procedimiento extraordinario, la forma normal de citar es el libelo, un escrito de demanda que presenta al demandado el propio demandante, o hace llegar a él por medio de un *tabularius* —un funcionario o subalterno—, o, en fin, le da a conocer por edicto fijado en lugar donde ejerce su función el juez. Tal es el *libellus conventionis*, al cual responde o contesta el demandado con el *libellus contradictionis*, prestando caución —*cautio iudicatum sisti*— de comparecer enjuicio al cabo de tres días, en

un principio, y de veinte, más tarde. La no comparecencia del demandado — la contumacia—, no evita la continuación del pleito. Si el que no comparece es el demandante, la sentencia puede dictarse en perjuicio suyo, al menos en los últimos tiempos.<sup>112</sup>

Cabe que el demandado se allane a la demanda, o mejor, al fondo jurídico de la misma, y entonces la *confessio in iure* tiene la misma virtualidad que en épocas anteriores, es decir, la de equivaler a una sentencia. Pero cuando la confesión se limita a determinadas circunstancias o hechos, carece de tal fuerza, constituyendo simple medio probatorio. En cuanto al juramento, Justiniano estableció la imperiosa obligación de prestarlo o referirlo a la otra parte.

La *litis contestatio* —que ahora es el momento, no bien precisado, en que las partes fijan sus pretensiones—, no constituye un acto formal, dotado de solemnidad, ni produce aquel efecto antiguo de la consunción procesal de la acción.<sup>113</sup>

En materia probatoria<sup>114</sup> se produce, sobre todo en la época justiniana, un nuevo sistema regulatorio. El juez se somete, en orden a la apreciación de la prueba, a normas predeterminadas, si bien se le autoriza para averiguar libremente los hechos, fuera de la petición de actor y convenido.

### III. La sentencia<sup>115</sup>

La sentencia no versa necesariamente sobre una condena pecuniaria, pudiendo darse acogida a las pretensiones del actor. Se admite la apelación ante el juez superior, para llegar, en última instancia, hasta el mismo emperador.<sup>116</sup>

La ejecución de la sentencia<sup>117</sup> puede ser: a) ejecución patrimonial particular, reducida a los bienes necesarios para atender las exigencias del demandante —*pignus in iudicati causa captum*—; b) ejecución patrimonial particular en régimen de concurso de acreedores y de cesión de bienes —*cessio bonorum*—, mediante venta parcial de éstos —*bonorum distractio*—; c) ejecución personal, con carácter de accesoria.

### IV. Costas.

Las costas —gastos procesales— eran satisfechas, en un principio, por el vencido, apreciada su temeridad, pero más tarde se estableció como norma general la de que, independientemente de tal circunstancia, las pagase el que hubiera tenido un resultado adverso.

*Procesos especiales.* — Algunos procesos tienen una tramitación especial, como son: el proceso por rescripto, o recurso de apelación ante el emperador y los procesos sumarios de alimentos, manumisiones testamentarias, posesión de la herencia a favor de un impúbero, interdictos, etc.<sup>118</sup>

---

LIBRO SEGUNDO  
DERECHOS REALES





## CAPÍTULO I

### LAS COSAS<sup>1</sup>

*Anteponemos a la exposición de los varios derechos reales unas consideraciones acerca de las res, de las cosas, porque éstas son los objetos, concebidos como «bienes» o «valores» sobre los que aquéllos recaen.*

*La idea de res, de cosa, en cuanto objeto de la naturaleza, material, corpóreo, tangible, es típica de una concepción puramente romana. Tal idea de cosa, con valor técnico-jurídico, no viene quebrada por la distinción, de raíz filosófica, que hace Gayo (2, 12-14) entre res corporales —«las que se pueden tocar»— y res incorpóreas —«las que no se pueden tocar»— apreciándose intelectivamente, como sucede con los derechos reales sobre cosa ajena, los créditos, la titularidad de una herencia.<sup>2</sup>*

*En rigor, y como luego veremos, tal distinción gira en torno al patrimonio, que puede estar formado por «cosas» —las tangibles: un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata— como por «derechos» —iura. La verdad es que, a tenor de lo que asevera Ulpiano (D. 50, 16, 23), en la denominación de cosas, de res, tanto se comprenden los objetos mismos —causae—, como los derechos que recaen sobre éstos.*

*La cuestión estriba en que, entrando en juego el binomio cosa-derecho, se destaque más el primer elemento (cosa) o el segundo (derecho). Tanto cabe hablar de cosa (sobre la que recae el derecho) como de derecho (que recae sobre la cosa). Y ocurre que en el caso del derecho de propiedad, el más absoluto de los derechos reales, Gayo habla del objeto, de la cosa, por estimar, de acuerdo con la noción romana, que el derecho se materializa en ésta. El objeto del derecho de propiedad viene clarificado cuando se reclama frente al que no es propietario: «rei vindicatio».*

*Todos los derechos reales recaen sobre cosas, pero en punto al de propiedad prima la idea de tenere rem —tener, poseer u ocupar la cosa.*

*No menos recaen sobre cosas los nombrados iura, y sean de carácter real o no. No importa, dice Gayo, que en la herencia, en el usufructo o en*

cualquier tipo de obligación haya cosas corporales, siendo así que en los tres supuestos los derechos mismos son incorporales.

Dicho antes que Gayo habla de res corporales, las cosas en sentido técnico, y de res incorporales, esto es, los iura, proyectados sobre realidades no menos corpóreas y tangibles, debe señalarse que la primera categoría es cerrada, y mantenida como tal hasta nuestros días, en tanto que la segunda es abierta a desarrollos conexos con los avances de la economía y de las relaciones jurídicas. Con todo, y por lo que toca a esta segunda categoría, conviene notar que la dicha apertura no sobrepasa los linderos a los que la concepción romana sujeta los derechos o, si se prefiere, «las cosas que consisten en derechos» —«res quae in iure consistunt»<sup>3</sup>. El número de los derechos, de las cosas que in iure consistunt, puede crecer a tenor de las demandas económicas y sociales, pero sin que en Roma alcancen a las entidades inmateriales, a las prestaciones, a las ideas (inventos o ingenios industriales).

El ordenamiento jurídico toma en cuenta las cosas en cuanto tienen de «bienes», esto es, en cuanto reportan una utilidad o beneficio económico. Tal utilidad o beneficio viene juzgado de distinta manera en el curso de los tiempos. El mayor valor que se otorgó en un primer momento a las res mancipi (§ 54 III), cedió a la mayor estimación posterior de las cosas inmuebles —res immobiles.

## § 54. Concepto y clases de cosas

### I. Cosa

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

Esta noción es conforme con la vieja mentalidad romana, para la cual no son cosas las prestaciones, los servicios, las entidades inmateriales.

Gayo trae al terreno jurídico una distinción elaborada por los filósofos:<sup>4</sup> la distinción entre *res corporales* y *res incorporales*. Según el jurista romano, son corporales las cosas que se pueden tocar —*quae tangi possunt*—, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro o la plata; incorporales, las no tangibles —*quae tangi non possunt*—, esto es, las que *in iure consistunt*, como una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo, las servidumbres rústicas y urbanas.<sup>5</sup>

Como se ve, Gayo no enumera entre los derechos —*res incorporales*— la propiedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propiedad queda absorbida en las *res corporales*. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto propio de *res*, que se refiere siempre a la cosa

material, al *corpus*. No se trata, en realidad, de una distinción técnica entre las *res*, sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la propiedad se unimisma con la cosa.<sup>6</sup> *Res* se entiende aquí en el sentido de elemento patrimonial. El patrimonio está constituido por cosas —se nombran las cosas en lugar del derecho de propiedad— y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de una herencia, etc. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad, que se confunde con la cosa sobre que recae; que es, en todo caso, *res incorporalis*.

II. «*Res in patrimonio*» y «*res extra patrimonium*».  
«*Res in commercio*» y «*res extra commercium*»

Gayo comienza su tratado sobre las cosas —*dé rebus*— con la distinción entre *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*.<sup>7</sup> Esta distinción alude al hecho o situación presente de que la cosa esté o no comprendida en el patrimonio de una persona. Se considera equivalente otra distinción que, aunque no formulada de modo expreso, se encuentra en el lenguaje de las fuentes: la distinción entre *res in commercio* y *res extra commercium*, de acuerdo con la posibilidad o imposibilidad legal de que la cosa sea objeto de negocio jurídico patrimonial. Tienen carácter de comerciables las cosas sin dueño —*res nullius*— y las abandonadas —*res derelictae*—, que actualmente pueden carecer de dueño, pero son susceptibles de tenerlo.<sup>8</sup>

Las *res extra commercium* son tales, o por prescripción de la norma divina, o por mandato de la norma positiva.

1.º *Res divini iuris*. — En esta categoría se comprenden las *res sacrae*, las *res religiosae* y las *res sanctae*.

- a) *Res sacrae*.<sup>9</sup> — Dedicadas a los dioses superiores por acto de consagración—*dedicatio, consecratio*<sup>10</sup>— reciben tal destino templos, aras, y bosques sagrados. Por acto solemne cesa también el carácter sacro de la cosa —*profanatio*—. En el imperio cristiano son *sacrae* las cosas que, de conformidad con los ritos, se consagran a Dios por los pontífices, como los templos y las ofrendas votivas.<sup>11</sup>
- b) *Res religiosae*.<sup>12</sup> — Son las destinadas a los dioses Manes.<sup>13</sup> En primer término, los sepulcros: *aedificia Manium, domus defunctorum*.<sup>14</sup> El suelo sin enterramiento —*locus purus*— se transforma en *locus sepulchri*, es decir, en *locus religiosus*, con la inhumación del cadáver siempre que esto tenga lugar con el consentimiento del propietario de aquél.<sup>15</sup>

El sepulcro —*monumentum* propiamente dicho, es decir, el terreno destinado a sepultura, con el pequeño edificio sobremontante—, no es susceptible de dominio,<sup>16</sup> y, por consiguiente, tampoco de enajenación, ni por legado, ni por venta.<sup>17</sup>

El *ius sepulchri* es transmisible por vía hereditaria. De aquí no se infiere, sin embargo, un argumento en favor de su carácter patrimonial: el *ius sepulchri* se vincula a la persona investida del título de heredero, de la cual no se desprende cuando viene obligada a restituir la herencia, o bien cuando se ve privada del patrimonio hereditario.<sup>18</sup>

Los sepulcros constituyen un *elemento* inherente a la *hereditas*, y no una *fundación* aneja a ésta.<sup>19</sup>

- c) *Res sanctae*<sup>20</sup> — Son las colocadas bajo la protección de los dioses, como las puertas y los muros de la ciudad, llamadas propiamente santas porque, no siendo ni sagradas ni profanas, fueron confirmadas con alguna sanción.<sup>21</sup>

2.º *Res communes omnium*.<sup>22</sup> — Son las cosas que por Derecho natural pertenecen a todos los hombres: el aire, el agua corriente, el mar y, según la norma justiniana, las riberas del mar.<sup>23</sup>

Puestas a disposición de todos los hombres,<sup>24</sup> se excluye el dominio de los particulares. Cualquiera de éstos puede usarlas en los límites de sus necesidades, siempre que no lesione el mismo derecho reconocido a los demás. Contra quien perturba el uso de tales cosas se puede interponer la *actio iniuriarum* y, tratándose de la navegación, algunos interdictos.

3.º *Res publicae*.<sup>25</sup> — Son las cosas pertenecientes al *populus*, es decir, a la comunidad organizada en Estado.<sup>26</sup> Dentro de ellas se distinguen dos clases: a) las *res publico usui destinatae*, que son *extra commercium*, y entre las que figuran las vías públicas, los puentes,<sup>27</sup> los foros, las plazas, los teatros, las termas, los ríos perennes.<sup>28</sup> b) Las *res in pecunia* o *in patrimonio populi*, que son susceptibles de comercio, pudiendo ser adquiridas del Estado mediante oportuno negocio.<sup>29</sup>

La *actio iniuriarum* y algunos interdictos<sup>30</sup> asisten a quien se ve perturbado en el libre uso de las cosas públicas.

Ciertas cosas son públicas por naturaleza, como los ríos perennes, el mar y la ribera del mar. Otras —las construidas por el hombre, precisamente—, adquieren tal condición mediante acto solemne de la pública autoridad —*publicatio*.<sup>31</sup>

Régimen sustancialmente análogo al de las *res publicae* es el de las *res universitatis*, o sea, el de las cosas pertenecientes a los *municipia* y *coloniae* —*communia civitatum*.<sup>32</sup>

### III. «*Res Mancipi*» y «*res nec Mancipi*»

Más adelante, al tratar de la propiedad, nos referiremos a estas dos categorías. La primera está integrada por las cosas más necesarias al grupo familiar primitivo —y no solo, como creen algunos, por las más indispensables a los fines de la agricultura—; los fundos y las casas situadas en suelo

itálico, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres de paso — *via, iter, actus*— y de acueducto —*aquae ductus*.<sup>33</sup>

Las *res Mancipi* se transmiten por *mancipatio* e *in iure cessio*; las *res nec Mancipi*, mediante la simple *traditio* (§ 61). Las mujeres no pueden enajenar las *res Mancipi* sin la *auctoritas tutoris* (§ 139).

La distinción se mantiene viva durante la época clásica: Gayo llama todavía a las *res Mancipi* las *res pretiosiores*. Desaparecida luego la diferencia entre fundos itálicos y fundos provinciales (§ 57), y generalizada la *traditio* como modo de transmisión de toda clase de cosas, la distinción se hace insostenible. El Derecho justiniano la declara abolida.<sup>34</sup>

#### IV. «Res mobiles» e «immobiles»<sup>35</sup>

La vieja distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* es sustituida, en cierto sentido, por la de cosas muebles y cosas inmuebles. Surge ésta bajo el influjo de las tendencias orientales, favorecedoras de un sistema de formas públicas y solemnes para la enajenación de los inmuebles, es decir, de las cosas tenidas por más importantes en el nuevo ambiente social y económico.

La distinción ya había sido considerada, bajo particulares aspectos, en las épocas antigua y clásica. En orden a la *usucapio*, las XII Tablas diferencian los *fundi* de las *ceterae res*;<sup>36</sup> Gayo habla a este propósito de *res mobiles* y de *fundi et aedes*.<sup>37</sup> En la época antejustiniana, la posesión de cosas inmuebles es defendida por el *interdictum uti possidetis*,<sup>38</sup> mientras que en materia de muebles se aplica el *interdictum utrubi*.<sup>39</sup> Solo constituye hurto la sustracción de cosas muebles; la apropiación ilícita de inmuebles es regulada, en orden al castigo o sanción, con otras normas.<sup>40</sup>

En el lenguaje clásico se habla de *fundus, praedium, fundus et aedes, praedia et aedes, res soli, res solo cohaerentes, res quae solo continentur* o *tenentur*. La expresión *res immobilis* solo comienza a ser usada en la época posclásica.<sup>41</sup>

#### V. Cosas consumibles y no consumibles

*Res quae usu consumuntur* o *tolluntur*,<sup>42</sup> según el lenguaje romano, o cosas consumibles, en el hablar moderno, son aquellas cuyo destino lleva aparejada la destrucción o la transformación. Destrucción que puede ser física o económica, como sucede, respectivamente, con los alimentos y el dinero; transformación, si con las materias primas se elabora una cosa perteneciente a un nuevo tipo —con la lana un vestido, por ejemplo. El dinero es consumible, porque su uso normal —comercial— le hace salir del patrimonio en que se encuentra.

*Res quae usu non consumuntur* o cosas inconsumibles son las susceptibles de un uso repetido, no importando, según el pensamiento de los clásicos, que se produzca el deterioro de la cosa. Para los justinianos, en cambio, son también consumibles las cosas que se desgastan por el uso —*res quae usu minuntur*,<sup>43</sup>— y así, p. ej., la ropa.<sup>44</sup>

## VI. Cosas fungibles y no fungibles

Son fungibles<sup>45</sup> las cosas que pueden sustituirse por otras de la misma categoría. Las cosas, digámoslo de otro modo, que no se toman en consideración como individualidades, sino en cantidad, es decir, al peso, o por número o medida: *res quae pondere numero mensurave constant*.<sup>46</sup> No fungibles, en cambio, son las cosas apreciadas por sus características individuales. Pertenecen, p. ej., a la primera categoría los géneros alimenticios, el vino, el dinero; a la segunda, un cuadro de arte, un fundo, un esclavo.

Los derechos reales recaen sobre cosas concretas —*este fundo, este esclavo*—, y, por tanto, no fungibles. No ocurre lo mismo en el ámbito de los derechos de obligación, pues de la obligación de dar una cosa fungible nace para el deudor el deber de entregar un objeto solo genéricamente determinado.

Todavía es de advertir que la distinción entre cosas fungibles y no fungibles no equivale a aquella otra que se hace entre *genus* y *species*,<sup>47</sup> es decir, entre una categoría genérica o grupo de cosas y la cosa individualizada. La fungibilidad es condición objetiva; la determinación genérica es obra subjetiva, esto es, dependiente del arbitrio de las partes. Se pueden vender diez cántaros de aceite, o bien tal o cual cántaro de aceite. Obligación genérica hay en lo primero; específica, en lo segundo.

Frecuente es que la cosa consumible sea también fungible. El mutuo o préstamo de consumo, el depósito irregular (§ 100) y el cuasi usufructo (§ 70) recaen sobre cosas fungibles, importando la obligación de restituir otro tanto: *tantundem eiusdem generis*.

## VII. Cosas divisibles e indivisibles<sup>48</sup>

Son divisibles, desde el punto de vista jurídico, las cosas que, sin merma de su valor o utilidad, pueden fraccionarse en otras. La división real —física— importa, en cualquier caso, que las partes resultantes conserven la función económico-social del todo. Son indivisibles, por el contrario, las cosas que no admiten fraccionamiento sin sufrir daño o menoscabo.<sup>49</sup> Divisible es una finca;<sup>50</sup> indivisible, un animal, una pintura, una piedra preciosa a la que el mayor tamaño presta mayor valor.

Cabe una división ideal o intelectual de las cosas que son físicamente

indivisibles. La división por partes ideales o intelectuales, que se da en el régimen de copropiedad (§ 63), no implica un fraccionamiento material de la cosa, sino del derecho que corresponde a varios sobre ella —*communio pro partibus indivisis*.

Ciertas cosas incorporales —*iura*— no admiten semejante división, y así ocurre, p. ej., con las servidumbres prediales (§ 73).

### VIII. Cosas simples, cosas compuestas y universalidades de cosas

Pomponio distingue<sup>51</sup> tres clases de *corpora*: *corpora quae uno spiritu continentur*, como el hombre, el madero, la piedra; *corpora ex congentibus o ex cohaerentibus*, como el edificio, la nave, el armario, y *corpora quae ex distantibus corporibus sunt o corpora ex distantibus*, como el pueblo, la legión, el rebaño. En el lenguaje moderno se habla, respectivamente, de «cosas simples», «cosas compuestas» y «universalidades de cosas».

Cosa simple es la cosa unitaria —*ἁπλοῦς*—, la que perciben los sentidos como singularidad, independientemente de los elementos que la integran. Cosa compuesta es la formada por la unión física y coherente de cosas simples, sean o no de la misma naturaleza —*συνήμυρον*. La distinción entre una y otra clase de cosas ofrece singular importancia en el campo jurídico: la cosa simple tiene una existencia que depende de su propia condición natural o del uso a que se entrega, mientras la cosa compuesta no pierde su individualidad aunque se renueven todas sus partes constitutivas.<sup>52</sup> Se puede ser propietario del todo sin tener la propiedad de los materiales.<sup>53</sup>

Los *corpora ex distantibus*, las universalidades de cosas no están unidas entre sí por lazo material, pero pueden ser consideradas jurídicamente como entidades objetivas, es decir, bajo un solo nombre y en concepto de unidad. Un todo único, una «cosa» es el rebaño, que puede ser vendido, legado o pignorado como conjunto, o sea, sin recurrir a tantos actos jurídicos cuantas son las cabezas. Al propietario de un rebaño le es concedida una *rei vindicatio* colectiva.<sup>54</sup> El usufructuario de un rebaño debe sustituir con nuevas cabezas las cabezas muertas —*capita demortua*<sup>55</sup>—, mientras tal no ocurre cuando el usufructo recae sobre un animal aislado. El rebaño, en fin, conserva su individualidad aunque cambien las cabezas que lo componen.<sup>56</sup>

Aparte de los rebaños —de ganado mayor o menor— y de las unidades naturales *quae gregatim habentur*<sup>57</sup> —el enjambre de abejas, por ejemplo—, la *universitas*<sup>58</sup> carece de fundamento.

### IX. Cosas accesorias y partes de cosa

De dos cosas que están unidas para servir a un mismo fin, se llama *principal* a la que determina por sí sola la función del todo, y *accessoria* a la que,

sin ser absorbida por ésta, contribuye a facilitar dicha función. Ejemplos de cosas accesorias son las pertenencias del fundo —*instrumentum fundi*— y de la casa —*instrumentum domus*,<sup>59</sup>— el marco del cuadro, la vaina de la espada.

*Pars* es un elemento integrador de la cosa, es decir, que contribuye, de modo necesario, y no accidental, a su perfección—*perfectio* o *consummatio*. Tal es, p. ej., la tapa de un pozo, la vela de un barco, la teja del edificio, el palo de la viña.<sup>60</sup>

## X. Frutos

Son frutos, de una parte, los productos naturales que, más o menos periódicamente, suministran las cosas, sin disminuir su esencia<sup>61</sup> —los productos de las plantas, la leña de los bosques, la lana, la leche, las crías de los animales, etc.—,<sup>62</sup> y de otra, los rendimientos económicos que se obtienen por la concesión a otro de una cosa —rentas de alquileres, intereses de dinero prestado, etc.—. Tales rendimientos o réditos, llamados por los modernos «frutos civiles», en contraposición a los que denominan «frutos naturales», son considerados por los romanos como frutos —*loco fructuum* o *pro fructibus*.

Los frutos pueden encontrarse en varios estados: *fructus pendentes*, cuando aún están adheridos a la cosa matriz; *separados* de ella por cualquier causa —p. ej., por el propio peso, o por la acción del viento—; *percepti*, recogidos; *percipiendi*, que debieron percibirse y no se percibieron por falta de diligencia; *exstantes*, que se hallan todavía en el patrimonio del que los recoge; *consumpti*, los ya consumidos.



## CAPÍTULO II

# LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

I. *Abordamos a continuación el estudio de los que la ciencia jurídica moderna llama «derechos reales» o derechos sobre las cosas. Dicha ciencia engloba tales derechos y los personales, de obligación o de crédito, bajo la denominación de «derechos patrimoniales».*

*Se dice hoy que son derechos patrimoniales los que tienen contenido y valor económico, o bien los que directa o indirectamente pueden reducirse a dinero. Lo cual conviene a todos los derechos reales, pero no siempre a la obligación romana y a la obligación moderna.<sup>1</sup>*

II. *En la primera hora romana fue el poder. Y el poder se proyectó sobre las cosas con fuerza superior y distinta a la que es propia de la avanzada idea patrimonialística. El «yo mando» precedió a cualquier noción de ejercicio de un derecho caracterizado por la nota económica —absorbente y decisivamente definidora— de «patrimonio».*

*El poder, con descanso y defensa en la manus, en la mano, tuvo por eje y centro la idea de imperio, de señorío sobre los bienes que están en la órbita de la familia y, en algún caso —apuntamos ahora a las servidumbres (§ 73)—, de sus aledaños. El imperio, el señorío sobre las cosas, no está reñido con el significado económico, beneficioso, industrial, que comportan las res, las cosas. Sin embargo, lo económico tardará en alcanzar esa valoración autonómica que acompaña a la idea de propiedad, de atribución, de pertenencia personalista o individualista a los fines humanos de un disfrute remunerador o útil.*

*Máximo, por su potencia, es el derecho de propiedad (§ 56). La propiedad entraña una afirmación soberana —hasta soberbia— frente a todos: «res mea est» («la cosa es mía»).*

*No es claro, sin embargo, el discurso de la propiedad. No es fácil, en efecto, cualificar sus grados históricos, representados en los términos — sucesivos— de mancipium, dominium y proprietas.*

*Creemos, a este propósito, que andan errados quienes pretenden lle-*

var la noción de propiedad a terreno que carece de abono para ello. Creemos que yerran quienes tratan de aproximar figuras cuya esencia y régimen son distintos. Creemos, en fin, para decirlo de una vez y brevemente, que no comulgan entre sí propiedad y servidumbre (§ 73), propiedad y usufructo (§ 79).

*La antigua servidumbre rústica —el paso, el acueducto— es usus, término siempre conexo al de potestas, y se adquiere por el usus.<sup>2</sup> En el caso de la servidumbre rústica —la que permite el paso a través de la finca de otro o bien la conducción de agua desde la finca de otro a la mía—, usus se refiere al ejercicio de hecho de un poder, y también al poder mismo, una vez consumada la capio, el asimiento o dominación titulada y definitiva, por la manus. Antes de cumplirse el término de la usucapión (§ 61 IV), se usa de un poder; cumplido tal término, se tiene un poder de uso.<sup>3</sup>*

*Entendemos que no cabe hablar de propiedad respecto del sendero o del acueducto. En primer término, es cierto que la mejor condición —qualitas— ganada para un fundo reporta beneficio al dueño, a cualquiera que sea dueño de éste, pero la servitus no encaja en el marco de lo que significa bona, esto es, patrimonio. Tal como afirma Celso, la servidumbre «neque ex bonis neque extra bona sit» («ni está en el patrimonio ni fuera de él»).*<sup>4</sup>

*La servidumbre no es bien patrimonial, ni tanto menos autónomo, y susceptible, por ello, de enajenación. El titular, aquel cuya finca viene mejorada por el beneficio que reporta la servidumbre, carece del ius disponendi, del derecho de disposición, que es atributo normal de todo propietario. Si recurre a la remissio, a la renuncia del derecho que le corresponde, desaparecida que es la servidumbre, el poder del dueño del fundo sirviente sobre su cosa entera recobra toda su potencia.*

*Tampoco cabe avecindar el usufructo a la propiedad. En el caso del usufructo, un sujeto —fructuarius, usufructuarius— tiene derecho al uso y percepción de frutos de una cosa ajena. Pero lo que se da al usufructuario, en lo jurídico, no en lo económico, no se identifica con lo que se quita al propietario.*

*La calificación del usufructo como pars rei o pars dominii, como parte de la cosa o parte del dominio, responde a una consideración práctica, de vario alcance, respecto del contenido económico. Ciertamente, del lado económico, lo que se da al usufructuario es lo que se quita al propietario, mas eso que se resta para nada incide en la naturaleza jurídica del usufructo.*

*Esta consideración práctica, puesta de relieve en varios supuestos, como sucede cuando se lega un fundo sobre el que otro tiene en usufructo, no se casa, en ningún caso, con la idea de propiedad.*

*Ciertamente, y tal como ha sido dicho en tema de legado,<sup>5</sup> «el usufructo, aunque sea un derecho, y no una parte de la propiedad, contiene, sin embargo, el goce o aprovechamiento» («usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet»).*

**III.** *En el marco de los hoy llamados «derechos reales sobre cosa ajena» figuran, además de las servidumbres y el usufructo, otros dos que también procuran un goce o beneficio económico, y tales son la enfiteusis y la superficie.*

*La enfiteusis (§ 80) procura al titular o enfiteuta, mediante el pago de un canon por años, una posición análoga —no igual— a la del propietario. El enfiteuta, en efecto, además de serlo a largo plazo o a perpetuidad, tiene facultades sobre un fundo superiores a las que otorgan las servidumbres y el usufructo.*

*La superficie (§ 81) se define como el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado pensio o solarium. El titular, vistas las facultades que tiene, ocupa una posición semeja a la del propietario, bajo un régimen similar al de la enfiteusis.*

**IV.** *Distintos de los derechos reales hasta aquí enumerados, y que procuran todos un goce o beneficio económico, son la prenda y la hipoteca, figuras de garantía real (§ 84 ss.), esto es, mediante la cosa misma, y que en el Derecho moderno, a diferencia del romano, reciben regulación completamente distinta.*

**V.** *Las exigencias del tráfico económico-jurídico vienen satisfechas, en primer término y en línea máximamente ventajosa, por la propiedad; en segundo, por la servidumbre, el usufructo, el uso y derechos análogos; en tercero, por los contratos.*

*Los derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena ofrecen una mayor ventaja que la procurada a través de los contratos, por los derechos personales, de obligación o de crédito. Mientras los derechos reales son ejercitables frente a todos —erga omnes—, los derechos personales dan vida a una facultad únicamente eficaz frente al obligado o deudor concreto.*

**VI.** *Como remate a lo que antecede, significamos que la propiedad representa un unicum. En el caso de la servidumbre, lo que se resta al propietario es algo que se traduce en comprimir su libertad, amén de minusvalorar, del lado económico, la finca gravada; en el caso del usufructo, la detracción de lo económico no perturba a la noción jurídica de la figura.*

*Por lo demás, la enfiteusis, la superficie, la prenda y la hipoteca, figuras no bien delineadas, son más recientes que las servidumbres y el usufructo. En rigor, tienen caracteres de adjetivas o adicionales respecto de un sistema jurídico plenamente consistente antes de su aparición.*

**VII.** *En el presente libro se expone la figura de la posesión a continuación de la propiedad.*

*Hay quien es dueño de la cosa, asistido por título jurídico. Hay también quien está en la cosa de la que otro es dueño, bajo la calificación, no jurídica, no otorgadora de un derecho, de poseedor.*

*La veterana discusión, con entronque en eminentes juristas del siglo XIX —Savigny, Ihering, Windscheid—, acerca de si la posesión es un «derecho»*

o un «hecho», juzgamos que no entra de pleno en el significado íntimo de esta figura.

*La aproximación entre propiedad, con lo que tiene, y es todo, de derecho, y la posesión, que nada tiene de tal, resulta cierta si se plantea desde otro ángulo. Queremos decir que la posesión, de acuerdo con ciertas admoniciones de juristas romanos, no es un derecho, pero de ahí, y sin más, no se infiere que sea un hecho.*

*La posesión, la possessio, no es un simple estar en la cosa que a otro pertenece. Es estar en línea de actuación, y bien señalada, sobre esa cosa, poniendo por obra el poder o facultad que, de un modo o de otro, silencia el propietario.*

*Una y otra figura, la propiedad-derecho y la posesión entendida en función complementaria de ésta, hablan de una especie de «dinámica del poder». No rezan con el poder el estar ocioso, el cesar de obrar, la desidia —vacare, otiari, cessare, nihil agere.*

*La posesión es figura complementadora, en vía extrajurídica, de la propiedad. Y bien vista por la conciencia social, que premia al que hace lo que otro no hace, y recibe, simétricamente, una tutela extraordinaria —extra ordinem—, cual es la que se contiene en los interdictos.*

*La propiedad es concebida liberalmente, procurando librarla de cortapisas que vengán en perjuicio de la espontaneidad, de la libre iniciativa, madre de benéfica industria, y mucho más si acompañada a la religión de la diligencia. En otro caso, merece refrendo quien se pone en lugar del propietario inoperante.*

## **§ 55. Concepto de los derechos reales y diferencias que los separan de los derechos personales.**

### **Especies de derechos reales**

#### *I. Derechos reales y derechos personales<sup>6</sup>*

Dentro de la sistemática moderna, los derechos patrimoniales<sup>7</sup> se distinguen en dos categorías fundamentales: los derechos reales y los derechos personales, de obligación o de crédito.

Aunque el concepto de derecho real no tenga un nombre técnico entre los romanos,<sup>8</sup> no es menos cierto que la separación entre esta categoría y la del derecho de obligación se remonta al Derecho de Roma, y de él ha sido recabada por los intérpretes. Verdad es también que mientras la distinción moderna puede ser contemplada en la quietud de la dogmática del Derecho privado, es decir, en el estado de reposo y de pacífico goce de las relaciones jurídicas, la distinción romana solo es explicable a través de la compenetración entre el derecho material y la *actio*.

Según la concepción que hoy predomina, el derecho real se traduce en

una relación directa e inmediata entre el sujeto y la cosa; el derecho personal, en una relación entre dos personas determinadas: el acreedor —sujeto activo— y el deudor —sujeto pasivo—, esto es, el que puede exigir y el que debe realizar una cierta prestación.

Lo primero que resalta a la vista es que la relación no es considerada siempre de la misma manera, es decir, como relación *jurídica*. Como relación jurídica solo se considera la que tiene lugar por razón del derecho personal, en tanto que la naciente del derecho real se define en puro sentido material. La verdad es que no hay relación jurídica que no se dé *entre personas*, en la comunicación y en el tráfico que ellas establecen. No cabe hablar de relación entre persona y cosa.

El derecho real atribuye facultades positivas sobre la cosa, que se constituyen absolutamente en cabeza del titular. El titular puede ejercitar todas las facultades que encierra su derecho. Puede, por ejemplo, vender el edificio del que es propietario, derribarlo, hipotecarlo, enajenarlo, etc. El derecho se realiza *in natura* sin el concurso activo de los demás.

Lo dicho no significa, sin embargo, que el titular se mueva en un mundo aislado, donde solo están él y la cosa. Ciertamente el libre ejercicio del derecho que le otorga la norma, permite al sujeto sentirse en contacto con la cosa antes que con los demás individuos, pero la relación *jurídica* —la única existente y posible— se establece, precisamente, entre aquél y éstos.

El derecho real establece una relación jurídica entre el titular y los no titulares. La relación no es inmediata, como lo es la relación contractual, sino mediata, por obra de la norma que fija los límites dentro de los cuales la libertad de acción de uno no se ve impedida por los demás. El deber de los demás se traduce en observar una conducta negativa, esto es, en no entorpecer el libre ejercicio del derecho conferido a otro sobre la cosa. Entre el derecho y el deber se da un justo equilibrio: el titular tiene derecho a que se le respete la esfera de su disponibilidad; los demás no se obligan sino por razón de ese respeto.

No es exacto hablar, en términos generales, de «relación inmediata con la cosa». Ciertamente el derecho de propiedad y el derecho de usufructo implican una relación material inmediata con la cosa, pero hay otros derechos reales que no autorizan a decir lo mismo. El propietario y el usufructuario están en relación inmediata con la cosa, mas no lo están menos el arrendatario de una finca y el inquilino de una casa, que solo disponen de una *actio in personam* contra el arrendador. La hipoteca es un derecho real, pero no cabe hablar de una relación inmediata entre el acreedor hipotecario y la cosa. Posible es, en fin, que una persona sea titular de una servidumbre de paso —derecho real—, pero puede ocurrir también que la facultad de pasar por el fundo vecino se deba a un simple contrato celebrado con su propietario.<sup>9</sup>

Todavía es verdad que cuando una situación jurídica consiste en la facultad de exigir contemporánea o sucesivamente una conducta igual de muchas personas, cuanto más amplio se ofrece el círculo de las mismas, nuestro pen-

samiento prefiere representarse la situación como una imagen realista, es decir, cual si la relación se explicase directamente sobre la cosa, y no, según es necesario, frente a ese anchuroso elemento personal de todos los individuos que existen y existirán.<sup>10</sup>

## II. «*Actio in rem*» y «*actio in personam*»

Los romanos hablan de *actio in rem* y de *actio in personam*, lo que en una traducción exacta, gramatical y jurídica, significa «acción contra —hacia o sobre— la cosa» y «acción contra la persona». Semejantes expresiones, con todo el significado que entrañan, responden mejor a la antigua naturaleza del derecho material y de la *actio* que a las normas que rigen en ambos campos durante las épocas clásica y justiniana.

La *actio sacramento in rem*, la acción originaria por apuesta, se entabla para defender la cosa que pertenece a uno —*rem defendere*—, librándola del adversario en cuyo poder se encuentra.

«Si se accionaba sobre la cosa —*si in rem agebatur*—, y se trataba de bienes muebles o semovientes que podían ser llevados ante el Pretor, la vindicación ante éste se hacía del modo siguiente: el que vindicaba la cosa portaba una vara, y aprehendiendo el objeto, por ejemplo, el esclavo, decía así: afirmo que este esclavo me pertenece en propiedad por derecho quiritarario, según causa legítima. Así como lo digo, ante ti lo someto a mi vara, y al decir estas palabras, ponía la vara sobre el esclavo. El adversario decía y hacía lo mismo» (Gayo, 4, 16).

Este litigio entre pretendientes de la propiedad «es un recuerdo simbólico de la lucha física en torno a la cosa y de la autodefensa, antes de que el Estado impusiera una regulación pacífica».<sup>11</sup> En los tiempos precívicos, el acto de aprehensión del que se consideraba titular —paralelo al acto de agresión del extraño— recibía el nombre de *vindicatio* —*vim dicere*—. Eliminada luego la autodefensa arbitraria, se solía denominar técnicamente *vindicatio*, no a la *actio in rem*,<sup>12</sup> sino tan solo a la proclamación por parte del actor de la pertenencia de la cosa —*res mea est*—. Tal proclamación, acompañada de una mímica especial —expresiva del dominio sobre la *res*—, era la reproducción estilizada de la antigua actuación de fuerza, del apoderamiento violento.<sup>13</sup>

Distinta de la *vindicatio* es la *actio*. *Actio* (§ 48), según nos dice Ulpiano,<sup>14</sup> es palabra que tiene un significado general, comprensivo tanto de la *actio in rem* cuanto de la *actio in personam*. Ahora bien, la palabra *actio*, sin más, esto es, sin aposición alguna, designa la *actio in personam*, según resulta del examen de las fuentes.<sup>15</sup>

El concepto de *actio* surge en relación con el de *obligatio* (§ 92). En el antiguo Derecho civil, *obligatio* es un estado de sujeción personal, de atadura de la propia persona. El *obligatus* no es un deudor en el sentido moderno, sino un individuo sobre el cual puede satisfacerse el acreedor en caso de

incumplimiento de la prestación. Si esto es así, y si el significado restringido de *actio*, como *actio in personam*, está de acuerdo con el significado etimológico de *agere* —conducir, empujar, cazar<sup>16</sup>—, la acción personal lleva a la persecución material del deudor. Ciertamente, la *actio in personam* es siempre acción contra una persona de antemano determinada. Lo mismo bajo su forma originaria de la *manus iniectio*, que bajo la forma de la acción personal declarativa —la *actio sacramento in personam*—, que daría lugar a la creación de los papeles opuestos de demandante y demandado.<sup>17</sup> Solo que al instaurarse el sistema de la ejecución patrimonial,<sup>18</sup> dejó de ser objeto de la *actio* el *corpus*.

La *actio in rem* no deja de definirse como acción sobre la cosa cuando en la época del procedimiento formulario se otorga el papel de demandante al que no posee y el de demandado al poseedor.

Formada la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam* en el ámbito del *ius civile*, a éste, por modo exclusivo, se refiere Gayo.

«La acción es personal cuando litigamos contra alguno que está obligado hacia nosotros en virtud de un contrato o de un delito, es decir, cuando sostenemos que *debe dar, hacer o prestar*.<sup>19</sup> Es real cuando sostenemos que un objeto corporal es nuestro, o que un derecho nos pertenece, por ejemplo, el de uso, o el de usufructo, o una servidumbre de paso, de vereda, de acueducto, de elevar nuestro edificio, o de vistas; también cuando el adversario, por su parte, entabla la acción negatoria.»<sup>20</sup>

La fórmula de la *actio in rem* se funda sobre un derecho —*res mea est, ius est mihi*—, en tanto que la de la *actio in personam* se concreta en los deberes jurídicos de *dare facere praestare* impuestos por el *ius civile*.<sup>21</sup>

La distinción no tiene un valor meramente formal.<sup>22</sup> Es la distinta esencia de la relación de derecho material la que imprime diverso «fundamento jurídico» a la *intentio*.

El presupuesto de la *actio in rem* es necesariamente el mismo derecho real. Lo que hace el propietario, el usufructuario o el titular de una servidumbre, no es sino afirmar que le compete un derecho. Esto no significa que el derecho excluya el deber: nunca cabe hablar de un pretensor jurídico sin un sujeto obligado, y el sujeto obligado es aquí la comunidad entera, según disciplina que estatuye la recíproca posición de preeminencia y de limitación respecto de un bien.

La *actio in rem* no es más que la expresión al vivo de un derecho absoluto que tiene por reverso un deber general de abstención. Por ella se afirma un derecho, pero se afirma sin nombrar a nadie, es decir, frente a todos. Ahora bien, si lo que se estatuye por razón del derecho es un *deber general y negativo* —y nada más—, la *actio in rem* no puede conectarse con la llamada «pretensión real», porque ésta, postulando una obligación de restituir a cargo del sujeto pasivo —el infractor o transgresor, en este caso—, implica una relación entre persona y persona comparable a la relación obligatoria, y hubiera podido quedar absorbida en el seno de la relación procesal.<sup>23</sup>

De «pretensión real», de «instancia real», en el sentido del moderno Derecho procesal, no cabe hablar en el Derecho romano clásico.<sup>24</sup> Si alguien posee ilegítimamente la cosa que pertenece a otro, no está obligado a restaurar la situación jurídica anterior, es decir, aquella que siempre hubiese existido, de no haberse dado luego la de ilegitimidad. El adversario puede librar-se de toda responsabilidad, abandonando la cosa, esto es, no defendiéndola —*rem non defendere*—. La *actio in rem* no le obliga a estar enjuicio: *in rem actionem pati non compellimur*,<sup>25</sup> *invitus nemo rem cogitur defendere*<sup>26</sup> (no somos compelidos a soportar una acción real; nadie puede ser obligado a defender en juicio una cosa).

El *oportere* se pone en relación con un deber disciplinado por el *ius civile*. El deber se da por razón del derecho, y éste es algo primario respecto de la *actio*. Esto no evita, sin embargo, que los juristas romanos prefieran considerar el poder procesal antes que el derecho sustancial. Tal se debe tanto a la falta de idoneidad del término *ius* para designar el «derecho a la prestación», cuanto a la circunstancia de que las relaciones obligatorias son vistas normalmente bajo el aspecto pasivo.

Mientras el titular de un derecho real es contemplado en la situación que ocupa respecto de la cosa, según resulta de los actos de ejercicio y de disposición autorizados por la norma, el acreedor solo puede satisfacer su interés a través de la prestación del deudor.

Derechos reales y derechos personales son dos formas antitéticas: en la primera predomina el elemento estático, la actitud de reposo y de pacífico goce; en la segunda, el elemento dinámico, la lucha para obtener el cumplimiento. *Obligatio* y *actio* se muestran así en estrecha conexión. La *actio*, «que es el medio ofrecido al particular para la actuación de cualquier derecho subjetivo, se presenta preferentemente al pensamiento jurídico como la posición avanzada de la obligación».<sup>27</sup>

Sobre el fondo de la distinción romana entre *actio in rem* y *actio in personam*, la distinción entre derecho real y derecho personal se dibuja en los siguientes términos:

a) El derecho real recae sobre una cosa corporal, atribuyendo una esfera de acción más o menos amplia. Junto a la señoría general y eminente que es la propiedad, se da, por ejemplo, la mera facultad de pasar por el fundo vecino. El derecho personal recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial.

b) El derecho real puede hacerse valer frente a cualquiera,<sup>28</sup> o por lo menos, frente a persona no individualizada de antemano. Por el contrario, el derecho personal solo puede ostentarse contra una persona determinada, que es el deudor, o bien contra su sucesor *mortis causa*, por cuanto ocupa su puesto. El derecho real y el derecho personal quedan comprendidos dentro de las amplias y opuestas categorías de los *derechos absolutos* y de los *derechos relativos*, que se esgrimen, respectivamente, frente a todos y frente a una persona concreta.



c) El derecho real tiene por reverso un deber negativo, que se traduce en no entorpecer su libre ejercicio. Tal deber descende de la específica naturaleza del mismo derecho real, como parte de su contenido. La máxima *servitus in faciendo consistere nequit* es valedera con referencia a todos los derechos reales. En cambio, el derecho personal tiene por reverso un deber que reviste, por lo general, la forma de acto positivo.

d) El derecho real otorga un disfrute permanente; el derecho personal fenecer en el momento en que es satisfecho.

Derecho real y derecho personal constituyen dos categorías netamente antitéticas en el Derecho romano. Entre una y otra no cabe mediación: ni es concebible un derecho de obligación con efectos contra terceros, ni puede hablarse de un derecho real que resulte eficaz respecto de determinados terceros o que actúe solamente como derecho de rescisión.<sup>29</sup>

Desconocidas al Derecho romano son las llamadas «cargas reales» — *Reallasten*, o también *servitutes iuris germanici*—, que están mezcladas frecuentemente con elementos de Derecho público, y consisten en exigir de todos los sucesivos propietarios y poseedores de un fundo prestaciones de dinero, de productos naturales o de servicios.

### III. Especies de derechos reales

El Derecho romano reconoce y regula las siguientes figuras de derechos reales:

- 1.º La propiedad (§ 56).
- 2.º Los llamados *iura in re aliena*.<sup>30</sup>
  - a) Servidumbres prediales —*servitutes o iura praediorum*— y servidumbres personales —*servitutes personarum*: usufructo, uso, *habitatio*, *operae servorum* (§ 73 ss.).
  - b) Superficie y enfiteusis (§ 80 ss.).
  - c) Prenda e hipoteca (§ 82 ss.).

Las relaciones contractuales se ponen al servicio de los que no pueden o no quieren alcanzar la propiedad de las cosas consideradas como necesarias. Esto es verdad, pero no lo es menos que, en la mayoría de los casos, satisfacen de modo incompleto las exigencias del tráfico económico-social, y que, de todas maneras, no procuran derechos eficazmente tutelados. Así, del contrato derivan situaciones que solo atañen a las personas que en el mismo intervienen. El arrendatario, por ejemplo, no puede intentar una acción judicial contra el tercero que violenta o impide el libre ejercicio de sus facultades. La defensa de la cosa corre a cargo del propietario arrendador, y a éste ha de acudir el arrendatario cuando se producen ataques por parte de extraños. Los

*derechos reales sobre cosa ajena*, esto es, los establecidos a favor de una persona distinta del dueño, se hallan amparados en términos de mayor eficacia. De ellos solo nacen poderes concretos o limitados sobre la cosa, pero el titular puede hacerlos efectivos contra cualquier extraño. Dentro de los derechos reales sobre cosa ajena hay que distinguir dos categorías: los derechos reales de goce —servidumbres, usufructo y derechos análogos, enfiteusis y superficie— y los derechos reales de garantía —prenda e hipoteca—. Los primeros son autónomos —*per se stantes*—, y atribuyen un poder de goce sobre la cosa; los segundos, en cambio, presuponen una relación de crédito, a la que sirven de garantía, y no permiten usar ni disfrutar de la cosa.

## CAPÍTULO III

### LA PROPIEDAD

#### § 56. Concepto e historia de la propiedad<sup>1</sup>

##### I. Concepto de la propiedad

La propiedad es «la señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa».<sup>2</sup> Como señoría, la propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra: derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar, etc. En principio, la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño, y éste puede decidir, sin cortapisa alguna, sobre su destino, dentro de un mundo económico-social en incesante evolución. Sin embargo, la norma jurídica acaba por imponer diferentes limitaciones para tutela de un interés público o privado. Otros límites surgirán de la existencia de vínculos o derechos concurrentes: servidumbres, prohibiciones de enajenar, o de reivindicar, pertenencia de la cosa en común —copropiedad—, etc. Fuera de tales limitaciones, el propietario puede actuar libremente, y tan pronto como desaparecen, la propiedad retorna automáticamente a su estado de plenitud —«elasticidad de la propiedad», como dicen los modernos.<sup>3</sup>

##### II. Evolución histórica de la propiedad

Todo lo que está en el ámbito de la antigua familia,<sup>4</sup> así las personas como las cosas, se somete a un poder soberano: el *mancipium*.<sup>5</sup> Entre las cosas, las hay que tienen una especial significación e importancia para el grupo familiar, cumplidor de fines que sobrepasan a los de simple razón doméstica: el fundo, los esclavos, los animales de tiro y carga.<sup>6</sup> Estas cosas pertenecen a la *familia*, y constituyen, en cierta manera, un patrimonio inalienable. No es que los *mores* prohíban la enajenación, sino que los *mores* se

muestran propicios a la perpetuación de la casa, tanto en lo que ésta tiene de espiritual como de cuerpo material. La enajenación,<sup>7</sup> en todo caso, se somete a un procedimiento embarazoso: el *mancipium*,<sup>8</sup> acto solemne cuyo nombre deriva del poder mismo, y al que más tarde se llamará *mancipatio* (§ 61).

Las cosas familiares están bajo el *mancipium* del *paterfamilias*, que respecto a ellas es considerado soberano. Pero debe mantenerlas en la *familia*: no es *dominus* en el sentido que tiene esta palabra. El *paterfamilias* asume una postura institucional, acorde con el fin unitario y objetivo del grupo que gobierna: se es *dominus* en cuanto que se es *paterfamilias*.

La idea —sostenida por algunos— de una copropiedad familiar en vida del *paterfamilias*, no se concilia con la situación de incapacidad en que se encuentran, bajo todos los aspectos, los *filiifamilias*. Cierto es todavía que si la propiedad se concentra en el jefe familiar, lo es solo por imperio de una determinación extrasubjetiva. La propiedad sirve a los intereses del grupo, y si aparece individualizada en cabeza del *pater*, hay que evitar el pensamiento de que esto responde a los dictados de un fin personal. Sirviendo a un fin común, no es extraño que la conciencia social declare que ya en vida del *pater* los *fili* son, en cierto modo, propietarios.<sup>9</sup> Pero el Derecho privado se agota, formalmente, en los *patresfamilias*: el antiguo Derecho romano no conoce otros sujetos.

La *familia* se vincula por la herencia (§ 141) a una continuidad. La fórmula hereditaria romana hace posible la marcha continua —trascendental— de la *familia*. Con la misma fidelidad con que se perpetúa el genio familiar, así se perpetúa el cuerpo material de la *familia*. Lo que se hereda no es algo que se adquiere, sino algo en lo que se sucede, en lo que se sigue.

Junto a las *res Mancipi* —el elemento estático y perdurable—, figuran las *res nec Mancipi*. Las *res nec Mancipi*, el ganado, el mobiliario y, en general, todos los objetos no incluidos en la categoría opuesta, constituyen el elemento movedido, dinámico: lo que adquiere cada uno, y sirve fundamentalmente para atender a las necesidades de un comercio de intercambio o truke.

Los caracteres de la propiedad romana, de acuerdo con la función política de la señoría sobre el fundo, son los siguientes:<sup>10</sup>

1.º El fundo romano tiene confines santos, como los muros de la ciudad. Los confines son señalados con el ceremonial solemne y sagrado de la *limitatio*. Alrededor del fundo delimitado —*ager limitatus*— corre un espacio libre, de cinco pies, cuando menos: *iter limitare*, en el campo; *ambitus*, en la ciudad. De modo semejante la *urbs* tiene sus límites —*pomerium*— en torno a la cinta amurallada. En época antigua este espacio libre debió de ser *res sancta* y, por tanto, sustraída al comercio privado.

Los *agri arcifini*, los terrenos no limitados, aunque con confines naturales —montes, ríos, vertientes, lagos— o artificiales —fosos, cercas, hileras de árboles—, pertenecen al *ager publicus*. Cuando menos, la falta de *limitatio* revela que no son objeto de propiedad privada.

2.º La propiedad es *ilimitada*, en el sentido de absoluta y exclusiva. Está sometida al propietario bajo todos los aspectos, y no admite influencia alguna proveniente del exterior. En el antiguo Derecho romano no existen servidumbres legales. Las servidumbres de paso y de acueducto solo pueden constituirse contando con la voluntad del propietario gravado.

En realidad, el espacio libre entre los campos facilita el acceso a cada uno de ellos, y no se hace preciso el paso obligatorio a través del vecino. De todos modos, si alguien quiere pasar por el fundo contiguo, o asegurarse una mejor condición en orden a las aguas, trayéndolas desde aquél hasta el propio, debe pactar con el *paterfamilias* titular.

3.º La propiedad romana tiene *virtud absorbente*: todo lo que está en el fundo o se incorpora al fundo —tesoros, plantas, semillas, edificios, aluviones, etc.— pertenece al propietario del mismo. Este principio de la accesión responde al carácter orgánico de la propiedad, y no a una determinación positiva —legal—, como ocurre en el Derecho moderno.

4.º El fundo romano es *immune*, es decir, libre de cualquier impuesto o carga fiscal. El *tributum* es personal: se satisface según los bienes, pero no recae sobre la propiedad.

5.º La propiedad romana es *perpetua*. No se puede constituir un derecho de propiedad limitado temporalmente, en términos de establecer, p. ej., que pasada cierta fecha, retorne *ipso iure* al enajenante, según el concepto de la enajenación real.

La verdadera propiedad individual se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium*, *iura in re* y potestad sobre las cosas. Sobrevalorado el concepto económico de *res*, se desarrolla una propiedad de contenido patrimonial.

A fines de la República o comienzos del Principado aparecen los términos *dominium* y *proprietas*.<sup>11</sup> El primero logra mayor acogida en la jurisprudencia clásica; el segundo, en la jurisprudencia más tardía (en la época romano-helénica, sobre todo). *Dominium* no designa solamente la propiedad, utilizándose también para hacer referencia a otros derechos subjetivos: *dominium obligationis*, *usufructus*, etc. Por otra parte, en *dominium* está implícito *manus*: *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*<sup>12</sup> (llamamos padre de familia al que tiene el dominio en la casa). Jefe de la *domus* —*dominus*— y señor de la familia —*paterfamilias*— son sinónimos. El empleo de *proprietas* —de *proprius*— surgió, según parece, para distinguir el derecho del propietario del derecho del usufructuario: frente a *dominus usufructus* se habló de *dominus proprietatis*. La generalización del término *proprietas*, así como la sustitución de *dominus proprietatis* por *propriarius*, es obra de los juristas posclásicos.<sup>13</sup>

No es romana —clásica— la prohibición de los llamados<sup>14</sup> actos *ad aemulationem*,<sup>15</sup> esto es, aquellos que realiza el propietario, no con miras a una

propia utilidad, sino con la sola intención de perjudicar al vecino —*animus nocendi*—. El principio de la tolerancia de tales actos<sup>19</sup> es claramente afirmado por los clásicos: *qui iure suo utitur neminem laedit*.<sup>17</sup> Ahora bien, una cosa es que el propietario pueda usar libremente de lo que es suyo, y otra que invada la esfera de libertad del vecino. La *immissio in alienum*, cuando reviste notable importancia, puede resultar ilícita. Una inmisión insignificante, a consecuencia del uso de lo que es nuestro, no se evalúa jurídicamente, sino socialmente, pero una invasión efectiva del derecho de otro deja de significar ejercicio de un derecho propio.<sup>18</sup>

Si a nadie se lesiona usando del propio derecho —*qui iure suo utitur neminem laedit*— todavía hay que advertir que asumen un papel relevante, en la vida romana, los vínculos de la *pietas*, de la *fides*, de la *humanitas*, es decir, del *officium*<sup>19</sup>. Hay en Roma una especie de opinión pública vigilante, por virtud de la cual nadie puede usar de los propios derechos sin sufrir «una inspección y un juicio». Porque los derechos privados atienden directamente al bien del individuo, pero interesan, en última instancia, al bien común. La *diligentia diligentis patrisfamilias* se aplica, de modo especial, a las obligaciones del tutor y del socio, y a la obligación del marido de restituir la dote, pero no es algo que la conciencia social deje de referir a otras esferas. Al despilfarrador de sus bienes se le somete a interdicción (§ 140), porque no debemos usar mal de nuestro derecho —*male enim nostro iure uti non debemus*.<sup>20</sup> El campesino está obligado a cuidar celosamente de su campo, a ararlo, a no traerlo a descuido, y tal obligación se halla sancionada con una pena censoria.<sup>21</sup>

A partir del siglo III de Cristo, el régimen de la propiedad sufre profundas transformaciones. Con Diocleciano —292 de C.—, el fundo itálico es sometido a tributación, equiparándose así al fundo situado en suelo provincial. El impuesto asumirá ahora el significado de contribución a las cargas públicas, y no el que entrañaba antes, es decir, el de prestación fundada en una propiedad eminente del Estado. Desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, pierde su razón de ser la distinción entre *dominium ex iure Quiritium* y posesión provincial. La denominada *summa divisio rerum*, es decir, la división más importante de las cosas, no se hace ya entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, sino entre *res mobiles* y *res immobiles* (§ 54). Para las últimas se establecen formas públicas y solemnes de enajenación, con el oportuno registro de los actos —*gesta municipalia*.

Justiniano suprime formalmente la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales,<sup>22</sup> elevando al rango de propiedad civil —*dominium*, sin más— las situaciones clásicas del *in bonis habere* = *possessio vel ususfructus*. Abolido es también el principio de que la propiedad no puede constituirse *ad tempus* —propiedad perpetua. Las limitaciones de la propiedad, ya numerosas en la época romano-helénica, se acentúan aún más en la legislación justiniana. El concepto de servidumbre comienza a ser extendido por los bizantinos a las limitaciones legales de la propiedad —servidumbre legal.<sup>23</sup>

## § 57. Formas de la propiedad

### I. «*Dominium ex iure Quiritium*»

Durante algún tiempo la única forma de propiedad reconocida por el Derecho civil es el *dominium ex iure Quiritium*, cuyas características formales son las siguientes:

- a) El *sujeto* ha de ser ciudadano romano. El no ciudadano, aunque goce del *ius commercii*, y sea capaz, por tanto, de realizar la *mancipatio*, no adquiere la propiedad quiritaria.
- b) El *objeto* tanto puede ser una cosa mueble como inmueble. Esta última solo es idónea si se halla situada *in solo italico*. *Ius Italicum* y *dominium ex iure Quiritium* se corresponden en la época clásica.
- c) La *adquisición* debe llevarse a cabo mediante un modo civil: *mancipatio*, para las *res Mancipi*; *traditio*, para las *res nec Mancipi*, e *in iure cessio* (§ 61), para una y otra categoría de cosas.
- d) La *tutela procesal* se realiza por la *rei vindicatio* (§ 62).

### II. «*In bonis habere*»

La adquisición de la propiedad civil se hace depender del cumplimiento de un acto solemne. Una *res Mancipi* solo puede enajenarse, según hemos dicho antes, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. En otro caso, el adquirente no se hace *dominus ex iure Quiritium*.

La rigidez de semejante principio civil, muy contrario a las nuevas exigencias del tráfico comercial, fue salvada por el Derecho honorario. En efecto, el Pretor otorga su protección a quienes, por no haber observado las formalidades civiles de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, son meros poseedores de la cosa. Frente a la acción que puede intentar el transmitente —*dominus* a todos los efectos—, para recobrar la cosa, se concede al poseedor la *exceptio rei venditae et traditae*.<sup>24</sup> Dado todavía que la posesión se adquiere por voluntad del *dominus*, se inicia válidamente la usucapión, y el poseedor se convierte en propietario civil al correr de uno o de dos años, según se trate, respectivamente, de cosa mueble o inmueble. Si durante este tiempo la posesión de la cosa retorna de modo eventual al *dominus*, se concede la posibilidad de accionar contra éste, recurriendo a una ficción. Tal es el remedio de la *actio Publiciana*, en cuya fórmula se finge haberse consumado la usucapión.<sup>25</sup> Aun es posible que el *dominus* se oponga a esta *actio*, mediante la *exceptio iusti domini*, pero le cabe también al adquirente paralizarla con una *replicatio rei venditae et traditae* o *doli*.

En general, la *actio Publiciana* se da al poseedor *ad usucapionem* que ha perdido la posesión de la cosa, y no solo frente al *dominus*, sino también frente a cualquier otra persona. Se concede incluso al poseedor usucapiente que

adquiere la cosa de quien no es dueño.<sup>26</sup> Ahora bien, el adquirente *a non domino* no puede intentar con éxito la *actio Publiciana* frente al verdadero dueño que ha logrado entrar en posesión de la cosa de algún modo, ya que la *exceptio isti dominii* no admite aquí réplica posible.<sup>27</sup> De lo dicho resulta que la *actio Publiciana* solo prospera cuando quien posee es el propietario doloso —el que quiere retener la cosa, no obstante haberla vendido y entregado—, o bien otro poseedor de peor condición que el actor.<sup>28</sup>

La *actio Publiciana*<sup>29</sup> puede ser ejercitada por el mismo propietario civil, en lugar de la *rei vindicatio*. Por verdad, lo corriente es que recurra a ella, librándose así de esa pesada carga que es la prueba de la propiedad.<sup>30</sup>

En los casos en que el adquirente se halla asistido por la *actio Publiciana* y por la *exceptio rei venditae et traditae*, goza de una facultad de disposición perpetua y exclusiva. Y se dice entonces que tiene la cosa —*in bonis habere*<sup>31</sup>—, en tanto que el enajenante conserva el *nudum ius Quiritium*, es decir, un derecho desnudo, un simple derecho formal de propiedad. Comienza a hablarse en la misma época clásica de dos figuras de *dominium*. Gayo habla, en efecto, de un *duplex dominium*: el *ex iure Quiritium* y el *in bonis*.<sup>32</sup>

En la época posclásica el *dominium ex iure Quiritium* no está ya ligado a los modos de adquisición del viejo Derecho civil —*mancipatio* e *in iure cessio*—, y el *in bonis habere* se concibe como *dominium*. El *nudum ius Quiritium* —*antiquae subtilitatis ludibrium... vacuum et superfluum verbum*— es abolido por Justiniano.<sup>33</sup>

### III. Propiedad provincial<sup>34</sup>

Los fundos situados *in provinciali solo* pertenecen en propiedad soberana al pueblo romano o al emperador,<sup>35</sup> según se trate, respectivamente, de provincias senatoriales o imperiales.<sup>36</sup> Las tierras provinciales son dejadas a los particulares en simple goce —*possessio vel ususfructus*— pagando un *stipendium* o *tributum* al Estado o al príncipe, *quasi victoriae praemium ac poena belli*.<sup>37</sup>

Una *lex agraria* [*Baebia?*], del III a. de C.,<sup>38</sup> transforma en *dominium optimo iure* las *possessiones* existentes en la península italiana. Se hace así objeto de *dominium* la gran mayoría de los terrenos incorporados a las treinta y cinco tribus. Lo propio ocurre en seguida con los que no fueron objeto de incorporación.

Acabada la Guerra Social, extendida la ciudadanía romana a las comunidades itálicas, salvo contadas excepciones, la totalidad del *solum Italicum* es susceptible de dominio privado.

Fuera de Italia seguirá aplicándose el viejo sistema de las *possessiones*. En el suelo provincial, dice Gayo, *possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*.<sup>39</sup> La verdad es, no obstante, que en el Edicto de los gober-



nadores de las provincias senatoriales se tutela esta situación a imagen de la propiedad.<sup>40</sup>

La distinción entre fundos provinciales y fundos itálicos no tiene razón de ser desde el momento en que la *constitutio Antoniniana*, del 212 de C., da paso al ordenamiento del Estado sobre base territorial, y más que nada, desde que Diocleciano, prosiguiendo la obra de igualdad entre Italia y las provincias, somete a tributación, en el año 292 de C., a las tierras situadas en aquella península.<sup>41</sup> Por lo demás, Justiniano borra formalmente la distinción:<sup>42</sup> bajo su régimen legislativo hay una forma de propiedad, llamada indiferentemente *dominium o proprietas*, y amparada por la *rei vindicatio*.<sup>43</sup>

Todavía es de advertir que al propio tiempo que se vino realizando esta unificación, el dictado de nuevas necesidades económicas determinó la aparición de nuevas situaciones jurídicas —enfiteusis, superficie—, que si bien pueden considerarse como señorías de carácter dominical, no es posible incluirlas dentro de la construcción doctrinal de la *proprietas*.<sup>44</sup>

#### IV. Propiedad peregrina

Los *peregrini* no pueden ser propietarios *ex iure Quiritium*. Aunque tengan el *commercium*, en virtud de una norma o privilegio, no pueden adquirir derechos de dominio quirritario. Su capacidad jurídica y civil se halla regulada, en todo caso, por las reglas del *ius gentium*.

No les compete ninguna defensa fundada sobre acción civil, pero el Pretor peregrino y los gobernantes de las provincias protegen la propiedad de hecho de los peregrinos mediante acciones análogas a las que tutelan el dominio quirritario.<sup>45</sup>

Con la *constitutio Antoniniana* desaparece la condición jurídica de los peregrinos, en el sentido clásico del término, y la propiedad, por lo mismo, se unifica también bajo este aspecto.

### § 58. Limitaciones legales de la propiedad

Las limitaciones legales de la propiedad —los romanos no las llaman nunca *servitutes*<sup>46</sup>— pueden distinguirse en dos clases, según se basen en el interés de los fundos colindantes —relaciones de vecindad— o en el interés público.

#### I. Relaciones de vecindad

Entre las limitaciones debidas a semejantes relaciones tenemos las siguientes:

a) Las XII Tablas<sup>47</sup> establecen en favor del dueño de un fundo el derecho a entrar dentro del fundo vecino para recoger la bellota del propio árbol caída en éste. Tal facultad es reconocida también por el Pretor, disponiendo que la entrada pueda hacerse en días alternos —*interdictum de glande legenda*.<sup>48</sup> Lo que antes se refería solamente a la recogida de bellota, se extiende a toda clase de frutos,<sup>49</sup> e incluso a cualesquiera objetos caídos en el fundo contiguo, siempre que no pueda ejercitarse la *actio ad exhibendum*.<sup>50</sup>

b) Por disposiciones pretorias que tienen precedentes en las XII Tablas<sup>51</sup> se dispone que si un árbol proyecta sus ramas desde un edificio sobre el edificio del vecino, puede éste pedir la corta de aquél, y en el caso de no ser atendido, talarlo él mismo y hacerlo propio. Cuando las ramas del árbol caen desde un fundo sobre el fundo del vecino, compete a éste la facultad de pedir que sea aclarado hasta la altura de quince pies<sup>52</sup> —*sublucare*— y si no es atendida la petición, se le autoriza a que lo corte —*coercere*— y haga suya la leña —*interdicta de arboribus caedendis*.<sup>53</sup>

c) En la época posclásica se prohíbe que las propias construcciones oscurezcan excesivamente la casa del vecino.<sup>54</sup> A imagen de normas dictadas para el Oriente, se dispone que nadie levante edificios a menos de cien pies de distancia de los ya existentes que tienen vistas sobre el mar.<sup>55</sup> La legislación justiniana establece que el propietario debe tolerar el saliente del muro de propiedad del vecino, siempre que no exceda de medio pie.<sup>56</sup> Igualmente, prohíbe las construcciones que quiten aire al vecino, cuando a éste es preciso para la limpieza del grano en las faenas agrícolas.<sup>57</sup>

d) Cualquier edificio nuevo debe ser construido a doce pies de distancia, cuando menos, del ya existente, o a quince, si éste es público.<sup>58</sup> La altura de los edificios no puede ser superior a cien pies.<sup>59</sup>

e) El propietario de un sepulcro situado en terreno al cual solo se tiene acceso por el fundo vecino, no se halla asistido, en la época clásica, de un derecho de paso forzoso, si bien le es dado pedir la entrada en forma precaria —*precibus*, mediante súplica— y extraordinaria. La legislación justiniana reconoce, en cambio, el derecho de paso forzoso, dejando a salvo la equitativa indemnización.<sup>60</sup> Surge así, en relación con el *iter ad sepulchrum*, la servidumbre legal de paso necesario, que se extenderá más tarde a todos aquellos casos en que un fundo se halla enclavado dentro de otros fundos.

f) El propietario de un fundo debe permitir, en los límites de la humana tolerancia, los humos y otras emanaciones —*immissio*— del fundo del vecino.<sup>61</sup>

g) En la época clásica rige un principio del *ius civile* a tenor del cual las aguas deben discurrir naturalmente —*naturaliter defluere*— a través de los fundos, según la configuración del suelo y del subsuelo. Mediante la *actio aquae pluviae arcendae*<sup>62</sup> puede pedirse al vecino la destrucción de la obra de fábrica —*opus manu factum*— que impide el curso normal de las aguas, ocasionando irrupciones o avalanchas perjudiciales, o bien que rehaga la

obra por él demolida que lleva a las mismas consecuencias. No es que se prohíba que cada cual abra hoyos o canales, o realice otra clase de obras, aunque con esto se desvíe o se paralice la corriente, sino que, haciendo nuevas obras o destruyendo las ya existentes, se produzca una entrada —*immissio*— de aguas superior a la natural.

La *actio aquae pluviae arcendae* tiene por objeto impedir que el agua afluya en proporción no natural, a causa de obra artificial: *curare ne (aqua) influat*.<sup>63</sup> Pero no solo se contempla el caso del propietario del fundo superior que causa la *immissio* dañosa, sino también el del propietario del fundo inferior que impide la entrada natural de las aguas —*opere facto aquam repellere, non recipere*—, p. ej., haciendo una presa de contención, y de forma que puede perjudicar al primero.<sup>64</sup>

La *actio aquae pluviae arcendae* persigue, por tanto, el que las cosas vuelvan a su estado originario.<sup>65</sup> La obligación de restituir y de indemnizar por los daños causados recae sobre el propietario autor de la obra —*auctor operis*—, desde la *litis contestatio* (§ 51). Cuando el autor de la obra no es el propietario actual, sino otro, p. ej., el que vendió a éste el fundo, se le impone únicamente la obligación de tolerar la destrucción por el vecino —*patientiae praestatio*.<sup>66</sup>

La *actio aquae pluviae arcendae* es denegada cuando la existencia de las obras es debida a la ley, a la *publica auctoritas*, a la naturaleza del lugar —*natura loci*— o al tiempo inmemorial —*vetustas*.<sup>67</sup>

En la época justiniana la materia de aguas es objeto de nueva regulación, al considerarse como un bien que interesa por igual a todos los cultivadores de la tierra. En este momento se prescribe que cada uno debe hacer uso de las aguas en los solos límites de la propia utilidad. Se condena tanto el abuso como la realización de obras *animo nocendi*.<sup>68</sup> Los justinianos preparan así las bases del ordenamiento moderno.

## II. Limitaciones de Derecho público

Entre éstas cabe destacar las siguientes:

a) El propietario de un edificio no puede demolerlo para especular con los materiales —*negotiandi causa*<sup>69</sup>—. Lo que se persigue es *ne ruinis urbs deformetur*.<sup>70</sup> Asimismo está prohibido disponer por legado de los materiales incorporados a un edificio.<sup>71</sup>

b) Frente a la autonomía patrimonial de la época clásica, no existe un precepto legal —general o particular, explícito o implícito— que reconozca el derecho del Estado a privar a un ciudadano, por razones de interés público, de su propiedad.<sup>72</sup> Si se prescinde de ciertas sanciones religiosas<sup>73</sup> y de normas de carácter local,<sup>74</sup> que para nada afectan al *dominium ex iure Quiritium*, difícilmente puede afirmarse que la expropiación por causa de utilidad

pública<sup>75</sup> es admitida en la época clásica. Otra cosa diríamos en relación con los últimos tiempos del Derecho romano.

No existe en Roma una ley de expropiación por causa de utilidad pública, pero un romano no calificaría de *iniusta* la disposición de un magistrado en tal sentido. Si Augusto no recurre a la expropiación para construir su nuevo Foro, no cabe duda que pudo hacerlo, aun faltando, como faltaba, una ley sobre el caso. Pudo hacerlo en virtud de su *imperium*, donde el derecho de expropiación está comprendido.<sup>76</sup> Solo que Augusto entiende que el Estado no debe entrometerse en la esfera privada más que cuando se trate de algo verdaderamente imprescindible. La legislación augustea, referida al orden privado, únicamente se ocupa de lo necesario. Se muestra así conforme con una tradición secular y muy romana.<sup>77</sup>

c) En la época clásica las minas existentes en un fundo pertenecen al propietario del mismo. En la época romano-helénica se admite, sin embargo, que el propietario venga obligado a consentir las excavaciones de extraños, pagando a éste una décima parte del producto obtenido y otra décima parte al Estado.<sup>78</sup>

d) Un precepto de las XII Tablas dispone que los propietarios de fundos colindantes con una vía pública<sup>79</sup> están obligados a mantenerla en buen estado. Cuando la vía se hace intransitable a causa del descuido en cumplir tal obligación, se impone a los dueños negligentes la pena de sufrir el paso de jumentos por sus fundos.<sup>80</sup>

Según una norma clásica, cuando la vía pública está deteriorada, resultando impracticable el tránsito, el propietario más próximo a la misma viene obligado a permitir el paso —*praestare viam*.<sup>81</sup>

e) Los propietarios de los fundos ribereños están obligados a permitir el uso público de la orilla para los fines de la navegación.<sup>82</sup>

f) En interés de la religión y de la salud pública, se prohíbe la cremación y sepultura de los cadáveres dentro de la ciudad,<sup>83</sup> así como fuera de ella, hasta una distancia de 60 pies de los edificios.<sup>84</sup>

## § 59. Modos de adquirir la propiedad. Clasificaciones

Se llaman *modos de adquirir la propiedad* a los hechos jurídicos que la ley declara idóneos para que aquélla entre, como señoría general sobre las cosas, en la esfera de disposición de los sujetos particulares. La variedad de tales hechos jurídicos da lugar a clasificaciones diversas. De raíz romana y bizantina, respectivamente, son las que a exponemos a continuación.

En las Instituciones de Gayo (2, 65) se distingue entre modos de adquirir *iuris civile* y *iuris gentium*. Dentro de los primeros figuran la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la usucapión; dentro de los segundos, fundados en la *naturalis ratio*, la ocupación, la accesión, la especificación, la tradición. La distinción tiene gran importancia en la época clásica, ya sea referida a los sujetos —ciu-

dadanos romanos exclusivamente en los modos civiles—, ya a las cosas —las *res nec mancipi* son las únicas susceptibles de adquisición *iuris gentium*—. Otorgada la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio —*constitutio Antoniniana*, del 212 de C.—, borrada la diferencia entre *res mancipi* y *nec mancipi*, y desaparecidas, en fin, las viejas formas civiles de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* (§ 61), semejante distinción tiene un simple valor teórico en la Compilación justiniana. Por lo demás, en las Instituciones del emperador bizantino<sup>85</sup> la distinción entre *modos civiles* y *modos naturales* se alarga hasta abarcar la generalidad de los modos de adquisición.

Clasificación de raíz bizantina —y acogida favorablemente por los modernos— es la que se hace entre modos de adquirir *originarios* y *derivativos*. Se llama originaria la adquisición llevada a cabo sin que medie relación con un antecesor jurídico —*auctor*, transmitente—, como ocurre, p. ej., con la ocupación de una cosa que no tiene dueño —*res nullius*—. Derivativa es, por el contrario, la adquisición cuya eficacia proviene de un acto de disposición del precedente titular, como sucede, por ejemplo, en la tradición —*traditio* (§ 61).

Si la antítesis se muestra clara y precisa en los casos más típicos de ambas categorías —y así en los ejemplos antes puestos—, no cabe afirmarlo con carácter general. La adquisición de frutos tanto puede ser originaria como derivativa. La usucapión ofrece unas características especiales, que mueven a los autores a no pocas discusiones.<sup>86</sup>

Los romanos no se cuidaron de distinguir entre modos originarios y derivativos. Fuera de la sucesión hereditaria, no conciben que los derechos y las obligaciones —situaciones puramente personales— puedan ser objeto de transmisión. En la *mancipatio* y en la *in iure cessio* lo decisivo es la afirmación unilateral del derecho de propiedad por parte del adquirente, frente a un enajenante que renuncia, no oponiéndose, a lo que era suyo. La *traditio* tiene en un principio eficacia exclusivamente posesoria, según parece lo más probable; función traslativa del dominio tiene en la época clásica, pero es muy oscura.<sup>87</sup> Consecuencia de los tres actos mencionados, pero no esencia de los mismos, es la transmisión del derecho.

Todo esto significa, en definitiva, que los clásicos no contemplan la transmisión del derecho —*translatio iuris*—, sino de la cosa —*translatio rei*. Ciertamente, Gayo habla tan solo de una transmisión de la cosa —*transferri, transire*—, y no del derecho que recae sobre la misma, y hay buen fundamento en pensar que han sido los bizantinos quienes han visto en la transmisión de la cosa la transmisión del derecho.<sup>88</sup>

## § 60. Adquisición de la propiedad. Modos originarios<sup>89</sup>

### I. Ocupación

Ocupación<sup>90</sup> es la adquisición de la propiedad mediante la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño: *res nullius cedit occupanti*.

En el Derecho romano se muestra imperante el principio de la libertad de ocupación. Durante largo tiempo se aplica la *occupatio* a un amplio círculo de *res nullius*, y su importancia es tal que llega a verse ella misma la fuente de la que surge la propiedad.<sup>92</sup> En esta suerte de adquisición —y en otras, como la usucapión, la accesión, la especificación y la tradición— es fácil advertir la propensión de la jurisprudencia a elaborar un Derecho de raíz natural.

Casos de ocupación son los siguientes:

- a) La isla surgida en el mar —*insula in mari nata*.<sup>92</sup>
- b) Las cosas descubiertas y aprehendidas, pues no basta solo el hallazgo o *inventio*,<sup>93</sup> en la ribera del mar —*res inventae in litore maris*<sup>94</sup>—, como perlas, piedras, conchas.
- c) La caza —*aucupium*— de los animales que gozan de libertad natural —*ferae bestiae*.<sup>95</sup> El cazador hace suyo el animal cazado,<sup>96</sup> no importando que ocurra en finca ajena. El propietario de una finca puede prohibir el acceso a ella de cualquier extraño, pero no porque se reconozca a su favor la existencia de un derecho exclusivo de caza.<sup>97</sup> No hay «cotos vedados» en Roma.

Al cazador que de cualquier modo entra en la finca ajena podrá hacérsele responsable de una violación, pero la pieza cazada es suya. Idéntico principio rige en materia de pesca —*piscatio*.

Además de los animales salvajes, pueden ser objeto de ocupación los animales amansados o domesticados —ciervos, palomas, abejas, etc.— que han perdido el hábito de volver a la casa del dueño —*animus revertendi*<sup>98</sup>. Se excluyen de la ocupación, en todo caso, los animales domésticos.

- d) Las cosas libremente abandonadas por su dueño —*res derelictae*<sup>99</sup>—, y no las cosas perdidas o extraviadas.
- e) Las cosas tomadas al enemigo —*res hostium*<sup>100</sup>—, ya en acción de guerra —*occupatio bellica*—, ya fuera de ella, cuando no media un tratado de amistad con Roma.

Según nos dice Gayo, los antiguos consideraban como la propiedad más legítima la de las cosas cogidas al enemigo.<sup>101</sup> En época histórica, el botín propiamente dicho pertenece al Estado, en tanto que las cosas concretas u objetos singulares entran en el dominio del que los ocupa.<sup>102</sup>

## II. Adquisición del tesoro<sup>103</sup>

Según Paulo, el tesoro es una cierta cantidad depositada de la que no existe memoria «de quién pudo ser su propietario», de forma que ya no tiene dueño.<sup>104</sup> Se trata de cualquier objeto precioso —y no solo de dinero— que

permanece oculto —bajo tierra o de otro modo— durante el tiempo necesario para que se pierda la memoria de quién sea su dueño, haciéndose imposible, en todo caso, identificar en alguna persona al sucesor.

En el curso de la historia del Derecho romano la adquisición del tesoro fue regulada de modos diversos. Al principio, se considera como incremento del fundo en que se encuentra. Semejante solución responde a la peculiar naturaleza del *fundus* romano, cuya propiedad alcanza a todo cuanto está en él y bajo él, es decir, en el subsuelo.<sup>105</sup> Más tarde —y a consecuencia, según parece, de la *lex Iulia* y *Papia Poppaea*—, se le aplica el régimen de los bienes vacantes —*bona vacantia*—, atribuyéndose la propiedad al *aerarium* —al *fiscus*, después (§ 130)—. Una constitución de Adriano confiere la propiedad del tesoro, por mitad, al dueño del fundo y al descubridor.<sup>106</sup>

### III. *Accesión*<sup>107</sup>

Hay *accesión* cuando una cosa se adhiere a otra, por causa natural o por obra del hombre, para integrarse ambas en un solo cuerpo. El dueño de la cosa principal —la que define la esencia y la función del todo, según un criterio económico-social,<sup>108</sup> se hace dueño de la cosa accesoría, es decir, de la que cede o accede —*cedit* o *accedit*.

La unión que puede deshacerse, recuperando la cosa accesoría su originaria individualidad —su *pristina causa*—, determina una adquisición resoluble, concediéndosele al dueño de la cosa accesoría la *actio ad exhibendum*, para reclamar luego por la *rei vindicatio* (§ 62).

La unión orgánica, sólida y duradera, lleva aparejada una adquisición irrevocable. Esto no significa, sin embargo, que el perjudicado no deba ser indemnizado. A tal respecto hay que ver si la unión ha sido hecha por el propietario de la cosa accesoría o por el de la principal.<sup>109</sup> En el primer supuesto, si el propietario de la cosa accesoría ha obrado de buena fe, y tiene la posesión del todo, puede oponer la *exceptio doli*<sup>110</sup> a la *rei vindicatio* entablada por el propietario de la cosa principal.<sup>111</sup> En el segundo supuesto, el propietario de la cosa accesoría tiene la *exceptio doli*, si es él quien posee el todo, o una *actio in factum*<sup>112</sup> si tal posesión recae en el propietario de la cosa principal.

La *accesión* presupone, según principio general, la adherencia verdadera de una cosa ajena a una cosa propia.<sup>113</sup> También cabe, sin embargo, respecto de una *res nullius*, sin que ésta tenga carácter accesorio, y sin que medie una efectiva conjunción. Así ocurre, p. ej., en los casos del *alveus derelictus* y de la *insula in flumine nata*.

Los romanistas distinguen tres clases de *accesión*:

- 1) *Accesión de mueble a mueble*. — Tiene lugar en los siguientes casos:

- a) *Ferruminatio*. — Es la unión inmediata de dos objetos del mismo metal.<sup>114</sup> La adquisición de la cosa accesoria a favor del dueño de la cosa principal tiene carácter irrevocable. Distinta de la *ferruminatio* es la *adplumbatio*, esto es, la unión de objetos metálicos o no metálicos, de igual o diferente especie, mediante un tercer elemento — plomo o estaño.<sup>115</sup> En cuanto tal unión puede deshacerse sin detrimento de las cosas, no determina adquisición definitiva de propiedad. Luego de ejercitada la *actio ad exhibendum* para pedir la separación, puede el dueño de la cosa accesoria entablar la *rei vindicatio*.
- b) *Textura*. — Según el Derecho justiniano,<sup>116</sup> ceden a la tela ajena los hilos que se le incorporan, por obra de bordados o entretejidos. En la época clásica la *textura* no otorga una adquisición definitiva de los hilos. Ulpiano atribuye al dueño de éstos la *actio ad exhibendum*.<sup>117</sup> Gayo no menciona tal modo de accesión.
- c) *Tinctura*. — El colorante accede al paño.<sup>118</sup>
- d) *Scriptura*<sup>119</sup>— Lo escrito sobre carta, pergamino u otro objeto ajeno, accede a éste.
- e) *Pictura*. — La pintura cede a la tabla, según Paulo;<sup>120</sup> la tabla cede a la pintura sostiene Gayo.<sup>121</sup> De estas dos opuestas opiniones, la última<sup>122</sup> es acogida en el Derecho justiniano.

Se puede admitir —escribe Gayo— que la tabla accede a la pintura, pero el jurista clásico confiesa que semejante solución, contraria a la dada en el caso de la *scriptura*, no se explica de modo satisfactorio.<sup>123</sup> Al decir de Justiniano, sería ridículo considerar cosa accesoria la obra de un gran artista —un Apeles o un Parrasio—, y no la mísera tabla —*vilissima tabula*<sup>124</sup>—, pero tal enfática afirmación podía haberse extendido a la obra literaria. El diferente tratamiento otorgado por los juristas a la obra literaria y a la obra pictórica puede encontrarse quizás en que la primera no se unimisma con la materia —carta, pergamino, papiro— en que se plasma gráficamente, mientras la segunda se adhiere a la tabla, para existir en ella y con ella.<sup>125</sup>

2) *Accesión de mueble a inmueble*. —Pertenece al suelo todo lo que se une a él: *superficies solo cedit*. Tal principio implica la accesión en los siguientes casos:

- a) *Satio*. — Accede a la tierra la semilla ajena que en ella es sembrada.<sup>126</sup>
- b) *Plantatio*. — El propietario de la tierra adquiere lo plantado en ella, siempre que eche raíces.<sup>127</sup> La adquisición es definitiva, aunque la planta sea arrancada después.
- c) *Inaedificatio*. — Los edificios u otras construcciones —un acueducto, por ejemplo— pertenecen, en su totalidad, al propietario del suelo.<sup>128</sup> La propiedad sobre la obra completa, sobre la *species* o el



todo —*corpus ex cohaerentibus*, como la nave o el armario—, no significa, sin embargo, adquisición de la propiedad de los materiales. El dueño de éstos conserva su derecho, si bien no puede hacerlo valer mientras dure la conjunción.<sup>129</sup> Las XII Tablas prohíben la *rei vindicatio* del madero o viga unida al edificio de otro, así como de los palos que sostienen una viña.<sup>130</sup> La norma decenviral, motivada en la defensa de intereses edilicios —*ne urbs ruinis deformatur*— y agrícolas, fue luego extendida, por obra de la jurisprudencia, a toda clase de materiales de construcción.<sup>131</sup> La misma jurisprudencia clásica, primero, y Justiniano, después, restringieron el tenor de la antigua norma, concediendo el derecho a retirar los materiales —*ius tollendi*— mientras el edificio está en pie, y siempre que la separación no venga en daño o menoscabo de éste.<sup>132</sup>

El *ius civile* no concede indemnización alguna al dueño de los materiales. No obstante, cuando éstos son furtivos,<sup>133</sup> a sabiendas o no del dueño del edificio, le otorga contra éste la *actio de tigno iuncto*, para reclamar el doble del valor. Pagado el doble, aún es posible, en la época clásica, reivindicar los materiales, cuando se deshace la edificación. En la época justinianeana la reivindicación solo procede si no se ha reclamado el duplo.<sup>134</sup>

El Derecho clásico concede al que edifica en suelo ajeno, creyéndolo propio, la facultad de pedir resarcimiento, cuando el *dominus soli* reivindica el edificio.

3) *Accesión de inmueble a inmueble*. — Casos de accesión de inmueble a inmueble son los conocidos bajo el nombre común de «incrementos fluviales»: <sup>135</sup> *avulsio*, *alluvio*, *insula in flumine nata* y *alveus derelictus*.

Dentro de la época clásica, la accesión solo es posible a favor de los fundos que tienen su límite natural en un río público —*agri arcifinii*. En el caso de los fundos separados del río por una vía —*agri limitati*—, no cabe modificar los confines, aplicándose a los incrementos fluviales, o a algunos de ellos, las normas que rigen en materia de ocupación.<sup>136</sup> Desaparecida en el Derecho justiniano la distinción entre una y otra clase de *agri*, impera únicamente la accesión.

a) *Avulsio*.<sup>137</sup> — Tiene lugar cuando la porción de terreno arrancada a un predio, por el ímpetu del río —*vis fluminis*— se incorpora a otro —*incrementum patens*. Para que haya accesión es menester que la tierra y las plantas transportadas se unan orgánicamente al nuevo predio, de suerte que formen con él un todo continuo.<sup>138</sup> En cualquier caso, compete al dueño del fundo mermado, mientras no se verifique la *coalitio*, el ejercicio de la *rei vindicatio*.

Cabe también que el desprendimiento no sea debido al golpe de riada, sino a la quiebra del terreno por otra fuerza o agente. La por-

ción desprendida —*crusta lapsa*— solo puede reivindicarse si no se hubiera unido inseparablemente con mi tierra.<sup>139</sup>

En ambos supuestos no procede indemnización a favor del dueño cuya propiedad se ve disminuida. Cuando menos, así resulta del silencio de las fuentes,<sup>140</sup> y, además, cabe siempre atribuir la pérdida a su propia negligencia.

b) *Alluvio*.<sup>141</sup> — Es el incremento paulatino e imperceptible, por obra de la corriente de las aguas fluviales, en los predios ribereños.

c) *Insula in flumine nata*. — Si nace una isla en medio de un río público —*in flumine publico*—, se divide entre los propietarios de los predios de una y otra orilla; y si no nace en medio, se divide entre los que tienen predios en la orilla más próxima.<sup>142</sup> La porción que corresponde a cada propietario se halla delimitada por la línea media —la que se traza, imaginariamente, a lo largo del centro del río— y las líneas perpendiculares a ésta desde los confines de los predios ribereños. El *incrementum latens* —el propio de la *alluvio*— favorece al usufructuario del fundo. En cambio, la *insula in flumine nata* es un incremento separado y no accede al usufructuario.<sup>143</sup>

Si un río rompe por un lado, y con un nuevo cauce, que luego se une al antiguo, llega a circundar parte de un fundo, no se aplica el régimen de la accesión.<sup>144</sup> El terreno que así queda aislado no pertenece al lecho del río, y permanece invariable, por consiguiente, la condición de la propiedad.<sup>145</sup>

d) *Alveus derelictus*. — Si el río público se seca permanentemente, o, abandonado por completo su álveo natural, empieza a correr por otro lugar, el cauce antiguo se distribuye entre los que tienen predios en sus orillas, según las reglas señaladas para el caso de la *insula in flumine nata*.<sup>146</sup>

El Derecho justiniano establece que si el río vuelve a su cauce primitivo, el nuevo, ahora abandonado, retorna a quien antes fuera su propietario.<sup>147</sup>

#### IV. Especificación<sup>148</sup>

Con este nombre<sup>149</sup> se designa la transformación de una materia prima en una cosa nueva —*novam speciem facere*. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se obtiene vino de la uva, o carbón de la leña, o un vestido de la lana.<sup>150</sup>

Elaborado un producto con materia ajena, ha de decidirse acerca de su propiedad. Según los sabinianos, la cosa nueva pertenece al dueño de la materia, puesto que de ella deriva; los proculeyanos, por el contrario, atribuyen la *nova species* al artífice. Los mismos proculeyanos<sup>151</sup> distinguen todavía entre la *species* que puede reducirse a su estado anterior —p. ej., fundiendo la taza de plata o la estatua de bronce—, y aquella en que tal no es posible. En

el primer caso, el propietario de la materia continúa teniendo el dominio; en el segundo, la *nova species* corresponde al especificador.<sup>152</sup> Esta *media sententia* es acogida por Justiniano, si bien añadiendo la nueva regla de que el especificador adquiere la propiedad de la cosa especificada cuando elabora con materia en parte propia y en parte ajena.<sup>153</sup>

Desde el punto de vista formal, la especificación conlleva siempre un enriquecimiento, ya a favor del dueño de la materia, ya a favor del artífice, lo que justifica que el que pierde la materia o el trabajo deba ser indemnizado.<sup>154</sup>

#### V. Confusión y conmixción<sup>155</sup>

Tienen lugar, respectivamente, cuando se mezclan líquidos o sólidos, de igual o de distinto género, sin que haya incorporación de una cosa a otra —accesión—, ni se elabore una *nova species* —especificación. En orden a una mezcla de tal naturaleza rigen los siguientes principios:

- a) Si la separación es posible,<sup>156</sup> cada propietario conserva la propiedad de su cosa, otorgándosele la *actio ad exhibendum*, para reclamar luego por la *rei vindicatio*.<sup>157</sup>
- b) Si la separación no es posible,<sup>158</sup> surge un estado de copropiedad —*communio pro indiviso* (§ 63). Se concede entonces a cada propietario la *actio communi dividundo*, además de la reivindicación *pro parte indivisa*; es decir, por la cuota.<sup>159</sup>
- c) Si la mezcla se hizo con el consentimiento de las dos partes, no se distingue entre cosas separables e inseparables, sino que la masa queda en condominio. En este supuesto, cada condómino solo puede ejercitar la acción divisoria —*actio communi dividundo*.

La mezcla de líquidos o de sólidos produce adquisición de propiedad en los casos de especificación y de accesión. La confusión y la conmixción, por el contrario, solo suponen una transformación de la propiedad separada o autónoma en propiedad *pro parte indivisa*. Todavía es cierto que la mezcla de monedas<sup>160</sup> importa adquisición de dominio, en cuanto no hay posibilidad de identificar las recibidas.<sup>161</sup> Si alguien, por ejemplo, paga una deuda con monedas robadas, las hace suyas quien las recibe. Ante la imposible identificación de cada una de las especies, el propietario no podrá ejercitar la *rei vindicatio*, sino únicamente la acción que nace del delito —*actio furti* (§ 110).

#### VI. Adquisición de frutos

El fruto (§ 54) no tiene existencia propia, considerándose parte del fundo, mientras no se desprende de la cosa matriz.<sup>162</sup> Al desprenderse, es considerado,

en el mundo jurídico, como objeto independiente, y su propiedad puede corresponder al dueño de la cosa fructífera, o bien al titular de un derecho real o de un derecho personal. Por la sola separación adquieren los frutos:

- a) El dueño de la cosa fructífera.<sup>163</sup>
- b) El *possessor* del *ager vectigalis*, en la época clásica; el enfiteuta (§ 80), en el Derecho justinianeo.<sup>164</sup>
- c) El que posee de buena fe (§ 66) en el momento mismo de la *separación*. La jurisprudencia clásica otorga al *bonae fidei possessor* igual tratamiento que al propietario.<sup>165</sup> Todos los frutos separados antes de la *litis contestatio* son adquiridos, según el Derecho clásico, en propiedad definitiva e irrevocable.<sup>166</sup> El Derecho justinianeo modifica este régimen, estableciendo que el poseedor de buena fe solo se beneficia de los frutos consumidos —*consumpti*— antes de promoverse la reivindicación, debiendo restituir los todavía existentes —*exstantes*— en este momento.<sup>167</sup>

Cuestión discutida en la época clásica es la de si basta la buena fe inicial o se exige la buena fe perpetua.<sup>168</sup> El Derecho justinianeo acoge la última solución.<sup>169</sup>

Por *percepción* adquiere los frutos el usufructuario (§ 79).<sup>170</sup>

## VII. *Adiudicatio*

Consiste la *adiudicatio* en la adquisición de la propiedad por pronunciamiento que hace el *iudex* en los juicios divisorios. Los juicios en virtud de los cuales se dividen las cosas o herencias comunes —*actio communi dividundo* (§ 63), *actio familiae erciscundae* (§ 153)<sup>171</sup>— tienen valor constitutivo. Por la *adiudicatio* judicial, la que hasta ahora era propiedad *pro parte indivisa* se convierte en propiedad separada. Y ésta será civil o pretoria, según que la división tenga lugar en un *iudicium legitimum* o en un *iudicium imperio continens* (§ 48).<sup>172</sup>

## VIII. *Litis aestimatio*

En el proceso clásico el juez no condena al demandado a dar el objeto por el que se litiga, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, su valor en dinero.<sup>173</sup> La condena —*condemnatio pecuniaria*— solo es pronunciada cuando el demandado no atiende la invitación hecha por el *iudex* para que restituya —*neque ea res arbitrato tuo restituetur* (§ 50). El demandado puede elegir, por tanto, entre restituir la cosa o pagar la condena. Si se inclina por lo último, la cosa queda de su propiedad.<sup>174</sup>

## § 61. Adquisición de la propiedad. Modos derivativos

El nudo pacto, el simple consentimiento, no es suficiente para transmitir la propiedad. La máxima *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (el dominio de las cosas se transmite por la entrega y por la usucapión, no por el simple pacto), que se lee en el Código,<sup>175</sup> rige por igual en los derechos clásico y justiniano.<sup>176</sup>

Fuente de obligación, y nada más que esto, es el contrato. En una compraventa, por ejemplo, las partes solo se obligan a realizar sus respectivas prestaciones. Para que haya adquisición de propiedad será necesario llevar a cabo alguno de los actos a los que la ley atribuye eficacia transmisora.<sup>177</sup>

La propiedad se transmite, en la época clásica, por *mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio*. De tales modos, *mancipatio* e *in iure cessio* se aplican a las *res Mancipi*; *in iure cessio* y *traditio* a las *res nec Mancipi*.<sup>178</sup>

La transmisión de la propiedad solo tiene lugar cuando el enajenante es dueño<sup>179</sup> o se lleva a cabo por encargo del dueño —*voluntate domini*. Además, es preciso que la cosa no esté gravada con prohibición de enajenar —p. ej., por voluntad del testador. Cuando menos, ésta es la regla imperante en el Derecho justiniano. En la época clásica, la enajenación hecha contra lo prohibido —y aquí nos referimos a la prohibición voluntaria, no a la legal—, produce sus efectos, y la persona que se considere perjudicada solo puede intentar una acción personal contra el enajenante.<sup>180</sup>

### I. *Mancipatio*<sup>181</sup>

Se llama *mancipatio* al negocio de enajenación de las *res Mancipi* cumplido en la forma solemne del *gestum per aes et libram*. Las características de la misma, tal como las describe Gayo,<sup>182</sup> son las siguientes: en presencia de cinco testigos,<sup>183</sup> ciudadanos romanos<sup>184</sup> y púberes, y de otra persona que sostiene una balanza y actúa de pesador o fiel contraste —*libripens*—, el adquirente —*mancipio accipiens*—, teniendo en la mano un trozo de cobre —*raudusculum*<sup>185</sup>— hace la ritual y categórica afirmación de que la cosa le pertenece de conformidad con el derecho de los quírites, y que la compra mediante el cobre y la balanza de bronce<sup>186</sup>; después golpea la balanza con el trozo de cobre y da éste como precio.<sup>187</sup> Con la declaración unilateral del adquirente termina el acto.<sup>188</sup>

La *mancipatio* de los primeros tiempos es una compraventa real,<sup>189</sup> que se sustancia en el cambio inmediato de la cosa y el precio. La cosa debe estar presente, y hasta es necesario que el comprador la coja en la mano, si es mueble.<sup>190</sup> Solo en época posterior es posible enajenar las fincas distantes,<sup>191</sup> sustituyéndose la toma de posesión por un objeto simbólico: una piedra, un terrón, etc. El trozo de cobre —*aes rude*— sirve de precio, cuando todavía no existe moneda acuñada, contante —*pecunia numerata*.

La *mancipatio*, figura negociada típica —de compraventa real, al contado o de presente—, asume después fisonomía abstracta y, como tal, es susceptible de varias aplicaciones. Contribuye a ello, de una parte, la acuñación de la moneda, y de otra, las exigencias de un tráfico comercial expeditivo. *Libripens*, balanza y cobre subsisten, pero lo que aquél pesa ahora no es más que un símbolo: el pago del precio queda fuera del acto mancipatorio. El *mancipio accipiens* declara el precio a que adquiere. Si adquiere, p. ej., a título de donación, declara que compra por un solo sestercio —*mancipatio nummo uno*. Desde el punto de vista formal, la *mancipatio* es siempre una venta, pero puede ser una venta imaginaria —*imaginaria venditio*.

La *mancipatio* se aplica: a) a la transmisión o constitución de derechos reales; b) a la constitución de *status* familiares: adopción, emancipación, *conventio in manum* por *coemptio*; c) a la venta del hijo en *mancipium*; d) a la constitución de una dote, o al otorgamiento de una donación; e) a la enajenación de una cosa con fin de garantía —*fiducia*—; f) a la venta del deudor o de persona sometida a la potestad para asegurar el cumplimiento de una obligación —*nexum*; g) a la liberación de un vínculo obligatorio —*nexi liberatio, solutio per aes et libram*; h) a la disposición testamentaria —*mancipatio familiae, testamentum per aes et libram*. Si se exceptúan la venta de la mujer por *coemptio* y la venta del hijo en *mancipium*, que responden a la verdadera intención de las partes, los demás casos se traducen en una venta fingida, *nummo uno*.

El formulario de la *mancipatio* puede ser modificado o ampliado,<sup>192</sup> en consonancia con el fin particular que persiguen las partes. En la fórmula pronunciada por el adquirente se indica, por ejemplo, que el enajenante se reserva el usufructo u otro derecho real.<sup>193</sup> También puede indicarse la causa del negocio —donación, fiducia, etc.—, o si la adquisición se verifica por persona *in potestate patris*, se hace la oportuna advertencia.<sup>194</sup> Fórmulas especiales se emplean para la *coemptio* y el *testamentum per aes et libram*. Aunque no se exige declaración alguna al enajenante, sin embargo, es frecuente que antes de que el adquirente haga su declaración, pronuncie aquél, en tono imperativo, determinadas frases sobre las particulares condiciones en que se encuentra la cosa vendida: vicios o defectos, extensión de la finca, existencia o inexistencia de gravámenes, etc.<sup>195</sup> Las *leges privatae* —*dicta in mancipio, leges mancipi*— que entrañan semejantes expresiones orales —*nuncupatio, legum dictio*— tienen fuerza obligatoria, a tenor de lo dispuesto en las XII Tablas: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (como la lengua haya pronunciado, así sea el derecho)

Si el enajenante no declara la verdadera extensión de la finca, el adquirente puede entablar contra él la *actio de modo agri*, para pedir el doble del valor de la medida que falta.<sup>196</sup>

El efecto traslativo de la *mancipatio* se hace depender de que el enajenante sea propietario —*dominus ex iure Quiritium*. En otro caso, el adquirente solo tiene el *usus* o *possessio* de la cosa (§ 65), si bien puede hacerse dueño

por el transcurso del tiempo que marca la ley —*usucapio*. Si entretanto el verdadero propietario entabla una *rei vindicatio*, el adquirente puede pedir al enajenante que le preste su ayuda en juicio —*auctoritatem praestare*. Tanto si niega la ayuda, como si la presta, pero el adquirente pierde el juicio, puede éste reclamar contra él por el doble del precio. La acción concedida a tal respecto se llama *actio auctoritatis*.<sup>197</sup> La ayuda —*auctoritas*— del enajenante —*auctor*— dura hasta tanto el simple *usus* o *possessio* se convierte en propiedad por usucapición.<sup>198</sup>

La *actio auctoritatis* se concede también al adquirente cuando el enajenante afirma la inexistencia de una servidumbre, y ésta es luego reivindicada por su titular. Vencido el adquirente, viene obligado el enajenante a pagar el doble del valor de lo que para el fundo importa la disminución.

A finales de la República se acostumbra redactar un documento escrito, firmado por las partes y los testigos, con la finalidad exclusiva de servir como medio de prueba. En cualquier caso, si se llega a demostrar que ha habido omisión de las palabras y ceremonias de ritual, el documento en cuestión carece de todo valor. A lo largo de la época clásica, la *mancipatio* conserva su importancia práctica, pero pronto comienza a caer en desuso. Poco a poco la escritura tiende a sustituir el acto mancipatorio. Utilizada todavía en el siglo IV de C., la *mancipatio* es abolida formalmente por Justiniano.<sup>199</sup>

## II. *In iure cessio*

Institución ya conocida en el régimen de las XII Tablas,<sup>200</sup> pero posterior a la *mancipatio*, es la *in iure cessio*.<sup>201</sup> Consiste en un proceso aparente<sup>202</sup> de reivindicación, en el que solo toman parte *cives romani*,<sup>203</sup> y se aplica a la constitución o extinción de derechos de señorío sobre personas o cosas —*mancipi* o *nec mancipi*. Si lo que se quiere transmitir es la propiedad, el adquirente se presenta ante el magistrado —el pretor urbano o el gobernador provincial—, reivindicando la cosa de que se trate. Estando ante él —*in iure*—, sujeta la cosa —u objeto que la represente—, y pronuncia la fórmula de la *vindicatio*: *aio hanc rem (hunc fundum, hunc hominem, etc.) meam esse ex iure Quiritium* (afirmo que esta cosa [este fundo, este esclavo] me pertenece por derecho quirritario); el enajenante no contesta a la afirmación del adquirente y, en vista de ello, es decir, en vista de que se evita la *lis* por el abandono —que esto significa *in ius cedere*—, el magistrado adjudica la cosa —*eam rem addicit*— al que la reclama como propia.<sup>204</sup> De tal abandono deriva la atribución del dominio; la *addictio* se limita a confirmar este resultado.

La *in iure cessio* se aplica a todos los negocios que versan sobre derechos reales o personales sancionados por la *vindicatio*: a) transmisión del dominio que tiene por objeto *res mancipi* o *nec mancipi*, importando poco que se trate de la propiedad íntegra, o de la *nuda proprietas*, o de cuotas de condo-

minio;<sup>205</sup> *b*) constitución de usufructo y derechos análogos; *c*) constitución de servidumbres rústicas y urbanas;<sup>206</sup> *d*) emancipación; *e*) adopción; *f*) transmisión de la tutela legítima sobre las mujeres;<sup>207</sup> *g*) transmisión de los derechos inherentes a la *legítima hereditas*; *h*) manumisión —*manumissio vindicta*—. Algunos de los negocios indicados —la *manumissio vindicta*, la *in iure cessio tutelae* (§ 138), la *in iure cessio hereditatis* (§ 145) y la constitución de usufructo (§ 79)<sup>208</sup> y de servidumbres urbanas—, no podían realizarse mediante *mancipatio*.

Durante la época clásica la *in iure cessio* es poco utilizada para la enajenación de *res Mancipi*, sea por la dificultad que representa el tener que acudir ante el magistrado,<sup>209</sup> sea porque tampoco proporciona las garantías que ofrece la *mancipatio*: la *actio auctoritatis* y la *actio de modo agri*.<sup>210</sup> Otras razones, tales como el decaimiento del viejo sistema de las *legis actiones* y el reconocimiento de un medio tan expeditivo de transmitir la propiedad, como es la *traditio*, determinaron su desaparición.<sup>211</sup> En la compilación justiniana, las palabras *in iure* son suprimidas sistemáticamente, y el verbo *cedere* asume el significado de transmitir o constituir que hoy tiene.<sup>212</sup>

### III. *Traditio*<sup>213</sup>

*Traditio* significa «entrega». La entrega de la cosa es el modo más antiguo y natural de enajenación de *res nec Mancipi*. Su eficacia traslativa depende de que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1.º La entrega misma.
- 2.º La voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad.<sup>214</sup>
- 3.º El fin práctico que, de modo inmediato, motiva la entrega, y es reconocido por el Derecho como fundamento de la adquisición: *iusta causa traditionis*.

Enajenante —*tradens*— puede ser: el propietario de la cosa;<sup>215</sup> el acreedor pignoraticio (§ 84) no pagado, cuando media pacto;<sup>216</sup> el *tutor* del impúber, el *curator* del loco (§ 140) y el *procurator*, administrador o representante estable del propietario —*procurator omnium bonorum* (§ 101, V)<sup>217</sup>—; el Fisco, el emperador y la emperatriz respecto de cosas pertenecientes a otro;<sup>218</sup> el mandatario asistido de poder especial;<sup>219</sup> el *filiius* o el *servus* a quien se le ha concedido la administración del peculio —*administratio peculii* (§ 129).

Aunque sean propietarios, no pueden enajenar: los infantes, los que sufren enajenación mental y los pródigos (§ 140); los pupilos, si no cuentan con el concurso del tutor —*auctoritas tutoris* (§ 138).

El adquirente —*accipiens*— debe tener el *commercium*. Cabe adquirir por personas sometidas, o por medio de persona libre.<sup>220</sup> No es preciso que el *accipiens* sea un sujeto determinado: el *iactus missilium*, el arrojado de mone-



das y otros presentes, hecho por los magistrados al pueblo en ciertas ocasiones, se considera como *traditio in incertam personam*.<sup>221</sup>

En cuanto a la cosa, ha de ser corporal,<sup>222</sup> —*nec mancipi*— en Derecho clásicos<sup>223</sup> e *in commercio*. Además, no debe estar afecta a una cláusula prohibitoria de enajenación.<sup>224</sup>

La entrega tiene en la época antigua una pura expresión material: si la cosa es mueble, ha de pasar de una a otra mano; si se trata de un fundo, se precisa entrar en él. Ya en la época clásica, según parece probable, se inicia una tendencia que, afianzándose luego en el Derecho posclásico y justinianeo, suavizará la rigidez de semejante principio.<sup>225</sup> De una parte, se espiritualizan ciertos modos de tradición; de otra, se regulan situaciones en las que la exigencia de la entrega efectiva no tendría sentido.<sup>226</sup> Tal ocurre en los casos que los intérpretes medievales agrupan bajo la denominación común de *traditio ficta*, con lo que se expresa que la tradición se hace sin entrega de la cosa, para producir los mismos efectos que la tradición verdadera. Son los siguientes:

- 1) La *traditio symbolica*,<sup>227</sup> que consiste en la entrega de un símbolo o en la realización de un acto simbólico: a) entrega de las llaves de un almacén de mercancías, que sirve como entrega de las mercancías mismas —*traditio clavium*<sup>228</sup>—; b) entrega del instrumento o escrito justificativo de la propiedad del enajenante —*traditio instrumentorum*<sup>229</sup>—; c) señalamiento de la cosa con signos convencionales;<sup>230</sup> d) encargo de la custodia de la cosa a un guarda —*appositio custodis*.<sup>231</sup>
- 2) La *traditio longa manu*, o entrega de la cosa situada a distancia por su indicación o señalamiento a la vista.<sup>232</sup>
- 3) La *traditio brevi manu*, por la cual el que se halla detentando la cosa, como arrendatario, depositario, comodatario, etc., se convierte, con el consentimiento de la otra parte, en poseedor jurídico.<sup>233</sup>
- 4) El *constitutum possessorium*, que tiene lugar en el caso contrario, es decir, cuando el que posee la cosa en nombre propio la enajena a otro, pero conservándola en su poder como usufructuario, arrendatario, etc.<sup>234</sup>

Aun cuando el Derecho justinianeo hace suya la regla de que «la propiedad se transmite por tradición y usucapión, y no por simple pacto»,<sup>235</sup> la verdad es que lo más que se exige es la presencia del símbolo de la *traditio*. La corriente que desemboca en la Compilación ha admitido la *traditio ficta* en gran número de casos, y aun ha dejado vía libre para una ampliación analógica. De esta *traditio ficta*, que puede decirse elevada a categoría de principio general, arranca la norma civilística según la cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento, sin necesidad de la entrega real y efectiva de la cosa.

En las épocas antigua y clásica falta por completo un Derecho inmobiliario público, es decir, una publicidad en la adquisición de la propiedad inmueble.<sup>236</sup> No se consideró necesario, ya que publicidad había en la *mancipatio*, con la presencia de los cinco testigos y del *libripens*, en la *in iure cessio*, con la intervención del magistrado, y en la *traditio*, con el hecho notorio e indubitado de la posesión. El Derecho posterior rodea la entrega de inmuebles de ciertas formalidades accesorias, dictadas con el fin principal de garantizar los intereses de las partes y de terceros. En el siglo IV se impone como obligatoria la inscripción del acto en los *gesta municipalia*. Justiniano mantiene tal exigencia de publicidad en el caso de la donación, y fija el requisito de la *scriptura* para la transmisión de bienes inmuebles.

La *iusta causa traditionis*,<sup>237</sup> a la que hicimos referencia en un principio, consiste en el fin práctico —económico-social— que, de modo inmediato, motiva la entrega, y sirve de fundamento, según determinación de la ley, a la adquisición de la propiedad. Normalmente, la *causa traditionis* se subsume o absorbe en la causa de un negocio jurídico concreto. Si éste es de los que se cumplen en el acto, la causa se sustancia en el acuerdo de las partes sobre el fin de la entrega, existente en el momento de realizarla. A tal respecto, actúan de *iustae causae*: a) los contratos reales —mutuo, fiducia, permuta, etc. (§ 100); b) la compraventa (§ 101) —el contrato mismo<sup>238</sup>; la donación (§ 192) —*causa donandi*; la dote —*causa dotis* (§ 135).

Tratándose de un negocio de carácter obligatorio, la cuestión cambia de aspecto. Si la *traditio* se realiza, p. ej., en cumplimiento o ejecución de una estipulación, de una promesa de dote o de una promesa de donación, la causa justificadora del traspaso de propiedad no es el negocio obligatorio, sino el acuerdo sobre el carácter liberatorio de la prestación —*causa solvendi*. En el caso, por ejemplo, de que yo entregue determinados bienes a título de dote, por haberme comprometido a ello en virtud de una promesa anterior, la causa de la entrega no es otra que el cumplimiento de la obligación nacida de tal promesa—*solutio* (§ 115); si no mediara promesa, la *iusta causa* radicaría en la entrega de los bienes de la dote —*dotis dandae*.

Las *iustae causae traditionis* son figuras típicas —donación, compraventa, dote, cumplimiento de la obligación, etc.—, pero no están disciplinadas positivamente. Determinación positiva tienen, en cambio, las *iniustae causae*, que impiden el traspaso de la propiedad. Así ocurre, p. ej., en el caso de las donaciones entre cónyuges —*donationes inter virum et uxorem* (§ 135).

Para que la simple entrega —*nuda traditio*— implique adquisición de propiedad, es necesario que descansa en una *causa* a la que el ordenamiento jurídico atribuya eficacia transmisora. Ahora bien, si toda transmisión de propiedad debe tener una *causa* que la justifique, y si entre las voluntades causales de ambas partes, esto es, entre la *causa dandi* y la *causa accipienda*, ha de haber pleno acuerdo, el disenso sobre un elemento imprescindible —esencial— para la existencia del negocio, cual es su propia causa, impide el traspaso del dominio. Del disenso en la causa deriva la falta de causa, y de

aquí la imposibilidad de la transmisión. Éste es, a nuestro entender, el principio dominante en la época clásica.<sup>239</sup>

#### IV. *Usucapio*<sup>240</sup>

*Usucapio* es la adquisición del dominio por la posesión —*usus*— continuada de una cosa durante un cierto tiempo.<sup>241</sup> En las épocas antigua y clásica, esta institución responde a la necesidad de convertir en propietario al adquirente de una cosa que no accede a la propiedad de la misma, bien porque el enajenante carece de tal derecho, bien porque no se ha observado la forma requerida para la transmisión. Desaparecida luego la distinción entre adquisiciones formales y no formales, la *usucapio* tiene por fin único el de transformar en verdadera la situación jurídica aparente del que adquiere de buena fe de quien no es propietario— enajenación *a non domino*.

Según el régimen de las XII Tablas, la propiedad se adquiere por el estado posesorio continuado durante dos años, si la cosa es inmueble, o de uno, si es mueble.<sup>242</sup> Por *usus* se entiende la posesión; por *auctoritas*, la ayuda que debe prestar el enajenante al adquirente.<sup>243</sup> *Usus* y *auctoritas* duran el mismo tiempo, es decir, el necesario para que se consolide la propiedad. Afirmada ésta por la *usucapio*, uno y otra desaparecen, y el adquirente tiene a su favor un título jurídico autónomo e inatacable. El deber de prestar ayuda —*auctoritas*— no tiene límites de tiempo cuando el que pretende usucapir es un extranjero, ya que a los extranjeros no les alcanzan los beneficios de la *usucapio*.<sup>244</sup>

Aparte del tiempo marcado para la *usucapio* —uno o dos años—, las XII Tablas no establecen otro requisito que el de la ausencia de hurto: las cosas furtivas —*res furtivae*— no pueden ser usucapidas.<sup>245</sup> La *lex Atinia*,<sup>246</sup> del siglo II a. de C., abunda en la misma norma, si bien establece la posibilidad de usucapir, en el caso de la *reversio ad dominum*, es decir, la vuelta de la cosa furtiva al despojado, aunque solo sea por un instante. La *lex Plautia de vi*,<sup>247</sup> del siglo I a. de C., prohíbe la usucapición de las cosas poseídas por la fuerza—*res vi possessae*. El Derecho clásico da un nuevo paso, al fijar otros dos requisitos fundamentales: uno objetivo, la posesión fundada en una *iusta causa* o *iustus titulus*; y otro subjetivo, la *bona fides* del poseedor usucapiente.<sup>248</sup>

La *usucapio* es un modo de adquisición *iuris civilis*. Como tal, solo beneficia a los *cives romani* —y a los latinos<sup>249</sup>—, y recae exclusivamente sobre cosas susceptibles de propiedad civil. La *usucapio* no se aplica, por tanto, a los fundos situados en las provincias. En éstas, y durante la época imperial, hay otro medio jurídico —de origen griego,<sup>250</sup> según parece lo más probable— para proteger la larga posesión de un fundo. Se trata de la *praescriptio longae possessionis*, o *longi temporis* (μακρῶς νομῆς παραγραφή), que atribuye al poseedor de largo tiempo la facultad de oponerse a la reivindicación del

propietario mediante un procedimiento semejante al de la *exceptio* romana.<sup>251</sup> En un principio, se limita a los inmuebles, siendo sujetos beneficiarios tanto los ciudadanos romanos como los peregrinos. Más tarde, se extiende a los muebles, pero como derecho que solo alcanza a los peregrinos.<sup>252</sup>

Requisitos de la *praescriptio longi temporis* son: el *iustum initium possessionis* o *iusta causa* (δικαία αἰτία); la *bona fides* del poseedor prescribiente, y el estado posesorio continuado durante diez años entre presentes —*inter praesentes*— o veinte entre ausentes —*inter absentes*. Presencia y ausencia se entienden en el sentido de que el poseedor y el propietario habitan en el mismo municipio —*civitas, πόλις*— o en municipio distinto.<sup>253</sup>

Durante la época clásica, la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* tienen esferas de aplicación netamente diferenciadas. Muy pronto, sin embargo, se inicia un proceso que acabará por extender a la segunda la estructura fundamental de la primera. A ello contribuye, sobre todo, la acentuación cada día más fuerte de las notas que les son comunes. Sancionada por Justiniano la eficacia adquisitiva de la *longi temporis praescriptio*, solo existe, finalmente, una institución: la usucapión o prescripción ordinaria.

Los requisitos de la usucapión, gradualmente desenvueltos en el curso del Derecho romano, se resumen en el famoso exámetro que los juristas medievales aplican a la prescripción ordinaria de la época justiniana: *res habilis titulus fides possessio tempus*.

*Res habilis*. —No son susceptibles de usucapión: *a*) las *res extra commercium*,<sup>254</sup> *b*) las *res furtivae* y *vi possessae* (§ 110); *c*) las cosas donadas al magistrado en la provincia de su cargo;<sup>255</sup> *d*) las *res Mancipi* enajenadas por la mujer sometida a tutela legítima sin la *auctoritas tutoris* (§ 139);<sup>256</sup> *e*) los bienes de la dote (§ 135);<sup>257</sup> *f*) las cosas del Estado,<sup>258</sup> del príncipe<sup>259</sup> y de las iglesias y obras pías;<sup>260</sup> *g*) las cosas de los menores;<sup>261</sup> *h*) las cosas del ausente;<sup>262</sup> *i*) las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe;<sup>263</sup> *j*) todas las cosas respecto de las cuales está prohibida la enajenación.<sup>264</sup>

*Titulus*. — *Titulus*, como dicen los juristas tardíos, o *iusta causa*,<sup>265</sup> como prefieren decir los clásicos, es la condición objetiva que hubiera sido suficiente por sí misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad, pero que, por haber mediado un vicio de fondo —adquisición *a non domino*— o de forma —falta de *mancipatio* o *in iure cessio*—, legitima tan solo el comienzo de la posesión.

El Derecho romano no conoce la *iusta causa* como categoría general, sino *iustae causae*. Además de las causas o títulos con fundamento en los modos derivativos de adquisición de la propiedad, cuyos principios reguladores coinciden fundamentalmente con los de la *traditio*,<sup>266</sup> existen otros basados en modos originarios: ocupación de la cosa abandonada —*res derelicta*— por quien no es propietario; *adiudicatio*; *missio in bona ex secundo decreto*; *litis aestimatio*; *ductio noxalis*. Los títulos o *iustae causae* suelen ser indicados en las fuentes con la preposición *pro* y el nombre de la relación de que se trate.

Las principales *iustae causae*, referidas a uno de los dos supuestos antes dichos, esto es, al de la adquisición *a non domino*, son las siguientes:

- 1) *Pro soluto*<sup>267</sup> cuando se ha dado en pago, a fin de cumplir una obligación precedente, una cosa —la cosa prometida, o la cosa *data in solutum*— que no pertenece al *solvens*.
- 2) *Pro emptore*,<sup>268</sup> cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena. Dado que la compraventa (§ 101) es un contrato obligatorio, la causa *pro emptore* debería identificarse con la causa *pro soluto*, importando poco, en consecuencia, la validez o invalidez de tal contrato. Sin embargo, la causa *pro emptore* se refiere a la relación obligatoria precedente, en términos de ser necesaria para la usucapión una compraventa válida.<sup>269</sup> Este régimen singular —anormal— puede explicarse teniendo en cuenta que el vendedor no viene obligado a transmitir al comprador la propiedad, sino tan solo a procurarle el *habere licere*,<sup>270</sup> y que la *solutio* o pago no implica enajenación de la cosa vendida.
- 3) *Pro donato*,<sup>271</sup> cuando se ha donado una cosa por quien no es dueño, sin que haya mediado una precedente obligación —donación real (§ 192).<sup>272</sup>
- 4) *Pro dote*,<sup>273</sup> cuando se ha entregado en dote —constitución real de dote— una cosa perteneciente a otro.
- 5) *Pro legato*,<sup>274</sup> cuando se ha entregado la cosa de la que el testador solo es *possessor bonae fidei*, en ejecución de un legado de propiedad —*legatum per vindicationem* (§ 178).<sup>275</sup>
- 6) *Pro derelicto*,<sup>276</sup> cuando se ha ocupado una cosa abandonada —*res derelicta*— por quien no era propietario, si bien se comportaba como tal.

Un título genérico, integrador de los anteriormente expuestos, es el título *pro suo*.<sup>277</sup> Sirve para indicar toda causa, pero especialmente las *iustae causae* no designadas con un nombre propio.<sup>278</sup> Se trata también de *causae* que, pudiendo procurar la propiedad civil, no lo hacen por carencia de derecho en el transmitente o por defecto formal en la transmisión.

A estas *causae* se suman las que tienen su fundamento en la decisión del magistrado o del juez que solo asegura la inmediata adquisición de la posesión: *litis aestimatio*,<sup>279</sup> *adiudicatio*,<sup>280</sup> *missio in possessionem ex secundo decreto*,<sup>281</sup> *noxae deditio* y *ductio noxalis*,<sup>282</sup> etc.

Cuestión discutida entre los juristas clásicos es la de si se precisa una causa o título real y efectivo, o bien si basta la creencia<sup>283</sup> por parte del *possessor* en la existencia de éste —título putativo. La mayoría considera necesario el título real. Justiniano acoge en la Compilación las opiniones encontradas, si bien es posible advertir, por las mismas interpolaciones efectuadas, su inclinación en favor de los mantenedores del título putativo.<sup>284</sup>

*Fides*. — El concepto ético de la *fides* o *bona fides*, tomado en cuenta por el Derecho, sin retoques o modificaciones de ningún género,<sup>285</sup> significa la creencia leal, la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa.<sup>286</sup> De ordinario, la buena fe se basa en el error de creer que el precedente poseedor era propietario de la cosa.<sup>287</sup> No es preciso, sin embargo, que se trate de un error de tal naturaleza, y así, p. ej., cabe que se sepa que se adquiere del no propietario, pero con la persuasión de que no se lesiona al propietario.<sup>288</sup> Por lo demás, los juristas romanos no exigen que el error en que se basa la buena fe sea excusable.<sup>289</sup>

Basta que la *bona fides* exista al iniciarse la posesión: *mala fides superveniens non nocet*.<sup>290</sup> La buena fe se presume, y toca a la parte contraria probar su falta.<sup>291</sup>

Como casos anormales de usucapición, sin los requisitos de la buena fe y la justa causa, menciona todavía Gayo la *usucapio pro herede*,<sup>292</sup> de la que hablaremos en el derecho hereditario; la *usureceptio ex fiducia*<sup>293</sup> que tiene lugar cuando por cualquier motivo retoma al propietario, poseyéndola durante un año, la cosa que mancipó a fin de garantizar una obligación —*mancipatio fiduciae causa*—; la *usureceptio ex praediatura*,<sup>294</sup> que se realiza cuando el fundo embargado por el Estado es poseído durante dos años por el propietario.

*Possessio*. — *Possessio*, en lugar de *usus*, o también *possessio civilis*, *possessio bonae fidei*, o con más exactitud, *possessio ad usucapionem*, es la señoría de hecho —no la simple detentación— sobre la cosa. La posesión debe ser continuada; la interrupción —*usurpatio*— por momentánea que sea, impide que se alcance el fin perseguido, y se hace necesaria una nueva usucapición con todos los requisitos.

En el Derecho clásico, la *litis contestatio* (§ 51), formalizada en virtud de la acción reivindicatoria, no interrumpe la usucapición.<sup>295</sup> No obstante, si el demandado consuma la usucapición entre la instauración de la *lis* y el pronunciamiento del *iudex*, viene obligado a restituir la cosa. En el Derecho justiniano, la usucapición se interrumpe por la demanda judicial.<sup>296</sup>

*Tempus*. — Según el régimen justiniano, para adquirir la propiedad por usucapición son necesarios tres años, si se trata de muebles, y diez entre presentes o veinte entre ausentes —es decir, entre residentes en la misma o en distinta provincia—, si se trata de inmuebles.

El sucesor a título universal —el heredero, sobre todo— continúa la posesión iniciada por el difunto —*successio possessionis*. La mala fe del difunto perjudica al heredero, y no cabe usucapir, aunque éste sea de buena fe. Por el contrario, la buena fe del difunto favorece al heredero, aunque éste sea de mala fe.<sup>297</sup> El heredero en quien se da mala fe puede rematar la usucapición, porque la posesión es un hecho único, en el cual *se sigue* —se sucede—, considerándose, por tanto, que la mala fe sobrevenida no le perjudica —*mala fides superveniens non nocet*.<sup>298</sup>

El sucesor a título singular —comprador, legatario, etc.— goza en el Derecho justiniano de la *accessio possessionis*, admitida primeramente en

el *interdictum utrubi*<sup>299</sup> y aplicada después por Severo y Caracalla a la *longi temporis praescriptio* en el caso de la compraventa,<sup>300</sup> para generalizarse, sobre este modelo, por obra de la jurisprudencia, a los demás casos.<sup>301</sup> La posibilidad de sumar la posesión del transmitente a la del sucesor a título singular depende de que concurren todos los requisitos exigidos para la usucapción. Si el causante obró de mala fe, el sucesor no puede computar la posesión de aquél; pero si el sucesor es de buena fe, puede comenzar una posesión *ex novo*,<sup>302</sup> a partir de la adquisición.

Un rescripto de Constantino<sup>303</sup> introduce la *praescriptio longissimi temporis* o excepción que puede oponerse a cualquier acción reivindicatoria por parte de quien ha poseído la cosa durante cuarenta años, aunque sea sin título ni buena fe. Tal prescripción tiene fuerza adquisitiva, y no simplemente defensiva, en el Derecho justiniano. En efecto, Justiniano dispone que el que ha poseído la cosa —incluso la furtiva, pero no la sustraída violentamente— durante treinta años,<sup>304</sup> o durante cuarenta, si pertenecía al fisco, a la Iglesia,<sup>305</sup> a una obra pía, al emperador o a la emperatriz, adquiere la propiedad sobre ella.

Para esta prescripción adquisitiva no se exige el título, sino únicamente la buena fe inicial. El tiempo comienza a correr desde la toma de posesión, que es el momento a partir del cual puede intentarse contra el poseedor la acción reivindicatoria, cuyo ejercicio caduca a los treinta o cuarenta años. En lo demás, rigen los requisitos de la antigua *longi temporis praescriptio*. Todavía es de advertir que esta prescripción extraordinaria —tal es el nombre que hoy suele dársele— funciona con eficacia extintiva cuando se dan las condiciones necesarias para ello, y faltan, en cambio, las que se requieren para que entrañe adquisición.

## § 62. Protección de la propiedad

Medios judiciales y extrajudiciales de diferente naturaleza defienden el derecho de propiedad.<sup>306</sup> Frente a ataques de terceros que sin título alguno se arrogan la condición que la ley otorga al propietario, se concede una acción típica y fundamental: la *rei vindicatio*. Además, a las perturbaciones que menoscaban el pleno y libre ejercicio de las facultades que encierra el dominio, se oponen la *actio negatoria*, la *operis novi nunciatio*, la *cautio damni infecti*, y el *interdictum quod vi aut clam*. Súmanse a estas acciones las relativas a las relaciones de vecindad de que ya hemos tratado (§ 58).

### I. *Rei vindicatio*

La *rei vindicatio* es la acción que ampara al propietario civil —*dominus ex iure Quiritium*— contra el tercero que posee ilícitamente,<sup>307</sup> y tiende a que se reconozca su propiedad y, en consecuencia, se le restituya la cosa.

Desde el punto de vista histórico, el proceso de propiedad se desenvuelve al principio en la forma de la *legis actio sacramento in rem* (§ 49). En ella, ambos contendientes afirman el mismo derecho, es decir, el de propiedad. Entre demandante y demandado no hay diferencia de posición, puesto que la *vindicatio* del primero y la *contravindicatio* del segundo se pronuncian en idénticos términos: Afirmando que esta cosa me pertenece en virtud del derecho quiritarario. El proceso de propiedad es, por tanto, un proceso entre pretensores dominicales.<sup>308</sup>

En la época clásica, las cuestiones de propiedad pueden ventilarse por el procedimiento de las *sponsiones* —*agere per sponsionem*— o por fórmula petitoria —*per formulam petitoriam*. En el procedimiento *per sponsionem*, la propiedad de la cosa litigiosa es objeto de una apuesta —*sponsio praeiudicialis*—, que hace el demandado a instancia del actor en los siguientes términos: ¿Prometes darme XXV sestercios si el esclavo, acerca del que se litiga, me pertenece en virtud del derecho quiritarario?<sup>309</sup> El propio demandado promete, mediante una *stipulatio* asistida de garantía —la *satisfactio pro praede litis et vindiciarum*—, de restituir la cosa con los frutos percibidos en el intervalo. La suma apostada no se cobra después, ya que no tiene carácter penal, sino simplemente prejudicial, e interviene con el solo fin de dar ocasión al litigio. Lo que importa, en todo caso, es que el demandante tenga éxito en el proceso prejudicial: sobre la base del reconocimiento indirecto que éste implica descansa la obligación de restituir.

La reivindicación *per formulam petitoriam* —la forma más común en la época clásica— se desenvuelve con mayor simplicidad. No se trata ya de un juicio entre pretensores de la propiedad, sino entre dos partes que ocupan una posición distinta —la de actor, el propietario, y la de demandado, el poseedor. Tiene por fin dilucidar el derecho de propiedad, pero mira también a la restitución de la cosa.

La fórmula se concibe en estos términos: *Si resulta que el fundo Capenate, acerca del que se litiga, pertenece a Aulo Agerio por derecho quiritarario, y no es restituido, según tu arbitrio, tú, juez, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio cuanto importe el asunto; si no resulta, sea absuelto.*<sup>310</sup>

A cargo del actor corre la carga de la prueba. Carga pesada, e imposible, más que difícil, cuando la propiedad ha sido adquirida de modo derivativo, ya que es menester demostrar el derecho del propietario anterior, y el de aquel que le transmitió a éste, y así sucesivamente, hasta dar con quien la adquirió por modo originario.<sup>311</sup>

Cabe preparar el ejercicio de la *rei vindicatio* mediante la *actio ad exhibendum*, de carácter personal. Por ella se pide la presentación de la cosa, ya sea con el fin de lograr una segura identificación, ya para que se proceda a separarla de la otra cosa a la que fue unida —p. ej., por el plomo: *adplumbatio*.<sup>312</sup>

El demandado no tiene obligación de asumir la defensa de la cosa —*rem defendere*.<sup>313</sup> Si se decide por no defenderla, y siempre que se trate de un



inmueble, el Pretor concede al demandante el *interdictum quem fundum*,<sup>314</sup> para que se posea del mismo; si es mueble y se encuentra a presencia del magistrado, ordena éste que sea abandonada en manos del actor.<sup>315</sup> De no estar presente, se concede al actor la *actio ad exhibendum*.

Si la prueba suministrada por el demandante patentiza la existencia del derecho de propiedad, el juez insta al demandado para que proceda a la restitución —*arbitratu de restituendo* (§ 50). Desatendida la orden, el juez confiere al demandante, bajo juramento —*iusiurandum in litem*— la estimación del valor de la cosa —*litis aestimatio* (§ 60). Sobre tal valor versa la condena —*condemnatio pecuniaria*.

El demandado puede ser obligado a asegurar el resultado de la condena —*cautio iudicatum solvi* (§ 51, IV). Si no se aviene a ello, la posesión de la cosa es transferida al demandante dispuesto a prestar caución. De este modo el demandado, ahora no poseedor, habrá de correr con la carga de la prueba.

En los comienzos de la época imperial solo se halla pasivamente legitimado el poseedor —*possessor*— siempre que no le ligue ningún vínculo contractual con el demandante.<sup>316</sup> Más tarde, lo está también el detentador, pero únicamente si no tiene la cosa por el actor, es decir, como arrendatario, depositario, comodatario, etc., de éste.<sup>317</sup>

En la época justiniana, la *rei vindicatio* es concedida contra cualquier poseedor o detentador, e incluso en concurrencia con las acciones personales de restitución. Se concede también contra el que deja dolosamente de poseer<sup>318</sup> y contra el que, no siendo poseedor, se hace pasar por tal y trae a pleito al propietario.<sup>319</sup>

La *rei vindicatio* se desenvuelve ahora en la forma de la *cognitio extra ordinem* (§ 53). La condena tiende a la restitución, admitiéndose la ejecución directa —*manu militari*— sobre la cosa, con la asistencia de la autoridad pública.<sup>320</sup>

Aparte de la obligación de devolver la cosa —o de satisfacer su valor, en la época clásica—, la responsabilidad del demandado en otros aspectos, que ahora veremos, adopta distinto contenido, según se trate de poseedor de buena o de mala fe.

a) *Responsabilidad por razón de los frutos de la cosa*. — En la época clásica, el poseedor de buena fe responde de los frutos percibidos después de la *litis contestatio*; el de mala fe responde también de los percibidos con anterioridad a la misma.<sup>321</sup>

En el Derecho justiniano, el poseedor de buena fe responde de los frutos percibidos antes de la *litis contestatio* y que todavía conserva, de los percibidos con posterioridad y de los que dejó de percibir por negligencia. El de mala fe ha de responder, además, tanto de los frutos ya obtenidos, como de los que debería haber percibido antes de la *litis contestatio*.

b) *Responsabilidad por los daños inferidos a la cosa*<sup>322</sup> — El poseedor de buena fe no responde del daño causado por su culpa antes de la *litis contestatio*, mientras tal responsabilidad alcanza al de mala fe.<sup>323</sup> Tanto el pose-

edor de buena como el de mala fe responden de los daños culposos inferidos a la cosa después de la *litis contestatio*, y el segundo, además, del caso fortuito, a menos que pruebe que el propietario también los hubiera sufrido.

El propietario reivindicante debe indemnizar al poseedor los gastos hechos en la cosa —*impensae*. En la época clásica, el Pretor asiste al poseedor de buena fe con la *exceptio doli*, que le permite retener la cosa — *ius retentionis*— mientras no se le reembolsen íntegramente los gastos «necesarios»,<sup>324</sup> y los «útiles»,<sup>325</sup> en la menor cantidad que resulta de comparar el desembolso y la mejora. No tiene derecho a que se le indemnicen los gastos «voluptuarios».<sup>326</sup>

El régimen clásico, inspirado en criterios de equidad, es reformado por Justiniano, atendiendo al principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro.<sup>327</sup> Todo poseedor, sea de buena o de mala fe, tiene derecho al íntegro resarcimiento de los gastos necesarios; el de buena fe lo tiene también por razón de los útiles, y a uno y a otro se les concede el *ius tollendi*, es decir, el derecho de retirar las accesiones de lujo o voluptuarias, siempre y cuando no se haga, con daño de la cosa y ello reporte utilidad para el mismo poseedor.<sup>328</sup>

## II. *Actio negatoria*<sup>329</sup>

La *actio negatoria*<sup>330</sup> o negativa<sup>331</sup> se concede al propietario para oponerse a quien se arroga un derecho de servidumbre o de usufructo (§§ 73, 79) sobre su cosa, y lograr la declaración de inexistencia de semejantes gravámenes. El propietario debe suministrar la prueba de la propiedad, mientras corre a cargo del adversario demostrar el derecho negado por aquél. El demandado vencido puede ser obligado a prestar la promesa de que no causará nuevas molestias o perturbaciones.<sup>332</sup>

## III. *Cautio damni infecti*<sup>333</sup>

Es la promesa estipulatoria —*stipulatio*— de resarcir los daños que amenazan —*damnum infectum, damnum nondum factum*<sup>334</sup>— a una finca, sea por el mal estado de la finca contigua, sea por obras que el vecino haga en su suelo —*in suo*—, o legítimamente —p. ej., como titular de una servidumbre—, en el suelo ajeno —*in alieno*. El propietario del inmueble o el autor de la obra promete dar tanto dinero cuanto pueda importar el daño que se teme acaezca por vicio del edificio —*vitium aedium*—, del lugar —*vitium loci*— o de la obra —*vitium operis*—, en el caso de que efectivamente se produzca la situación temida.<sup>335</sup>

Por lo común, la *cautio* se presta de modo voluntario, es decir, extrajudicialmente. Tratándose de *vitium aedium* o *loci*, la negativa a prestar caución extrajudicial abre puertas a un procedimiento ante el magistrado. Pedi-

da que sea *in iure* la *cautio*, y reconocida por el Pretor la razón que asiste al peticionario, ordena éste que se le facilite semejante garantía. Si el demandado persiste en su actitud, o no está presente *in iure*, el Pretor introduce al reclamante en la posesión —detentación, en realidad— del inmueble vecino —*missio in possessionem* (§ 52). Cuando ni esto basta, porque sigue resistiéndose el demandado, se dicta, luego de transcurrido un año, un segundo decreto —*missio in possessionem (ex secundo decreto)*. Esta segunda *missio* otorga la *possessio ad usucapionem*, en términos de convertir al poseedor en propietario. Para el caso de que el propietario impida la segunda *missio*, produciéndose mientras el daño, el Pretor otorga una acción *ficticia*, con el fin de que se satisfaga la indemnización cual si hubiese mediado la garantía.<sup>336</sup>

La *missio in possessionem* no tiene lugar en el caso del *vitium operis*. Cuando no se presta caución, el *opus in suo* puede ser impedido mediante la *operis novi nunciatio*, y el *opus in alieno* por la *prohibitio*, que abre paso al *interdictum quod vi aut clam*, si no se interrumpe la obra.

No procede la *cautio damni infecti* cuando el daño que amenaza puede ser resarcido recurriendo a otros medios jurídicos.

En principio, solo tiene derecho a pedir la *cautio* el propietario de la cosa amenazada.<sup>337</sup> Dentro del régimen justiniano se hallan también legitimados todos los titulares de un derecho real sobre la misma, así como algunos titulares de un derecho de crédito, en cuanto tienen la cosa a riesgo propio.<sup>338</sup>

En el caso de *vitium* del inmueble, deben prestar caución el propietario, el enfiteuta, el poseedor de buena fe, el *missus in possessionem ex secundo decreto*. Tratándose de *vitium operis*, la obligación solo atañe al autor de la obra.

#### IV. *Operis novi nunciatio*<sup>339</sup>

Quien se crea perjudicado<sup>340</sup> por una obra nueva<sup>341</sup> ya comenzada, pero no concluida, puede acudir, por sí o por un representante,<sup>342</sup> al expediente de la *nunciatio*, que se lleva a cabo en el propio lugar —*in re praesenti*<sup>343</sup>— y sin recurrir al magistrado. Tal acto de denuncia va dirigido a la paralización de la obra, quedando a salvo la ulterior decisión judicial.

La obra solo puede continuarse cuando el denunciado pide y logra del Pretor que deje sin efecto la denuncia —*remissio nunciationis*— o bien cuando hace la promesa<sup>344</sup> de restituir las cosas a su estado anterior, si resultare fundada la pretensión del denunciante. Cuando el denunciado no logra la *remissio*, ni presta la promesa o caución, y prosigue, sin embargo, la obra, el denunciante puede solicitar del Pretor el *interdictum ex operis novi nuntiatione*, que suele llamarse *demolitorium*, y obliga a derruir lo edificado.<sup>345</sup>

En el Derecho justiniano se preceptúa que si no se dirime la cuestión en el plazo de tres meses, cesa la eficacia de la *nunciatio*. El *nunciatus* puede entonces proseguir la obra, presentando fiador —*fideiussor*— de que, si no

edifica con derecho, destruirá a su costa todo lo construido después de la denuncia.<sup>346</sup>

En la época clásica tienen facultad de hacer la *operis novi nunciatio* el propietario civil y, posiblemente, el propietario bonitario.<sup>347</sup> En la época justiniana están legitimados, además del propietario, el enfiteuta (§ 80), el superficiario (§ 81), el poseedor de buena fe (§ 66), el acreedor pignoraticio (§ 84) y el usufructuario (§ 79).<sup>348</sup>

#### V. *Interdictum quod vi aut clam*<sup>349</sup>

Remedio similar a la *operis novi nunciatio* —y no bien perfilado, dada la mezcla confusa de elementos clásicos y justinianos— es el *interdictum quod vi aut clam*, por el cual el propietario, el poseedor, el titular de un derecho real sobre cosa ajena, o bien el de un derecho personal<sup>350</sup> puede pedir la demolición de la obra hecha contra lo que él prohibió —*vi*— o realizada clandestinamente —*clam*—. La obra debe ser de tal naturaleza que implique un cambio de la situación anterior,<sup>351</sup> y poco importa que el autor tenga o no derecho a realizarla, si ha contravenido a lo que manda el Edicto, es decir, que no se haga nada *vi aut clam*. El interdicto se refiere a la obra hecha en suelo ajeno o en suelo propio.<sup>352</sup>

Por este interdicto se ordena la restauración al estado primitivo, y el mandato alcanza tanto al autor de la obra, o a sus herederos,<sup>353</sup> como al tercero poseedor, aunque fuera otro quien la llevó a cabo.<sup>354</sup> Es obligación del autor, si la posee, restituirla a su costa; del que la hizo y no la posee, soportar los gastos de demolición y abonar los daños, y del que la posee y no la hizo, permitir la demolición —*patientia destruendi*.<sup>355</sup>

El interdicto no compete después de un año, a contar desde que se terminó la obra, o desde que se dejó de hacer, aunque no se haya concluido.<sup>356</sup>

#### § 63. El condominio<sup>357</sup>

Según un principio fundamental romano, no es dable la existencia de una propiedad ejercida por varios individuos sobre la misma cosa. En este sentido afirma Celso: *duorum in solidum dominium esse non potest*.<sup>358</sup>

Si la propiedad es exclusiva, en cuanto que una cosa no puede pertenecer por entero —*in solidum*— a varias personas, se admite sin embargo una comunidad de propiedad por cuotas ideales, esto es, sin atribución de partes físicas.<sup>359</sup>

Esta pluralidad de derechos de propiedad sobre la misma cosa, conocida por los romanos con el nombre de *communio*, puede ser voluntaria o incidental, según provenga, respectivamente, de la voluntad concorde de varias personas —que actúan así de conformidad con las reglas del contrato de

sociedad— o de un hecho que queda al margen de toda decisión o determinación de los sujetos —*communio incidens*.<sup>360</sup> Ocurre lo último, p. ej., cuando una cosa es legada en común a dos o más personas, o cuando dos cosas pertenecientes a dueños distintos se unen casualmente.

La primera figura del condominio es el *consortium inter fratres*<sup>361</sup> o comunión universal de bienes constituida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater* (§§ 101, IV, 142). Característica del *consortium* es el régimen del ejercicio dominical por la totalidad de la cosa —*in solidum*—, y no el del ejercicio parcial —*pro parte*—, tal como se ofrece en la época clásica. Cada uno de los *consortes* es dueño de la totalidad y, consiguientemente, tiene el pleno poder de disposición sobre la cosa. *Todo pertenece a todos*, y el poder íntegro de cada uno solo se ve limitado por el derecho de veto —*ius prohibendi*— del otro condómino. No ejercitándose tal facultad, cualquier condómino puede enajenar la cosa o manumitir el esclavo común, con la consecuencia de transmitir la propiedad de aquélla y declarar la libertad de éste. Semejante ordenamiento tiene su paralelo en la colegialidad o cosoberanía de los magistrados romanos.

El régimen del *consortium* no existe ya en la época clásica, donde impera el régimen del ejercicio *pro parte*. El concepto del dominio parcial informa los actos de *disposición jurídica*: ahora cada condómino solo puede disponer con libertad de su cuota abstracta, enajenándola, gravándola, etc. Semejante concepto informa también los actos de *disposición material*, cuando menos en lo que atañe a la adquisición de frutos: cada condómino hace propios los frutos de la cosa, pero *pro parte*, esto es, en proporción a su cuota. En cuanto al *uso de la cosa*, entendido igualmente como parte de la disposición material, rige la norma de que cada condómino puede actuar con independencia, es decir, como propietario aislado y exclusivo, si bien queda a salvo la facultad de los demás condóminos para oponerse —*ius prohibendi*— a las innovaciones —construcciones, demoliciones— que se lleven a cabo en la cosa.

Configurado de modo semejante a la *intercessio* magistratual, el *ius prohibendi* no responde, en realidad, al concepto del ejercicio *pro parte*, sino a aquel otro —primario u originario— de la cotitularidad solidaria del patrimonio. En el Derecho justinianeo, el *ius prohibendi* solo es admitido cuando redundan en beneficio de la *communio*<sup>362</sup> y, en consecuencia, el consentimiento unánime de los condóminos se erige ahora en principio rector.

Un residuo del antiguo régimen es también el *ius adcrescendi*: si un condómino no puede adquirir, o, si adquiriendo, renuncia a su cuota, abandonándola —*derelictio*—, ésta acrece a los demás condóminos.<sup>363</sup>

Considerada la *communio* como estado transitorio,<sup>364</sup> cada *socius o dominus* puede pedir en cualquier momento la división de la *res comunis*, mediante la *actio communi dividundo*. Si la cosa es divisible, el juez adjudica a cada condómino una porción física proporcional al valor de su cuota; si es indivisible, se vende a un tercero, o se adjudica a uno o varios condóminos,

vinieron obligados a pagar a los demás, mediante la *condemnatio*, una suma de dinero equivalente a lo que importan sus cuotas.

La *adiudicatio* (§ 60, VII) verificada por el *iudex* constituye un modo de adquirir la propiedad. De modo contrario a lo que ocurre en el Derecho moderno, la división judicial romana no produce efecto declarativo, sino constitutivo, y esto significa que la propiedad sobre la cosa adjudicada se entiende adquirida desde el día en que se verifica la división.

La *actio communi dividundo* no se limita a la función de dividir la cosa común, sino que tiene también por objeto regular toda suerte de relaciones de crédito surgidas durante el estado de comunidad. El *iudex*, en efecto, tiene facultad para pronunciarse en orden al equitativo reparto de los gastos, de los daños y de los frutos —*praestationes*.<sup>365</sup> En el Derecho justiniano, la *actio communi dividundo* se configura como acción *mixta* —*tam in rem quam in personam*<sup>366</sup>—, con la particularidad de que es posible ejercitarla por razón de las solas *praestationes*, ya sea quedando indivisa la cosa,<sup>367</sup> ya habiéndola dividido anteriormente.

## CAPÍTULO IV

### LA POSESIÓN<sup>1</sup>

#### § 64. Posesión y propiedad

*Possessio* es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa.<sup>2</sup>

Entre posesión y propiedad media la diferencia que corre entre el hecho y el derecho. De ahí las advertencias de los juristas: la posesión debe ser considerada separadamente de la propiedad;<sup>3</sup> nada tiene en común la propiedad con la posesión<sup>4</sup>; no se deben confundir la posesión y la propiedad.<sup>5</sup>

Consecuencias de lo dicho son:

- a) El proceso posesorio excluye las excepciones «petitorias», esto es, las fundadas en el derecho a poseer;
- b) La posesión no se transmite a los herederos, quienes únicamente serán poseedores cuando tengan realmente las cosas en su poder.<sup>6</sup>
- c) El que regresa de cautividad, tras recuperar la libertad, no recupera la posesión porque la posesión es sobre todo un hecho.<sup>7</sup>
- d) El cónyuge donatario posee, aunque la donación sea nula, porque una situación de hecho no puede anularse por un impedimento de derecho civil.<sup>8</sup>
- e) El pupilo puede comenzar a poseer sin la *auctoritas tutoris*, ya que la posesión es cosa de hecho, no de derecho.<sup>9</sup>

La ley trata de meter la «propiedad» dentro de precisos contornos jurídicos, mas la propiedad no empieza ni acaba en éstos. Acaso no haya institución que más se apoye en fuerzas extrajurídicas. Por vía jurídica discurren la propiedad y su defensa —la *rei vindicatio*—; por vía anormal, *extra ordinem*, la posesión y su tutela. Sin embargo, la posesión no es más que el complemento extrajurídico de la propiedad.

El *ius civile* no conoce la *possessio*, que es hija de la práctica social; no la conoce ni la protege, porque cae fuera del campo de los derechos. Pero el *ius*

*civile* se sirve de esta señoría socialmente sancionada, tomándola en consideración a los efectos de la adquisición de la propiedad por usucapión. Más aún, toda la teoría de la posesión es elaborada por los juristas con miras a este fin.

Sustantivamente, la posesión no es hecho, ni acto, sino acción del sujeto: desaparece la *possessio* si cesa o se interrumpe la acción. Acción de raíz y valor social, pero que se endereza, cuando se dan ciertos requisitos, al logro de una situación jurídica. Acción para o hacia el derecho.

Así se explica lo que nos dice Papiniano: la posesión que adquiere el esclavo tenido en usufructo, va al usufructuario, porque la posesión sigue en gran parte el régimen de la propiedad;<sup>10</sup> el *filius* no puede poseer, porque la posesión no es algo solo material, sino también de derecho.<sup>11</sup> Tales frases no significan que la posesión es un derecho, sino que se toma en cuenta la posesión con miras a ciertas adquisiciones jurídicas.

Grande es el acercamiento entre propiedad y posesión. La propiedad es la posesión dotada de garantía jurídica, y ciertos casos de *possessio*, como el *in bonis habere*, se hacen formas de propiedad. En orden a la adquisición del tesoro, a la tradición y a la ocupación, se habla de *animus* o *affectio possidendi*, porque en situaciones semejantes se tiene la intención de conseguir el señorío de hecho, y no tiene importancia para la adquisición el que se sepa con certeza que tal hecho es objeto de tutela y constituye el derecho de propiedad.<sup>12</sup>

La posesión produce efectos jurídicos:

- 1.º La posesión lleva a la adquisición de la propiedad, como ocurre en los casos de ocupación, usucapión y tradición. A la posesión se debe también la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.
- 2.º La posesión juega un papel muy importante en los procesos reivindicatorios de la época clásica. En tales procesos, el que reivindica, el que no tiene la posesión, está obligado a suministrar la prueba de su derecho, mientras ninguna obligación incumbe al poseedor.
- 3.º La «policía» del derecho positivo prepara y asegura el camino de la justicia. El poseedor, como tal, esto es, independientemente de que tenga o no derecho a poseer, se halla protegido contra los ataques de terceros que impliquen perturbación de la «paz posesoria». Si alguien se cree con derecho a la posesión, debe acudir a la vía judicial, antes de tomarse la justicia por la mano. Poco importa que la tutela posesoria —por lo demás, ocasional— beneficie a quien no tiene derecho alguno sobre la cosa, si se mantiene el orden en el ámbito del Estado.

## § 65. «Usus» y «Possessio»

El concepto de *usus*, más amplio que el de *possessio*, al que precede, significa originariamente ejercicio de hecho de un poder sobre una cosa o sobre



una persona que obedece a la ley de otra *manus*. Tal ejercicio, de varia suerte y medida, puede llevar a la adquisición del poder mismo: poder de plena disposición —propiedad—; poder de usar —servidumbre—; poder sobre la mujer; potestad de heredero. Por el *usus* se adquieren todas estas facultades, que se integran en la *manus*. Tal es la *usucapio*. Se adquieren también por un solo negocio: la *mancipatio*.

El *usus* de las XII Tablas se muestra escindido, durante la época clásica, en *possidere* y *uti*: *possidere* se refiere a las cosas corporales; *uti*, al ejercicio de los derechos. Las servidumbres no son ahora susceptibles de usucapión,<sup>13</sup> porque son cosas incorpóreas: *Servitutes... incorporales sunt et ideo usu non capiuntur*.<sup>14</sup> La *usucapio pro herede* se configura como usucapión de las cosas hereditarias, y no de la herencia misma.<sup>15</sup> La adquisición de la *manus* sobre la mujer por su ejercicio durante un año desaparece completamente antes de la época de Gayo.<sup>16</sup>

En el último período del Derecho romano, *usus* y *possessio* vuelven a encontrarse: la *possessio* alcanza tanto a *corpora* como a *iura* —servidumbres, usufructo, superficie, etc. El *usus iuris* clásico inspira la *possessio iuris* justiniana. La nueva noción de *possessio* es tan amplia como lo fuera la vieja noción de *usus*. Y admitida ahora la posesión de los derechos, posible es otra vez la usucapión de las servidumbres.<sup>17</sup>

## § 66. Especies de posesión

El término *possessio*, aun implicando siempre una noción unitaria —señoría de hecho sobre una cosa, independientemente de ser o no propietario—, adquiere varios significados:

1) *Possessio*. — *Possessio*, sin aditamento alguno, es la posesión caracterizada por la tenencia de la cosa —*corpus*— y la intención de disponer de ella con exclusión de los demás —*animus possidendi, animus rem sibi habendi*. El efecto saliente de esta posesión es la protección interdictal, de donde le viene el nombre que le han dado los modernos de *possessio ad interdicta*. Toda *possessio* es amparada por el Pretor, y solo tiene relativa importancia el que sea *iusta* o *iniusta*<sup>18</sup>. *Possessio iusta*<sup>19</sup> es la no adquirida con violencia, ni clandestinamente, ni por concesión precaria —*nec vi nec clam nec precario*—; *possessio iniusta*, llamada también *vitiosa o improba*, es la que adolece de tales defectos. La *possessio iniusta* no favorece al poseedor cuando invoca la tutela frente al adversario, ya que éste puede oponer la *exceptio vitiosae possessionis*. Favorece, en cambio, frente a terceros.<sup>20</sup>

2) *Possessio civilis*. — En el ámbito del *ius civile*, la distinción entre *possessio iusta* e *iniusta* tiene gran importancia. Moviéndose en tal ámbito, la jurisprudencia clásica construye la teoría de la posesión con miras a la adquisición de la propiedad, y no desde el punto de vista de la defensa interdictal.<sup>21</sup>

*Possessio iusta* es la conforme al *ius* y, como tal, conduce a la usucapión de la cosa poseída. La esfera de la *possessio iusta* se amplía, al ampliarse los requisitos exigidos para la usucapión. *Possessio iusta*, en efecto, es la *possessio nec vi nec clam nec precario*, pero también la *possessio ex iusta causa* y la *possessio bonae fidei*, ya que *iusta causa* y *bona fides* son nuevos requisitos que se precisan para la posesión *ad usucapionem*.<sup>22</sup> La *possessio civilis*, *possessio bonae fidei*, *possessio ex iusta causa* o *possessio ad usucapionem*, como la llaman los modernos, es una propiedad que se va haciendo, y a ese hacerse se extiende la garantía jurídica. La *possessio civilis* entra en el campo de los derechos sobre las cosas. El pretor asiste al jurista, consagrando un derecho que todavía no ha llegado a madurez. La *possessio civilis* es defendida, aparte de los interdictos, con la *actio Publiciana*, que compete al poseedor aun cuando hubiera perdido la posesión —*etiamsi casu amiserit possessionem*.

3) *Possessio naturalis*. — No es *possessio*, en la construcción civilística, lo que no lleva al derecho, es decir, la posesión natural, la mera detentación, o el simple estar en la cosa. Fuera de la noción de *possessio* —sin aposición alguna— queda la detentación, a la que se refieren los siguientes términos y expresiones, de mayor o menos alcance, en la literatura jurídica: *retener* —*detinere*—, tener la cosa —*tenere rem*—, poseer el cuerpo o sustancia material —*possidere corpore*—, posesión corporal —*possessio corporalis*—, estar en la posesión —*esse in possessionem*—, morar en el fundo —*morari in fundo*—, estar en el fundo —*esse in fundo*.

### § 67. La posesión del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario

En la época clásica, la *possessio* es una señoría o dominación de hecho, que importa la tenencia de la cosa con ánimo de disponer de ella de modo exclusivo e independiente —*animus possidendi*—, esto es, sin limitación de ninguna suerte —tampoco de tiempo—. Señoría o dominación de hecho, protegida por los interdictos y enderezada normalmente —así en la construcción civilística— a la adquisición de la propiedad por usucapión.

Con esta noción no coincide, sin embargo, el cuadro clásico de los *possessores*. Son *possessores*:<sup>23</sup> 1.º, el propietario que posee; 2.º, el que posee en la creencia de que es propietario; 3.º, el que se apodera ilícitamente de la cosa, como ocurre, p. ej., con el ladrón —*fur*—, no protegido, sin embargo, frente a quien sufrió el hurto; 4.º, el precarista; 5.º, el acreedor pignoraticio; 6.º, el secuestratario (§ 100, IV); 7.º, el concesionario del *ager vectigalis*.<sup>24</sup> Prototipos de poseedores son el usucapiente y el ladrón, que afirman la voluntad de excluir a todos los demás en orden a disponer de la cosa. Tal voluntad, tal *animus possidendi* no lo tienen el precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestratario.<sup>25</sup>

El problema grave estriba en descubrir la naturaleza de semejantes figuras en la época preclásica.<sup>26</sup> A este propósito, creemos que el precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestratario antiguos no ejercen una *potestas* en nombre de otro, sino en lugar de otro. Solo que la ejercen de hecho. Ellos son, socialmente, lo que son, jurídicamente, los titulares del *mancipium*. Se colocan en lugar de éstos, *realizando* el poder de un *mancipium* que se declara inoperante.

El poder se pierde por su falta de ejercicio. El mantenimiento del poder exige una demostración de fuerza —*vim dicere*. Si se produce el ataque, es menester venir a las manos —*manum conserere*. El propietario que se ve atacado debe repeler al agresor con la fuerza: *vim vi repellere licet*.<sup>27</sup> Si no procede así, y prefiere proceder jurídicamente, mediante el recurso, p. ej., de la *rei vindicatio*, pierde la posesión. La pierde también cuando emplea la fuerza, pero resulta victorioso el atacante.<sup>28</sup>

En el caso del precario, y dejando aparte el originario carácter de relación gentilicia entre patrono y cliente, no cabe duda de que su improbable revocación, en época antigua, cuando menos, aproxima esta figura a la donación.<sup>29</sup> Indiscutida la titularidad, la renuncia al ejercicio, por largo o indefinido tiempo, da pie a una desaconsejada «incertidumbre», salvable por la defensa interdicial frente a terceros.

La *possessio* del acreedor pignoraticio se justifica por la propia renuncia del deudor al ejercicio de su derecho sobre la cosa, así como a la pérdida del derecho mismo en caso de incumplir su obligación. En todo caso, la incertidumbre en punto a la suerte que pueda correr la titularidad, explica el amparo otorgado al acreedor pignoraticio, primer interesado en la conservación de la cosa.

La *possessio* del secuestratario descansa en la renuncia de los litigantes, aunque sea temporalmente —por tiempo sometido al peso de futura e incógnita suerte—, a toda pretensión, sea dominical, sea posesoria sobre la cosa cuestionada.

Hacia fines de la República se produce un nuevo orden de cosas, que influirá decisivamente en la historia de la posesión. Con la transformación en *dominium optimo iure* de las *possessiones* del *ager publicus*, aumenta considerablemente el número de los propietarios; las concesiones de *precarium* se hacen cada vez más raras; junto al *pignus datum* aparece el *pignus obligatum*, que logra gran difusión; desaparece, en fin, la *actio sacramenti* con el sistema de las *vindiciae* para la reivindicación de la cosa.<sup>30</sup>

A todo esto se suma la quiebra del viejo organismo familiar, que lleva consigo la escisión y la desvirtuación del *mancipium*. Al *mancipium* sobre la cosa sucede el *dominium*, que se pone en contacto con nuevos elementos.<sup>31</sup> Lo mismo que el *dominium*, la *possessio* entra en la esfera de lo económico. Pura significación económica tiene la *res*.

En la época clásica, estos tres poseedores no actúan en lugar de propietarios. Por esto, precisamente, son figuras anómalas.

En la época justiniana, la posesión del precarista y la del acreedor pignoraticio son ejemplos de *possessio naturalis* o *corporalis*, como la detentación del arrendatario, del depositario o del comodatario; la posesión del secuestratario no difiere de la detentación del depositario.<sup>32</sup>

### § 68. Adquisición de la posesión<sup>33</sup>

La *possessio* se adquiere *corpore et animo*: adquirimos la posesión materialmente y por la intención, y no solo por la intención o materialmente.<sup>34</sup>

A) *Possidere corpore*. — La adquisición puede tener lugar por ocupación y por tradición o entrega.

- a) Ocupación. La adquisición originaria es tratada con más rigor que la adquisición derivativa. En orden a los inmuebles, no solo es necesario entrar en ellos, sino que aún es preciso realizar ciertos actos que denuncien su apropiación con carácter permanente —por ejemplo, cercándolos o poniéndolos en cultivo. Por lo que toca a los muebles, basta una relación con la cosa que permita actuar sobre ella. Así, p. ej., la pieza de caza caída en el cepo se considera poseída por el cazador. En general, se adquiere la posesión de una cosa mueble desde el momento en que queda puesta a nuestra disposición.
- b) Tradición. Para adquirir la posesión de un fundo no es menester recorrerlo,<sup>35</sup> sino que basta con pisar en él.<sup>36</sup> Si habiendo comprado un fundo vecino, lo señala el vendedor desde una torre situada en el fundo del comprador, declarando que le entrega la *vacua* posesión, comienza a ser poseído, no de otra suerte que si el adquirente hubiese puesto el pie dentro de sus confines o linderos.<sup>37</sup> Más tarde, ni siquiera se exige esta vecindad.<sup>38</sup> La «espiritualización» de la *traditio* viene a oscurecer, en la época justiniana, la noción realista de la posesión.

Respecto de los bienes muebles la jurisprudencia clásica no exige que sean aprehendidos materialmente.<sup>39</sup> Basta que se encuentren ante el adquirente<sup>40</sup>, o que sean depositadas en su casa, o puestas bajo la custodia de un guarda,<sup>41</sup> o que, tratándose de mercancías, sean éstas signadas o marcadas.<sup>42</sup> El Derecho de la última época introduce varias innovaciones: no es menester que la cosa esté presente; se adquiere la posesión por la transmisión que hace el vendedor de los documentos de compra de esclavos; la posesión de las mercancías almacenadas se adquiere por la entrega de las llaves del almacén, aunque tal no se haga en tal lugar. En general, la aprehensión material de la cosa puede sustituirse por una declaración de las partes.

B) *Animus possidendi*. — El *possidere corpore* —*corpus*, según el lenguaje moderno— no es suficiente. Junto a él debe darse, en unión indisoluble, la intención de disponer de la cosa con exclusión de los demás. Tal es la denominada *affectio tenendi* o *animus rem sibi habendi*, con lo que se alude a un querer activo, permanente e ilimitado —también en el tiempo— sobre la cosa.

En cualquier caso, la *affectio* o *animus* debe reflejarse en un acto objetivo de adquisición. El comodatario, el arrendatario, el depositario, por citar algunas figuras de detentadores, no pueden comenzar a poseer por la sola intención —*sola animi destinatione*. Cualquiera de ellos no se convierte en poseedor por la sola circunstancia de abrigar la intención *reservada* de poseer en nombre propio, porque nadie puede por sí y ante sí cambiar la causa de su posesión.<sup>43</sup> Para que tal ocurra, es preciso que se apropien la cosa, p. ej., mediante violencia o estafa, o bien que intervenga una relación contractual que opere el cambio de la *causa possessionis*. Así sucede en la *brevi manu traditio* y el *constitutum possessorium* (§ 61, III), casos típicos de transformación del *animus possidendi*, por mutación de la *causa possessionis*.

Dada la exigencia del *animus*, no pueden adquirir la posesión, cuando menos por sí, los infantes y los que sufren demencia.<sup>44</sup>

Es dable adquirir la posesión por intermediario, en cuanto sirve de instrumento inteligente para aprehender la cosa que otro quiere poseer.<sup>45</sup> Adquiere el *paterfamilias* por medio de las personas sometidas a su potestad —*filiifamilias*, *servi*.<sup>46</sup>

Principio vigente en el Derecho clásico es el de que no puede adquirirse por medio de *extranea persona*,<sup>47</sup> es decir, por persona libre que no está bajo la potestad del adquirente. Tal principio se quiebra en la época de los Severos, al admitirse —*utilitatis causa*— la adquisición mediante representante —*procurator*—, incluso ignorándolo la persona a quien representa— *etiam ignorant*.<sup>48</sup> En el Derecho justiniano se adquiere la posesión, *etiam ignorant*, por persona libre —*per liberam personam*— o por procurador —*per procuratorem*—, si bien se exige el mandato especial o la ratificación —*rathabitio*.<sup>49</sup>

## § 69. Conservación de la posesión

Si en su concepción clásica se entiende por posesión la tenencia de una cosa —*corpus*— con el ánimo o intención de disponer de ella de modo exclusivo —*animus possidendi*—, la misma se conserva en tanto perduran en el poseedor tales *animus* y *corpus*. En consecuencia, la posesión se conserva *animo et corpore nostris*, o bien *animo nostro, corpore vel nostro vel alieno*. En general, se considera que no es necesaria una actuación inmediata y constante, sino que basta la posibilidad de disponer libremente de la cosa en cualquier momento.

Se conserva la posesión con la sola intención —*nudo animo*<sup>50</sup>— en el caso de los *saltus hiberni et aestivi*, es decir, de los fundos que quedan abandonados durante una parte del año.<sup>51</sup> Los clásicos admiten tal conservación *utilitatis causa*; los justinianos generalizan lo que antes era norma excepcional, para considerar la conservación de los *saltus hiberni* como uno más entre los varios ejemplos.<sup>52</sup>

Según Gayo, se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno, cuando está vacante por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño.<sup>53</sup> El ausente que retorna carece de remedios posesorios, porque cesó la posesión al ser ocupado el fundo. Si es propietario, solo le cabe ejercitar la *rei vindicatio*. El Derecho justiniano entiende, por el contrario, que el ausente conserva la posesión *solo animo*.<sup>54</sup>

La doctrina proculeyana afirma que se pierde la posesión del *servus fugitivus*.<sup>55</sup> Otros juristas admiten —*utilitatis causa*— que se conserva, si bien a los solos efectos de la usucapión, sea del esclavo, sea también de las cosas que éste posee en el momento de la huida. La legislación de Justiniano se proclama decididamente por la conservación —*solo animo*— del esclavo fugitivo.<sup>56</sup>

Se conserva la posesión, *animo nostro, corpore alieno*, cuando otro, p. ej., el arrendatario, el depositario, el comodatario o el *procurator*, detenta la cosa en nuestro nombre.<sup>57</sup> En el Derecho justiniano se conserva la posesión, *solo animo*, cuando el intermediario procede infielmente, abandonando o enajenando el fundo. Se conserva de la misma manera cuando un tercero provoca con malignidad el abandono del fundo por parte del intermeditario.<sup>58</sup>

## § 70. Pérdida de la posesión<sup>59</sup>

Se pierde la posesión cuando llega a faltar cualquiera de sus elementos: *animo vel etiam corpore*.<sup>60</sup>

a) *Pérdida de la «possessio corpore»*. — Se pierde la cosa mueble cuando otro se apodera de ella, importando poco que tal ocurra con violencia o clandestinamente.<sup>61</sup> Se pierde también si aquello que poseemos lo hubiéramos perdido, de modo que ignoremos donde se encuentre.<sup>62</sup> Pierde la posesión quien entierra o esconde una cosa, olvidando después el lugar en que lo hizo. Tal pérdida tiene efecto aunque nadie la haya tomado.<sup>63</sup> Si más tarde le viene a la memoria el sitio en que está enterrada o escondida, inicia una nueva posesión. El Derecho justiniano considera, en cambio, que la flaqueza de la memoria no perjudica a una posesión que otro no invadió.<sup>64</sup>

Cesa la posesión de los animales domesticados que pierden el *animus revertendi*, y la de los animales salvajes cuando recuperan la *naturalis libertas*.<sup>65</sup>

El abandono temporal de la finca no acarrea la pérdida de la posesión. No la hace perder la inundación pasajera u otro accidente breve. Se pierde, en general, cuando resulta imposible actuar sobre el inmueble. En primer término, cuando otro se apodera de él. Si el apoderamiento tiene lugar mientras el poseedor se ha alejado del fundo para ir al mercado, tiene derecho, una vez que retorna, a arrojar al intruso por la fuerza. Mas, si empleada la fuerza, resulta victorioso el intruso, pierde la posesión el despojado. La pier-  
de *corpore*, esto es, por despojo violento.<sup>66</sup>

La posesión se ejercita, según hemos dicho, por intermediación de otras personas. Cuando el intermediario es expulsado del fundo, adquiere la posesión el intruso, y poco importa que de ello tenga o no noticia el titular de la posesión. En el caso de abandono —*derelictio*— del fundo por el intermediario, discuten los clásicos acerca de si la pérdida de la posesión tiene lugar apenas ocurre aquél, o bien si sucede únicamente cuando un tercero entra en el fundo. Justiniano acoge la última solución.

b) *Pérdida de la posesión por defecto de «animus possidendi»*. No se pierde la posesión porque el poseedor deje de ejercer, a causa de olvido, el poder sobre la cosa. Se pierde, en cambio, cuando sobreviene una falta de *animus*.

La invasión del fundo no perjudica al poseedor mientras no tenga noticia de la misma y se resigne a ella. El poseedor que se aleja del fundo para ir al mercado puede expulsar por la fuerza, cuando retorna, al intruso que lo ocupó en su ausencia. Si no recurre a la fuerza, si prefiere actuar por vía jurídica, p. ej., instando la *rei vindicatio*, pierde la posesión. La pierde por defecto de *animus*.

La posesión no se pierde por caer el poseedor en demencia.<sup>67</sup>

c) *Pérdida de la posesión «animo et corpore»*. — Tiene lugar en los casos de entrega y abandono voluntario —*derelictio*— de la cosa. También por la muerte del poseedor: la posesión no se transmite *ipso iure* al heredero, sino que éste ha de aprehender la cosa.<sup>68</sup>

En orden a la entrega, es cuestión discutida la de si la pérdida se condiciona o no a la adquisición por parte del adquirente. El pensamiento clásico se inclina a la idea de la pérdida de la posesión, aunque no pueda actuarse, por cualquier razón, la voluntad a la que se subordina la transmisión.<sup>69</sup>

## § 71. Defensa de la posesión

El poseedor es defendido. La defensa cae fuera de lo estatuido por el orden jurídico: defensa *extra ordinem*.

Fuera de ese orden se mueve la posesión misma, aunque la posesión no sea extraña a él. Lo hemos dicho antes: en la elaboración de los juristas romanos, la posesión es un derecho de propiedad que se va haciendo, que va en camino de ganar la garantía jurídica. Más aún, se finge que tal garantía ha

en el momento en que se solicita el interdicto, cumple éste una función recuperatoria. El poseedor puede sumar su posesión a la de su causante, ya se trate de sucesión a título universal —*successio possessionis*— o a título particular —*accessio possessionis*. Así pues, si la *iusta possessio* del que nos transmitió la cosa, sumada a la nuestra, sobrepasa a la posesión del adversario, salimos victoriosos de este interdicto.<sup>79</sup>

Los *interdicta retinendae possessionis* han de utilizarse dentro del año en que se ha sufrido la perturbación o molestia.<sup>80</sup>

Función muy importante de los *interdicta retinendae possessionis* es la de servir de introducción preliminar al proceso petitorio, es decir, al juicio sobre la propiedad. Entre dos que litigan sobre la propiedad de una cosa, es preferible la posición del que posee, ya que no toca a él, sino al que no posee, soportar la difícil prueba del derecho de propiedad. Siendo más ventajoso poseer que reclamar, media las más de las veces una previa contienda sobre la posesión.<sup>81</sup>

En el Derecho justiniano, aun conservándose los nombres, aparecen fundidos los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* en uno solo. El régimen del primero se aplica al segundo, de modo que, ya se trate de muebles o de inmuebles, se asegura la victoria al que posee *nec vi nec clam nec precario*, respecto del adversario, en el momento de incoarse el proceso.<sup>82</sup>

## II. Interdicta recuperandae possessionis

De carácter recuperatorio es el *interdictum unde vi*, en sus dos formas: *de vi* y *de vi armata*. Ambos se refieren al despojo violento de la posesión de inmuebles, se ventilan en proceso simple y cabe utilizarlos dentro de un año útil a partir de la fecha en que acaece la expulsión —*deiectio*.<sup>83</sup>

El *interdictum de vi* admite la *exceptio vitiosae possessionis*, de suerte que el autor del despojo conserva la posesión cuando el expoliado poseía antes *iniuste* con relación a él. Tratándose de despojo a mano armada, no se puede oponer tal *exceptio*, de forma que el lleva a cabo la expulsión viene siempre obligado a la restitución.

a) La fórmula del *interdictum de vi* es ésta: *restituere al demandante en el fundo del que fue expulsado, en el transcurso de este año, por ti o por tu familia, y en todo lo que tenía allí, supuesto que no hubiera obtenido la posesión con violencia, clandestinidad o en precario*.<sup>84</sup>

b) La del *interdictum de vi armata* esta otra: *restituere al demandante en el lugar del que le expulsaste mediante fuerza armada, y también en las cosas que tenía en tal lugar*.<sup>85</sup>

En el Derecho justiniano, ambos interdictos se funden en uno solo *de —o unde— vi*, cuyo ejercicio se limita al año —*exceptio temporis*—, pero sin posibilidad de oponer la *exceptio vitiosae possessionis*.<sup>86</sup>



en el momento en que se solicita el interdicto, cumple éste una función recuperatoria. El poseedor puede sumar su posesión a la de su causante, ya se trate de sucesión a título universal —*successio possessionis*— o a título particular —*accessio possessionis*. Así pues, si la *iusta possessio* del que nos transmitió la cosa, sumada a la nuestra, sobrepasa a la posesión del adversario, salimos victoriosos de este interdicto.<sup>79</sup>

Los *interdicta retinendae possessionis* han de utilizarse dentro del año en que se ha sufrido la perturbación o molestia.<sup>80</sup>

Función muy importante de los *interdicta retinendae possessionis* es la de servir de introducción preliminar al proceso petitorio, es decir, al juicio sobre la propiedad. Entre dos que litigan sobre la propiedad de una cosa, es preferible la posición del que posee, ya que no toca a él, sino al que no posee, soportar la difícil prueba del derecho de propiedad. Siendo más ventajoso poseer que reclamar, media las más de las veces una previa contienda sobre la posesión.<sup>81</sup>

En el Derecho justiniano, aun conservándose los nombres, aparecen fundidos los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* en uno solo. El régimen del primero se aplica al segundo, de modo que, ya se trate de muebles o de inmuebles, se asegura la victoria al que posee *nec vi nec clam nec precario*, respecto del adversario, en el momento de incoarse el proceso.<sup>82</sup>

## II. Interdicta recuperandae possessionis

De carácter recuperatorio es el *interdictum unde vi*, en sus dos formas: *de vi* y *de vi armata*. Ambos se refieren al despojo violento de la posesión de inmuebles, se ventilan en proceso simple y cabe utilizarlos dentro de un año útil a partir de la fecha en que acaece la expulsión —*deiectio*.<sup>83</sup>

El *interdictum de vi* admite la *exceptio vitiosae possessionis*, de suerte que el autor del despojo conserva la posesión cuando el expoliado poseía antes *iniuste* con relación a él. Tratándose de despojo a mano armada, no se puede oponer tal *exceptio*, de forma que el lleva a cabo la expulsión viene siempre obligado a la restitución.

a) La fórmula del *interdictum de vi* es ésta: *restituere al demandante en el fundo del que fue expulsado, en el transcurso de este año, por ti o por tu familia, y en todo lo que tenía allí, supuesto que no hubiera obtenido la posesión con violencia, clandestinidad o en precario*.<sup>84</sup>

b) La del *interdictum de vi armata* esta otra: *restituere al demandante en el lugar del que le expulsaste mediante fuerza armada, y también en las cosas que tenía en tal lugar*.<sup>85</sup>

En el Derecho justiniano, ambos interdictos se funden en uno solo *de —o unde— vi*, cuyo ejercicio se limita al año —*exceptio temporis*—, pero sin posibilidad de oponer la *exceptio vitiosae possessionis*.<sup>86</sup>

Se habla también de la existencia de otro interdicto recuperatorio: el *interdictum de clandestina possessione*. De tal interdicto solo se hace mención en D. 10, 3, 7, 5, probablemente interpolado.<sup>87</sup>

Dudoso es que pueda considerarse recuperatorio el interdicto *de precario*. Los proculyanos entienden que la concesión en precario priva de la posesión al concedente, porque una misma cosa no puede ser poseída a la vez —*in solidum*— por varias personas; los sabinianos, por el contrario, afirman que cuando uno hubiere recibido una cosa en precario, la poseen el que la da y el que la recibe.<sup>88</sup> A tenor de esta última opinión, nunca rechazada decididamente por los juristas posteriores, el concedente que reclama la cosa al precarista no trata de recuperar una posesión perdida, sino solo de traer a su antigua plenitud un goce mermado por el concurrente del concesionario.<sup>89</sup>

## § 72. Cuasi-posesión de las cosas y posesión de los derechos<sup>90</sup>

En la época clásica, la posesión recae sobre la *res* —*possessio rei*—, pero no sobre el *ius* —*possessio iuris*. La protección interdictal es extendida, por vía útil, al usufructo, al uso, a la *habitatio* y a algunas de las principales servidumbres prediales, pero no se habla, con relación a estas figuras de *possessio*, sino de *usus* y de *uti*. Ciertamente es todavía que se habla de *quasi possessio*,<sup>91</sup> en el sentido de que el usufructo y el uso implican un goce de la cosa que es semejante al de la posesión, y sin que este lenguaje entrañe un atentado contra lo que es cuestión sustancial. Los justinianos transforman la *quasi possessio* —*quasi possessio rei*, cuasi-señoría sobre la *res corporalis*— en señoría sobre la *res incorporalis* —*possessio usus fructus*. Ahora es posible, no solo la posesión de los *corpora*, sino también la posesión de los *iura*: posesión del usufructo, del uso, de la *habitatio*, de las servidumbres prediales, de la enfiteusis y de la superficie. Esta última noción de la *possessio* tiene la amplitud de la más antigua noción de *usus*.

## CAPÍTULO V

# SERVIDUMBRES Y USUFRUCTO

### § 73. Servidumbres: concepto y distinciones. Servidumbres prediales<sup>1</sup>

*Servitus* es un derecho real sobre cosa ajena. La relación de servidumbre —palabra con la que hoy traducimos la latina— se establece —y no cabría de otro modo— entre personas. Las personas que aquí cuentan son los propietarios de dos fundos, de los cuales uno sirve a otro. Titulares activo y pasivo de la servidumbre no son dos sujetos determinados, sino los propietarios, cualesquiera que sean, de los fundos. Las fuentes hablan, de una parte, del fundo *qui servit* o *qui servitutem debet*, y de otra, del *fundus cui servitus debetur* o que *servitutem habet*<sup>2</sup>. Hablan también de *ius praedii* o *fundi*, o dicen que la servidumbre *fundo acquiritur*, o que *sententia praedio datur*. Pero ni unas ni otras expresiones deben inducir al error de creer que los romanos admiten una relación entre fundo y fundo, cuando lo que quieren significar no es otra cosa que la adscripción permanente de la servidumbre a los fundos, en vista de la utilidad objetiva que uno procura a otro, y con independencia de los cambios o vicisitudes que puedan darse en cabeza de los respectivos propietarios.<sup>3</sup>

El nombre de *servitus* fue dado al primer derecho sobre cosa ajena reconocido por el *ius civile*. La *servitus* originaria coincide con lo que nosotros llamamos «servidumbre predial». La extensión de aquel nombre al usufructo, que es también institución del *ius civile*, pero surgida más tarde, y a los derechos análogos al usufructo, sancionados por el Derecho honorario y por normas más recientes,<sup>4</sup> se debe a la jurisprudencia posclásica.<sup>5</sup> El Derecho justinianeo distingue las *servitutes* en dos clases: *servitutes praediorum* —las antiguas *servitutes*, sin aposición alguna— y *servitutes personarum* —usufructo y derechos análogos.

Los clásicos no conocen la categoría de la *servitus*, sino particulares *servitutes*.<sup>6</sup> Falta la figura general y abstracta, y no porque los romanos no hayan for-

mulado una definición de la *servitus*, sino porque los romanos no se muestran propicios a truncar la libertad de dominio con la libre constitución de servidumbres. Las servidumbres aparecen progresivamente, y cada una de ellas responde al reconocimiento de una necesidad particular, sea industrial, agrícola o urbana. Si algún concepto general preside el nacimiento de las *servitutes*, ése no es otro que el de la necesidad social, que se proyecta de modo singular en cada nuevo caso.

Servidumbres prediales y servidumbres personales, como ahora decimos, tienen una nota común: la de ser derechos sobre cosa ajena. Bajo tal aspecto, análogos son sus modos de constitución y extinción, y análogos también sus medios de defensa. Solo con relación a las primeras se habla de servicios de la cosa, pero también en las segundas, consideradas *servitutes* en el Derecho justinianeo, hay una cosa que sirve. La diferencia es ésta: las servidumbres prediales se establecen en razón de la utilidad objetiva que procuran al fundo; las servidumbres personales se constituyen a favor de un sujeto determinado, con miras a su propio —personal— beneficio. Las servidumbres prediales se vinculan permanentemente al que hoy llamamos «fundo dominante», y su titularidad corresponde a cualquiera que sea propietario del mismo; las servidumbres personales son inseparables del sujeto al que benefician, y acaban, si no tienen duración más corta, cuando éste muere o sufre una *capitis deminutio*.

#### § 74. Principios generales relativos a las servidumbres

En materia de servidumbres rigen los siguientes principios:

- a) La servidumbre se establece en razón de la utilidad objetiva del fundo.<sup>7</sup> Ejercitada dentro de los límites de las necesidades del fundo al que beneficia —*civiliter uti*—, no puede desligarse de éste, ni enajenarse como derecho independiente.<sup>8</sup> El cambio de los titulares de los fundos, por sucesión universal o particular, no afecta a la existencia de la servidumbre.<sup>9</sup>
- b) La utilidad debe ser permanente: *servitutis perpetua causa esse debet*.<sup>10</sup>
- c) Los fundos han de ser vecinos: *praedia vicina esse debent*. Vecinos no se traduce, necesariamente, por contiguos.<sup>11</sup> La servidumbre es posible, p. ej., cuando los fundos están separados por una vía pública.<sup>12</sup>
- d) El propietario solo puede tener derechos sobre la cosa en calidad de dueño —*iure domini*. No cabe, por tanto, ser propietario de una cosa a la vez que titular de una servidumbre constituida sobre la misma cosa: *nemini res sua servit*.<sup>13</sup>

- e) La obligación impuesta al propietario del fondo sirviente ha de ser de carácter negativo: *servitus in faciendo consistere nequit*.<sup>14</sup> El propietario del fondo sirviente debe tolerar que otro haga —*pati*—, o abstenerse de hacer algo —*non facere*—, pero no puede venir obligado a observar una conducta positiva —*facere*. Una excepción a esta regla ofrece la servidumbre de apoyo de muro —*servitus oneris ferendi*—, en virtud de la cual el propietario del fondo sirviente debe mantener en buen estado la columna o el muro en que se apoya el fondo dominante. De observar es, no obstante, que si la solidez del apoyo interesa al fondo dominante, el apoyo mismo pertenece al fondo sirviente, y no es razonable que el propietario de aquél repare a sus expensas una cosa que no es suya.<sup>15</sup> De otro lado, la obligación de restaurar no agota el contenido de la servidumbre, y aún más, ni siquiera atañe a lo que en éste hay de esencial. Lo esencial de la servidumbre es un *pati*, un tolerar que el vecino apoye su edificio en el nuestro. El deber de restaurar es una consecuencia particular y accesoria del ejercicio de la servidumbre, y no violenta el carácter fundamental de ésta.
- f) La servidumbre es indivisible, porque indivisible es la situación jurídica que la misma entraña.<sup>16</sup> No puede constituirse por fracciones en el caso de condominio.<sup>17</sup> Es lógico, por el contrario, que se conserve entera cuando el propietario de un fondo adquiere una cuota de condominio sobre otro fondo.<sup>18</sup> Si el fondo dominante o el fondo sirviente es dividido, el derecho a la obligación de servidumbre corresponde por entero a cada una de las partes resultantes de la división —multiplicación o refracción de la servidumbre.<sup>19</sup> Los coherederos se obligan por el total —*in solidum*— en el caso del legado de servidumbre.<sup>20</sup>
- g) El derecho de servidumbre no es enajenable: al propietario del fondo dominante no le es permitido, en el Derecho clásico, dar en usufructo, prenda o arrendamiento la servidumbre de que es titular.<sup>21</sup>

## § 75. Tipos de servidumbres

Las más antiguas servidumbres son las de paso —*iter, actus, via*— y acueducto —*aquae ductus*—<sup>22</sup> que aparecen englobadas en la categoría de las *res mancipi*. Estas cuatro servidumbres se agrupan después bajo la denominación de *servitutes praediorum rusticorum*, para distinguirlas de otras servidumbres prediales que surgen progresivamente y se llaman *servitutes praediorum urbanorum*.

Cuestión de gran importancia es la relativa al origen de las servidumbres. Se ha dicho, entre otras cosas, que su raíz primera está en los juicios divisorios;<sup>23</sup> que el sendero y el acueducto primitivos son objeto de dominio;<sup>24</sup> que sobre el sendero y el acueducto se da un concurso de propiedad.<sup>25</sup> Por nuestra parte, creemos que la constitución de las primitivas servidumbres rústicas entraña el desarrollo de una actividad positiva del propietario del fundo dominante sobre el fundo sirviente. Es la misma soberanía del *mancipium* la que se manifiesta y se prolonga más allá de sus límites normales,<sup>26</sup> sin que ello autorice a pensar que en momento alguno rigiera para las servidumbres la noción de propiedad.

Las servidumbres se distinguen en *rústicas* y *urbanas*.<sup>27</sup> El criterio distintivo se basa en la naturaleza propia de las servidumbres: son rústicas las que tienen por finalidad el disfrute económico de un fundo; urbanas, las establecidas para provecho o comodidad de los edificios.<sup>28</sup>

Servidumbres rústicas son, en primer término, las cuatro más antiguas, es decir, las tres de paso —*via*, *iter*, *actus*— y la de acueducto —*aquae ductus*. La *via*—un sendero de ocho pies en la línea recta y de dieciséis en las curvas<sup>29</sup>— permite conducir ganado y carros, así como transportar materiales.<sup>30</sup> El *iter* permite el tránsito a pie o a caballo, en silla gestatoria o en litera. El *actus* autoriza a conducir —*agere*— el ganado. La *via* es la suma del *iter* y del *actus*, de modo que quien tiene aquella tiene éstos. Quien tiene el *actus*, tiene el *iter*, pero limitado a la necesidad de acompañar —de conducir y guiar— al ganado —*iter cum iumento*. Solo el Derecho justiniano atribuye el *iter*, en su plenitud, al titular de la servidumbre de *actus*.<sup>31</sup>

La *servitus aquae ductus*<sup>32</sup> implica el derecho de conducir agua —*perennis o viva*— a través de un fundo ajeno,<sup>33</sup> o bien de hacerla derivar del mismo.<sup>34</sup>

Otras servidumbres rústicas son: la de toma de aguas —*servitus aquae haustus*<sup>35</sup>—; la de abrevadero —*servitus pecoris ad aquam appellendi o adpulsus*—; las de cocer cal —*servitus calcis coquendae*—, extraer greda —*servitus cretae exhimendae*— o arena —*servitus harenae fodiendae*— del fundo sirviente para atender a las necesidades del fundo dominante, y no para fines industriales.

Entre las servidumbres urbanas tenemos las siguientes:

- a) La de vertiente de aguas de lluvia desde el propio tejado, de modo natural —*servitus stillicidii*— o por conductos o canalones —*servitus fluminis*—; la de desagüe mediante tuberías o canales —*servitus cloacae*.
- b) La de apoyo de viga —*servitus tigni immittendi*—; la de apoyo de muro —*servitus oneris ferendi*—; la de avanzar sobre el fundo vecino los balcones, galerías y tejados —*servitus proiciendi protegendive*.
- c) La que prohíbe elevar el edificio sobrepasando cierta altura —*servi-*

*tus alius non tollendi*—; las que impiden que el vecino prive a nuestro edificio de luces —*servitus ne luminibus officiatur*<sup>36</sup>— o de vistas —*servitus ne prospectui officiatur*—; la que autoriza a abrir ventanas sobre el terreno del vecino para tener luces —*servitus luminum*.<sup>37</sup>

## § 76. Constitución de las servidumbres

En orden a la constitución de las servidumbres, hay que distinguir entre Derecho clásico y Derecho posclásico y justiniano.

A) *Derecho clásico*. — La época clásica no conoce otros modos de *constitución* de las servidumbres que los sancionados por el Derecho civil,<sup>38</sup> a saber:

- a) Por *mancipatio e in iure cessio*. La primera se aplica a las cuatro antiguas servidumbres rústicas, que son *res Mancipi*,<sup>39</sup> la segunda, a toda clase de servidumbres.
- b) Por reserva de la servidumbre al efectuarse la enajenación de una cosa mediante *mancipatio* o *in iure cessio*.<sup>40</sup>
- c) Por *legado* (§ 178). El *legatum per vindicationem*<sup>41</sup> atribuye la servidumbre al legatario desde el momento mismo de la aceptación de la herencia.<sup>42</sup>
- d) Por *adiudicatio*, en los juicios divisorios.<sup>43</sup>
- e) Por *usucapio*. Según nos dice Paulo,<sup>44</sup> en el Derecho antiguo era posible la adquisición de las servidumbres mediante usucapión. Tal posibilidad, efectiva hasta la *lex Scribonia*,<sup>45</sup> debió referirse a las cuatro primitivas servidumbres rústicas, englobadas en la categoría de las *res Mancipi*. Las servidumbres constituían entonces casos típicos de *usus*. El concepto de *usus* (§ 65), más amplio que el de *possessio*, que luego le sustituyó, entrañaba el ejercicio de un poder: «poder de uso». Sustituido el *usus* por la *possessio*, y concebidas las servidumbres como *res incorporales*, ya no fue posible la usucapión. En este momento, no se pudo usucapir más que *possidendo*.<sup>46</sup>

*Mancipatio e in iure cessio* no se aplican a los fundos provinciales, que solo son susceptibles de *possessio* por los particulares. La finalidad de las servidumbres se logra allí mediante pactos acompañados de estipulaciones — *pactionibus et stipulationibus*.<sup>47</sup>

B) *Derecho justiniano*. — La constitución de las servidumbres tiene lugar por modos no formales. Tales son:

- a) La *pactio atque stipulatio*. Desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, así como la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, éste es el modo general para la constitución de toda clase de servidumbres —prediales y personales.<sup>48</sup>
- b) La *adiudicatio*, el legado (§ 178) y la *deductio*. Ésta se verifica al entregarse, sin formalidad alguna, la cosa que se enajena.
- c) La *patientia*, esto es, una *quasi traditio* que se sustancia en tolerar el ejercicio de la servidumbre, con la intención —declarada<sup>49</sup>— de atribuir la titularidad.<sup>50</sup>
- d) Por el *diuturnus usus* o la *vetustas*,<sup>51</sup> es decir, por el ejercicio de la servidumbre desde tiempo inmemorial. Sobrevive aquí un principio que ya regía en el Derecho clásico, cuando menos en la *servitus aquae ductus* y en la *servitus altius non tollendi*,<sup>52</sup> cuya constitución en tal forma se defendía por una *actio utilis*.
- e) Por prescripción. El Derecho justiniano reconoce la prescripción adquisitiva de las servidumbres rústicas, según las normas vigentes en materia de inmuebles.<sup>53</sup> En tal sentido, se exige la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. En el Derecho clásico solo pueden constituirse servidumbres mediante declaraciones de voluntad expresadas en formas solemnes. Una voluntad presunta o implícita nada significa. El Derecho justiniano admite, en ciertos supuestos, lo que hoy se llama constitución de la servidumbre por *destino del padre de familia*. No cabe hablar de servidumbre en el caso de que un propietario de dos fundos se sirva de uno para atender a las necesidades del otro, de acuerdo con el principio antes enunciado de que *nemini res sua servit*. Sin embargo, tal estado de servicio se transforma en servidumbre, jurídicamente reconocida, cuando los fundos pasan a ser de propietarios distintos, p. ej., a dos legatarios, o a un heredero y un legatario.<sup>54</sup>

## § 77. Extinción de las servidumbres

Las servidumbres se extinguen:

- a) Por pasar el fundo sirviente a la condición de *res extra commercium*.<sup>55</sup> En cambio, no se extingue la servidumbre cuando cambian las condiciones naturales del fundo. Según el Derecho justiniano, si tales cambios impiden el ejercicio de la servidumbre, queda ésta en situación de reposo, para extinguirse por *non usus*, a no ser que se restaure la vieja situación antes de que se cumpla el término legal de la prescripción.<sup>56</sup>
- b) Por demolición del edificio dominante, salvo que se haga para volver a levantarlo: *ut eadem specie et qualitate reponatur*.<sup>57</sup> También por la demolición del edificio sirviente.<sup>58</sup>



Las servidumbres se hallan también protegidas por los interdictos.<sup>74</sup> La protección no tiene en cuenta su existencia, sino la relación de hecho que media entre dos fundos, y cuyo contenido material es el propio de las servidumbres.

## § 79. Usufructo y derechos análogos

### I. Usufructo

Usufructo —*usus fructus*— es el derecho de usar y disfrutar la cosa ajena, salvando su sustancia: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.<sup>75</sup>

El usufructo aparece más tarde que las servidumbres. Posiblemente hacia finales del siglo III a. de C. , cuando entra en quiebra la vieja concepción familiar y se difunde el matrimonio «libre» —*sine manu*. Su nacimiento responde a la necesidad de dejar a la viuda lo necesario para seguir viviendo en la forma que lo hiciera antes de morir el marido, y sin que, por otra parte, se la nombre heredera en perjuicio de los hijos. Tiene, pues, carácter alimenticio, si esto se entiende en un amplio sentido.<sup>76</sup>

Propiedad y usufructo han sido siempre dos categorías jurídicas distintas.<sup>77</sup> Nunca fueron concebidos como poderes cualitativamente iguales, y solo cuantitativamente diferentes. No se trata de un poder mayor que otro poder, sino de poderes por esencia distintos. Donde está uno no está otro: la exclusión es recíproca.<sup>78</sup> Desde el punto de vista jurídico, la noción de propiedad es unitaria: *plena in re potestas*. La propiedad no es la suma de las facultades que entraña, sino una *qualitas* distinta de las mismas. El derecho concedido al usufructuario limita la *plena potestas* del propietario, pero no cabe decir que lo que se da al primero —en lo jurídico, no en lo económico— se identifica con lo que se quita al segundo. El nombre de usufructo sirve para designar una categoría jurídica específica, una figura autónoma, un derecho existente por sí mismo, y es menester considerarlo, no solo desde el punto de vista de la facultad que implica, sino también de las obligaciones y limitaciones que atañen al usufructuario. El usufructuario tiene el *uti frui* —entidad jurídica unitaria—; el propietario tiene normalmente el *uti* y el *frui*, pero no es, en sentido técnico, usufructuario. Los deberes y limitaciones del usufructuario chocan siempre con los aspectos activos o pasivos del derecho de propiedad. No hay una sola facultad que el propietario no ejercite como propietario, y cualquier facultad ejercitada por un tercero deriva de un derecho de propia razón. El usufructo recae sobre una cosa ajena, y es bien sabido que se extingue por consolidación, tanto si el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, cuanto si el usufructo es transferido al dueño de la misma. Consolidado el usufructo, no se dirá que el nudo propietario se convierte en usufructuario de la propia cosa.

El usufructo fue siempre, en Derecho, un derecho sobre cosa ajena. El usufructo absorbe el mayor contenido económico de la propiedad —y por esto se

llama *nuda*—; pero los juristas romanos, aun presuponiendo tal realidad, la excluyen de su exposición científica. Los juristas romanos aproximan, en ciertos casos y bajo ciertas razones, el usufructo a la propiedad, pero no porque entre en consideración lo económico. La verdad es que ellos aíslan o separan los elementos jurídicos de los elementos prácticos. Comoquiera que sea, la esencia jurídica del usufructo no coincide con la esencia jurídica de la propiedad. Nos olvidamos con frecuencia de que el usufructo es un derecho estrictamente personal. Nos olvidamos de que el Derecho antiguo no funde o confunde el elemento real y el elemento obligatorio. ¿Por qué exige para el primero la *in iure cessio* y para el segundo la *cautio usufructuaria*?

La idea de que el usufructo es una propiedad funcionalmente enderezada al disfrute de la cosa, no se concilia con el carácter temporal del mismo. Por otro lado, el usufructo limita la *plena potestas*, pero a su vez se dan en él obligaciones y limitaciones que no existen normalmente en la propiedad. Y en fin, si el usufructo es propiedad de los frutos, ¿qué haremos con el *uti*? Aunque mucho nos esforcemos, no podremos negar que propiedad y usufructo surgen a la vida del Derecho por obra de una técnica distinta.<sup>79</sup>

Sujeto del derecho de usufructo puede ser tanto una persona física,<sup>80</sup> cuanto una persona jurídica.<sup>81</sup> Tal sujeto se llama *fructuarius* o *usufructuarius*, mientras el nombre de *dominus proprietatis* o *propriarius* se reserva al dueño de la cosa.

Objeto del usufructo solo pueden ser las cosas inconsumibles, sean muebles o inmuebles, animadas o inanimadas.

El usufructuario tiene el *uti frui*. Con esta terminología se expresa un concepto unitario; no se individualiza el *uti*, que es necesario para el *frui*: *fructus sine usu esse non possunt*.<sup>82</sup> El usufructuario puede usar y disfrutar de la cosa ajena, pero sin alterar su esencia y destino, aunque la alteración implique mejora o beneficio. El usufructo caduca, por ejemplo, si el usufructuario transforma en viñedo una tierra de labranza.

El Derecho posclásico amplía los poderes del usufructuario, respondiendo a la necesidad de fomentar, en momento de crisis económica, el cultivo de la tierra.<sup>83</sup> En la última época se concede al usufructuario la facultad de mejorar la *substantia* de la cosa,<sup>84</sup> de hacer excavaciones mineras,<sup>85</sup> de abrir nuevas luces en la casa.<sup>86</sup>

El derecho de usufructo se ciñe al uso y disfrute de la cosa tal cual es en el momento de su constitución. Ni continúa ejerciéndose, p. ej., sobre el solar de la casa derruida, ni se extiende a la isla nacida en el río, o a la mitad del tesoro descubierto en el fundo.

El usufructuario hace suyos los frutos naturales y civiles de la cosa: los primeros, por «percepción»;<sup>87</sup> los segundos, día por día.<sup>88</sup> Entre los frutos se cuentan las crías de los animales, pero no los partos de la esclava, que pertenecen al propietario. El usufructo de una casa faculta para habitarla, así como para darla en arrendamiento y hacer propia la merced correspondiente.



## CAPÍTULO VI

# ENFITEUSIS Y SUPERFICIE

### § 80. Enfiteusis

En la época justiniana, la enfiteusis es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye un poder prácticamente análogo al de la propiedad, pero sobre una cosa ajena, mediante el pago de un canon por años. La enfiteusis —εμφύτευσις = hacer plantaciones— es una institución del mundo griego, aun cuando su contenido esencial tiene antecedentes en las concesiones de terrenos del Estado o de otros entes públicos —*ager vectigalis*— hechas a los particulares —*ius in agro vectigali*.<sup>1</sup>

Los terrenos del Estado y de las comunidades a él sometidas —*coloniae, municipia*— solían ser concedidos a los particulares, bajo la obligación de pagar un canon anual —*vectigal*.<sup>2</sup> De mediar tal pago, viene la inclinación de algunos juristas a considerar la concesión como arrendamiento; en cambio, la perpetuidad de la pertenencia, o su larga duración —por ejemplo, cien años—, mueve a otros a pensar en la compraventa. Discutido el problema en tales términos, llega a prevalecer, según refiere Gayo, la primera opinión, al considerarse que se trataba más bien de un arrendamiento<sup>3</sup>. Sin embargo, esta relación jurídica adquiere eficacia real, y no simplemente obligacional, cuando el Pretor otorga al concesionario una *actio in rem* análoga a la *rei vindicatio*.<sup>4</sup> Mientras es satisfecho el *vectigal*, no se puede quitar el predio ni al mismo concesionario ni a sus herederos.<sup>5</sup> El derecho que atribuye la concesión es susceptible de enajenación.

Según el testimonio que nos ofrecen varias inscripciones y papiros grecoegipcios, la administración imperial concedía a los particulares, en arriendo de larga duración, grandes extensiones de terreno inculto —*saltus*. Regulada por la *lex saltus*, que dicta el emperador, la concesión atribuye una pertenencia designada con diferentes expresiones que vendrían a patentizar su naturaleza de carácter real<sup>6</sup>. La práctica de tales contratos agrarios se generaliza a partir de Constantino, quizá como consecuencia de

las grandes confiscaciones llevadas a cabo por los instauradores del Cristianismo.

Junto a esta figura de arriendo de larga duración, que recibe el nombre de *ius emphyteuticum* y se constituye sobre los *fundi patrimoniales*, aparece el *ius perpetuum*, establecido sobre los *fundi rei privatae* —patrimonio del Fisco como tal. El *ius emphyteuticum* es temporal, mientras el *ius perpetuum* es ilimitado. El *perpetuarius* tiene la consideración de *dominus fundi*,<sup>7</sup> y solo puede ser privado de la finca por disposición especial del emperador.<sup>8</sup> En el siglo v, las dos figuras se funden y confunden, para hablarse únicamente de *ius emphyteuticum* o *emphyteusis*. La institución se extiende a los terrenos de las ciudades y de las corporaciones —de las Iglesias, sobre todo—, y acaba por implantarse en orden a las fincas privadas.

De la misma manera que los clásicos discutían acerca de la naturaleza del *ius in agro vectigali*, se discute ahora sobre la calificación jurídica que debe otorgarse al *ius emphyteuticum*. Desde el punto de vista práctico, la disputa se centra en la disciplina del *periculum*, esto es, de la carga del riesgo en el caso de que la productividad del fundo se vea impedida o aminorada por causa de fuerza mayor. Si se decide que la concesión implica una venta, el riesgo corre a cargo del concesionario; si se considera que es arriendo, pesa sobre el concedente. El emperador Zenón resuelve el problema, al definir el negocio constitutivo como un contrato *sui generis*, distinto de la venta y del arrendamiento.<sup>9</sup> No mediando pacto en contrario, la destrucción total de la producción redundaría en perjuicio del dueño; y cuando solo sea de una parte, afecta al enfiteuta, que no se libera del pago íntegro del canon.

Dentro del régimen justiniano, el enfiteuta tiene derecho al pleno goce del fundo. Hace suyos los frutos naturales —que adquiere por «separación»—, así como los demás rendimientos de la cosa. Puede mejorar la finca, adquirir y constituir servidumbre a favor y en contra de la misma, conceder el derecho en hipoteca, enajenarlo por acto *inter vivos* y transmitirlo *mortis causa*.

Deberes del enfiteuta son: pagar el canon anual; no deteriorar el fundo;<sup>10</sup> soportar las cargas o tributos que graven sobre éste; notificar al propietario su propósito de enajenar el *ius emphyteuticum*, para que haga uso, si quiere, del derecho de preferencia —*ius praelationis*, *ius προτιμήσεως*— frente a cualquier tercero adquirente. El incumplimiento de tales deberes —en orden al pago, si se trata de la falta de abono durante tres años—, faculta al propietario para despojar al enfiteuta de su derecho.

Cuando el propietario no usa el derecho de preferencia, en caso de enajenación del *ius emphyteuticum*, percibe el 2 por 100 del precio pagado por el nuevo enfiteuta. Si la transferencia es a título gratuito, el montante de esta especie de tributo, llamado por los juristas medievales *laudemium* —de *laudare*, aprobar—, se cifra en el valor de la enfiteusis.<sup>11</sup> El enfiteuta tiene a su favor las acciones protectoras de la propiedad, que le son concedidas con el carácter de *utiles*.

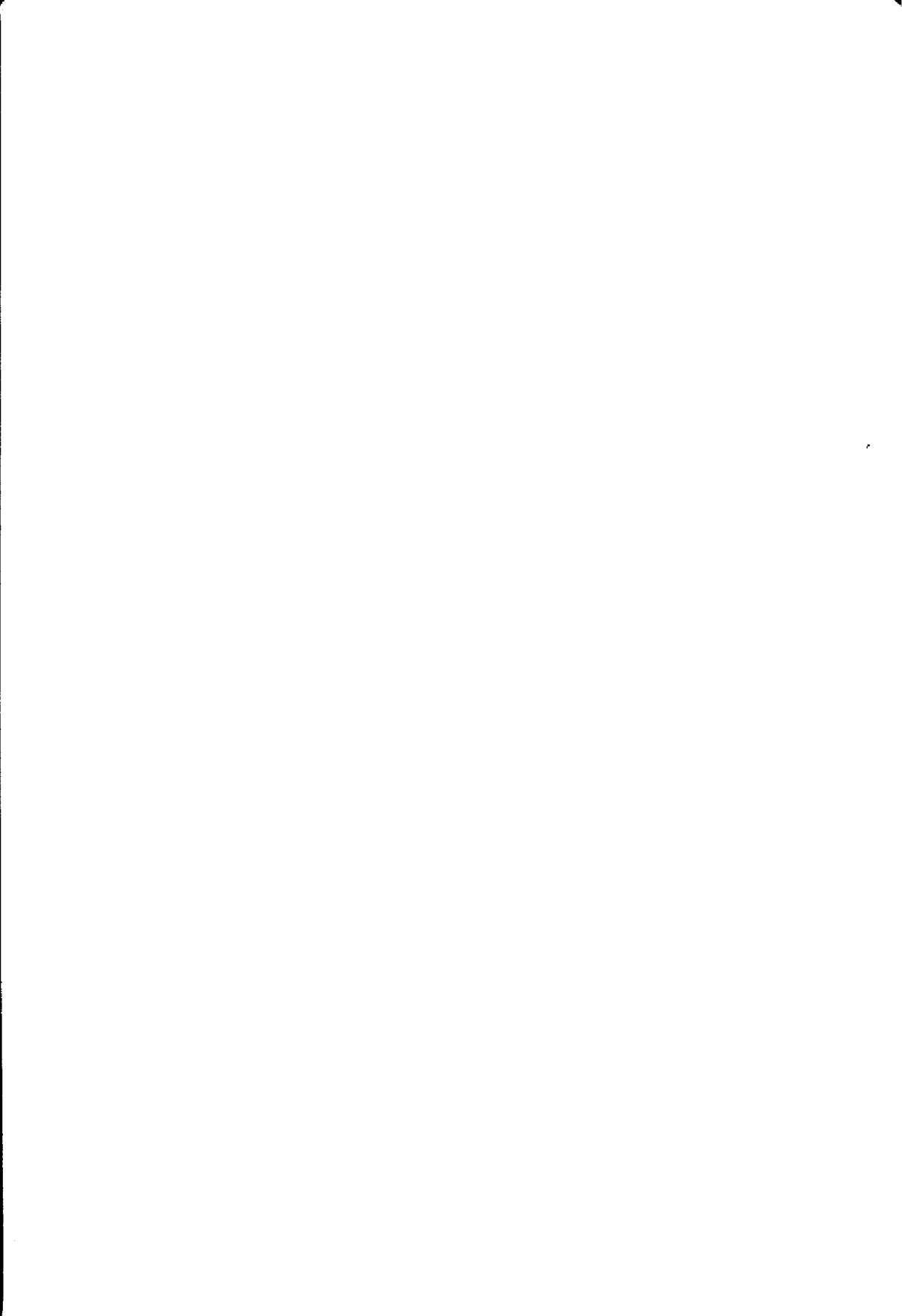
## § 81. Superficie<sup>12</sup>

«Superficie» es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que otorga al titular —superficiario— el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado *pensio* o *solarium*. Según los principios de la «accesión», lo que se edifica en suelo de otro cede o accede a la propiedad del dueño del suelo: *superficies solo cedit*<sup>13</sup>. Sin embargo, sentida la necesidad de construir en suelo público, se permitió a los particulares levantar sobre él edificios, otorgándoles el goce de los mismos a cambio de un canon por años. Famosas son las concesiones hechas por los magistrados a los banqueros —*argentarii*— para construir en el foro despachos —*tabernae*— donde ejercer su actividad,<sup>14</sup> con la facultad de destruirlas, así como de transmitir a otros el derecho al goce de las mismas.<sup>15</sup> Nada sabemos con exactitud acerca del régimen jurídico que sirve de base a tales concesiones, si bien no se excluye la posibilidad de que la relación se constituyese mediante un arrendamiento de Derecho público, y que el concesionario se hallase asistido por el interdicto de disfrute de suelo público—*interdictum de loco publico fruendo*. Sea como fuere, es lo cierto que esta práctica se extendió después a los municipios, y en último término, a los sujetos privados. Es en este momento cuando la institución adquiere figura autónoma, constituyéndose casi siempre por arrendamiento.<sup>16</sup>

El *dominus soli* permite la edificación, y el constructor —*inquilinus, conductor*— adquiere el derecho a su goce.

El derecho así establecido es enajenable y transmisible a los herederos, como puede también ser concedido en prenda y gravado o beneficiado por el titular con servidumbres. Dado que entraña una relación contractual, solo vincula a las partes, y su sanción se logra por la *actio* del propio negocio —*actio conducti*, si se trata de arrendamiento. La protección frente a terceros es conferida por el Pretor, mediante el *interdictum de superficibus*<sup>17</sup> el cual, estando modelado a imagen del *uti possidetis*, da la victoria al *inquilinus o conductor* de la *superficies* que se encuentre en su disfrute *nec vi nec clam nec precario* respecto del adversario.

En el Derecho justiniano culmina un proceso que, iniciado quizás en la época posclásica, consagra la *superficies* como derecho real. El superficiario tiene a su favor la *actio in rem*,<sup>18</sup> así como todos los recursos normalmente otorgados a los propietarios. A la inversa, se dan contra él los recursos que de ordinario se conceden a los propietarios.



## CAPÍTULO VII

# DERECHOS REALES DE GARANTÍA: PRENDA E HIPOTECA<sup>1</sup>

### § 82. Introducción

La propiedad sirve como medio de garantía adosado a una obligación personal. Cabe, en efecto, asegurar la satisfacción de un crédito, sujetando la cosa de propiedad a la acción directa del acreedor —*obligatio rei, res obligata*. A este fin se enderezan la prenda y la hipoteca, «derechos reales de garantía» reconocidos por el Derecho pretorio.

Aparecidas tardíamente la prenda y la hipoteca, las funciones de garantía del crédito eran cumplidas, en un primer momento, por la enajenación aseguratoria o *fiducia cum creditore contracta*.

A los ojos de un hombre moderno, el sistema romano de garantías reales se muestra quebradizo por doquiera: derechos pignoratícios constituidos por simple convención; hipotecas privadas sobre todos los bienes —presentes y futuros— de una persona; hipotecas legales de carácter también general; hipotecas privilegiadas. Sistema complejo y peligroso, puesto que falta la seguridad que ofrece la publicidad, o, aun existiendo —*pignus publicum* o *quasi publicum* del emperador León—, puede ser destruida por el privilegio. Es de advertir, sin embargo, que la hipoteca no tenía en el mundo romano una función económica comparable a la moderna, siendo menos sentida, por consiguiente, la carencia de una tutela para el acreedor hipotecario de buena fe. Por otra parte, el romano encuentra en las garantías personales todas las seguridades que nacen de la fidelidad. Para el amigo, el hacerse fiador es algo que forma parte del *officium*.<sup>2</sup>

### § 83. Fiducia<sup>3</sup>

Por la *fiducia* —negocio con un campo de aplicación muy amplio—, el deudor enajena una cosa al acreedor, a través de *mancipatio* o *in iure cessio*,



y con fines de garantía —*fiducia cum creditore pignoris iure*. A la transmisión se une un convenio de fidelidad —*fiducia*— que obliga a la restitución de la cosa una vez satisfecha la deuda —*lex pactum, pactum conventum, o pactum fiduciae*, como dicen los modernos. En virtud de tal convenio, el deudor se halla asistido por la *actio fiduciae*<sup>4</sup>, acción personal con finalidad restitutoria.

Transmitida la propiedad civil al acreedor, sin embargo la cosa suele quedar en posesión del deudor. Y por la posesión continuada durante un año, incluso tratándose de bienes inmuebles,<sup>5</sup> recupera el deudor la propiedad —*usureceptio ex fiducia*. Cabalmente, para evitar el efecto de tal usucapión extraordinaria —anómala—, la cosa es dejada al deudor a título de arrendamiento o de precario.

Convencionalmente puede ponerse también en juego la cláusula comisorria —*lex commissoria*<sup>6</sup>—, a tenor de la cual si el deudor no paga a tiempo, el acreedor conserva la cosa en su patrimonio, cobrándose así el crédito no satisfecho.

El acreedor está facultado para vender la cosa, sin necesidad de especial autorización, pero se expone a ser condenado como consecuencia del ejercicio de la *actio fiduciae* luego de ser abonada la deuda. No prospera la *actio fiduciae* cuando el acreedor ha sido autorizado mediante pacto para vender —*pactum de vendendo*—, si bien entonces tiene derecho el deudor a la diferencia entre el precio de la venta y el importe de la deuda no pagada —*superfluum*.<sup>7</sup>

La *fiducia* ofrece condiciones muy ventajosas para el acreedor. No así para el deudor, que se ve privado de la propiedad de la cosa —y de sus productos, si es fructífera—, y no tiene más que una acción personal para pedir la restitución. El acreedor, como dueño de la cosa, puede enajenarla a un tercero, y si tal hace, la *actio fiduciae* solo proporciona una indemnización por incumplimiento del deber de fidelidad naciente del *pactum*. En todo caso, la cosa queda en el dominio del tercero.

#### § 84. «Pignus»

Ya en el antiguo Derecho romano se acostumbraba entregar una cosa mueble —*datio pignoris*— con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación. Se trataba de una relación de hecho y, consiguientemente, no amparada por una acción judicial. La relación de hecho se convierte en relación jurídica a finales de la República, cuando el Edicto del Pretor reconoce y protege al acreedor como poseedor interdictal, a la vez que otorga una acción a favor del deudor, o de quien entrega la cosa por él, para pedir la restitución, luego que la deuda ha sido satisfecha. La propiedad —o la posesión *ad usucapionem*— continúa vinculada al pignorante, no procurando al acreedor otro beneficio que el de retener la cosa mientras no sea saldada la deuda, a

no ser que, por virtud de cláusulas especiales, se le confieran facultades más amplias. Tales cláusulas son las siguientes:

- a) *Lex commissoria* o convenio que otorga al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa pignorada en el caso de no ser pagada la deuda. El pacto de comiso, favorecedor de las prácticas usurarias — el valor de la cosa suele ser muy superior al del crédito que se garantiza—, fue declarado nulo por Constantino.<sup>8</sup>
- b) *Pactum de distrahendo pignore*, que autoriza al acreedor para vender la cosa y pagarse con el precio, cuando la deuda no es satisfecha. A finales del s. II d. C., el *ius distrahendi* se considera querido por las partes, aun cuando nada se haya pactado sobre el particular, convirtiéndose en el s. IV en elemento natural de la prenda. Justiniano establece que el pacto *de non distrahendo pignore* produce el solo efecto de obligar al acreedor a que por tres veces invite al deudor a pagar, antes de realizar la venta.

### § 85. «Hypotheca»

Junto a la entrega de una cosa en prenda —prenda manual o *datio pignoris*— existe en el Derecho romano otra forma de garantía que puede constituirse por el simple acuerdo —*conventio*— entre acreedor y deudor, es decir, sin traslado o desplazamiento posesorio. Tal es el *pignus conventum*, designado también con el término griego *hypotheca*.<sup>9</sup>

El origen, o cuando menos el precedente romano de la hipoteca, suele verse en la convención celebrada entre el arrendador y el arrendatario de una finca rústica a fin de que el ganado, los esclavos, los aperos de labranza, etc. —*invecta et illata*<sup>10</sup>— que el arrendatario introdujera en la finca para atender a su cultivo respondiesen del pago de la renta. No sabemos, sin embargo, hasta qué punto puede hablarse aquí de un «derecho pignoraticio sin posesión», ya que la primera protección otorgada al arrendador, mediante un *interdictum Salvianum*,<sup>11</sup> se traduce en la facultad de *retener la posesión*, y esto tanto significa como que la prenda no se constituye por la simple convención, sino por la efectiva introducción de los objetos e instrumentos en la finca. Solo en época posterior el *interdictum Salvianum* se configura como interdicto para *obtener la posesión* —*adipiscendae possessionis*.<sup>12</sup>

El *interdictum Salvianum* únicamente facultaba al arrendador para ocupar las cosas que estuvieran en poder del arrendatario, pero una *actio Serviana*<sup>13</sup>, creada después, le permitió reclamar de todo tercero los *invecta et illata*. Quizás antes de la redacción del Edicto perpetuo por Salvio Juliano, tal *actio* fue extendida —bajo la denominación de *actio quasi Serviana*,<sup>14</sup> *hypothecaria* o *pignoratitia in rem*— a favor de todos los acreedores que hubiesen

hecho con sus deudores un convenio, análogo al de arrendamiento de fincas rústicas, para garantizar un crédito cualquiera.

Prenda e hipoteca se diferencian en orden a la posesión, llamándose propiamente prenda la que pasa a manos del acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión<sup>15</sup>. Pese a tal diferencia, las consecuencias jurídicas de ambas figuras, reflejadas en el régimen procesal, son las mismas. En tal sentido se dice que entre la prenda y la hipoteca la diferencia está solo en la denominación.<sup>16</sup> Bajo el nombre genérico de prenda —*pignus*— nos referiremos de aquí en adelante a una y otra modalidad.

### § 86. Constitución del «*pignus*»

El *pignus* puede constituirse:

- a) Por convención. Es suficiente el simple convenio, ya que se trata de una institución pretoria. La hipoteca puede también constituirse por acto de última voluntad —legado, fideicomiso. Es menester que la cosa se encuentre *in bonis* del propietario,<sup>17</sup> o bien del tercero que tiene sobre ella un derecho real —enfiteusis, superficie— que le faculta para gravarla.
- b) Por disposición de la autoridad —*pignus ex causa iudicati solvi, missio in possessionem, pignus praetorium*—, según los principios de la ejecución forzosa.<sup>18</sup>
- c) Por disposición de la ley —*pignus tacitum, legale*. Puede afectar a objetos concretos del deudor, denominada prenda legal especial, o a todo su patrimonio, hablándose entonces de prenda legal general.

Casos clásicos de prenda legal especial, son los siguientes: 1º. Del arrendador de una casa o predio urbano sobre los *invecta et illata* del inquilino.<sup>19</sup> 2º. Del arrendador de una finca rústica sobre los frutos de la misma.<sup>20</sup> 3º. Del mutuante sobre el edificio para cuya reconstrucción ha entregado sumas.<sup>21</sup> 4º. Del pupilo sobre la cosa comprada con su dinero —pero no en su nombre— por el tutor o por un tercero.<sup>22</sup> 5º. Justiniano introduce una prenda legal a favor de legatario o fideicomisario singular, sobre todas las cosas que ha conseguido de la herencia del gravado.<sup>23</sup>

Frecuentes son en la época posclásica las prendas legales generales. Entre ellas tenemos: 1º. La del Fisco, por los créditos derivados de impuestos y contratos.<sup>24</sup> 2º. Las del pupilo, del que sufre enajenación mental y del menor sobre los bienes del tutor y del curador.<sup>25</sup> 3º. La de la mujer sobre el patrimonio del marido, en garantía de la devolución de la dote,<sup>26</sup> de los bienes parafernales (§ 135, II), confiados al mismo en administración,<sup>27</sup> y de la *donatio propter nuptias*.<sup>28</sup> 4º. La de los hijos sobre los bienes del padre, como garantía de lo que han adquirido directamente de la madre o de los

ascendientes maternos,<sup>29</sup> y, además, y para aseguramiento de los lucros nupciales (§ 130, V), sobre el patrimonio del padre o de la madre, cuando cualquiera de ellos contrae segundo matrimonio.<sup>30</sup> 5º. La del marido sobre el patrimonio del que le ha prometido una dote.<sup>31</sup> 6º. La de la persona que tiene derecho a reclamar el legado que se dejó a un cónyuge viudo bajo la condición de no pasar a segundas nupcias, sobre el patrimonio del mismo, para el caso de que incumpla la condición.<sup>32</sup> 7º. La de las iglesias sobre el patrimonio de sus enfiteutas, por los créditos derivados de deterioros en los fundos.<sup>33</sup>

### § 87. Objeto del «pignus»

Objeto de prenda e hipoteca solo puede ser una cosa enajenable,<sup>34</sup> corporal o incorporal. En la época clásica se admite que el titular de una concesión de suelo público —*ius in agro vectigali*— constituya hipoteca, pero ésta recae sobre el suelo —*praedium vectigale*—, en los límites del derecho atribuido al constituyente.<sup>35</sup> La legislación justiniana considera susceptible de prenda el usufructo,<sup>36</sup> las servidumbres rústicas<sup>37</sup> y la superficie,<sup>38</sup> entendiendo que lo que se empeña es el derecho real, la cosa incorporal.

Objeto de prenda pueden ser también un crédito —*pignus nominis*<sup>39</sup>— y el mismo derecho de prenda —*pignus pignori datum* o *subpignus*.<sup>40</sup>

La prenda puede recaer sobre una universalidad de cosas, como un rebaño,<sup>41</sup> o sobre una suma de cosas, como un almacén de mercancías<sup>42</sup> y también sobre un entero patrimonio,<sup>43</sup> afectando a los objetos que sucesivamente se incorporan a éste.

Es susceptible de empeño una parte de cosa —cuota de condominio. Si la cosa se divide, el derecho de prenda afecta a todas las partes divididas, en proporción a la cuota.

Finalmente, pueden constituirse en prenda los frutos y cosas futuras.<sup>44</sup>

### § 88. Contenido del derecho de prenda

El acreedor pignoraticio tiene el *ius possidendi* y el *ius distrahendi*. El *ius possidendi* se realiza en distinto momento, según se trate de *pignus datum* —prenda manual, *pignus* en sentido estricto— o de *pignus obligatum* o *pignus conventum* —hipoteca. En el último caso, el derecho a poseer la cosa se tiene tan solo cuando la deuda no ha sido satisfecha. El derecho del acreedor pignoraticio es real y, por tanto, puede hacerse valer contra todo tercero que posea o detente la cosa.

Dado que la prenda se constituye por la sola razón de garantía, el acreedor pignoraticio no puede usar la cosa, so pena de cometer *furtum*.

Si el objeto empeñado produce frutos, cabe convenir que el acreedor los perciba en lugar de los intereses —*antichresis*.<sup>45</sup> Cuando el acreedor pignora-

ticio percibe los frutos, pero sin que haya mediado tal convenio, el valor de los mismos se aplica, en primer término, al pago de los intereses, y después, al de la deuda principal, correspondiendo al deudor el eventual excedente.<sup>46</sup>

Frecuente es el pacto de comiso —*lex commissoria*<sup>47</sup>—, por virtud del cual el acreedor puede cobrarse con la cosa cuando la deuda no es pagada. Tal pacto fue prohibido por Constantino.<sup>48</sup>

Usual es también el pacto *de distrahendo pignore*<sup>49</sup> que faculta al acreedor para vender la cosa y pagarse con el precio, entregando el exceso —*superfluum*<sup>50</sup>— al deudor. Tal pacto llega a convertirse, según dijimos antes, en un elemento natural de la prenda. Aun mediando un *pactum de non distrahendo pignore*, es dable la enajenación, si el deudor no paga tras la triple notificación —*denuntiatio*<sup>51</sup>— del acreedor.

Si el acreedor no encuentra quien compre la cosa, puede pedir al emperador que le sea atribuida en su justo precio —*impetratio dominii*.<sup>52</sup> Todavía se concede al deudor la facultad de rescatarla, pagando la deuda, durante el curso de dos años.<sup>53</sup> A falta de rescate, el acreedor se convierte en propietario definitivo.

Cancelada la deuda, el deudor puede ejercitar la *actio pigneraticia in personam* para pedir la restitución de la cosa empeñada. El emperador Gordiano reconoció al acreedor la facultad de retenerla —*ius retentionis*—, hasta tanto fuese satisfecho por otros créditos no garantizados con prenda —*pignus Gordianum*.<sup>54</sup>

## § 89. Pluralidad de derechos de prenda sobre la misma cosa

La hipoteca —no la prenda manual o *datio pignoris*— puede constituirse a favor de sucesivos acreedores.<sup>55</sup> La posición de éstos puede ser de paridad o de disparidad. En el primer caso, rige el criterio de satisfacción por cuotas; en el segundo, se establece una primacía de rango, fundada en el tiempo, en el valor atribuido al documento de constitución o en el privilegio.

El derecho hipotecario primeramente constituido se considera preferente al posterior: *prior tempore potior iure*.<sup>56</sup> La facultad de vender corresponde al primer acreedor hipotecario; los posteriores solo pueden reclamar lo que queda después de cobrarse aquél su entero crédito.

El acreedor que es posterior en grado, tiene el *ius offerendi*, o sea, la facultad de ofrecer al acreedor —o a los acreedores— de rango preferente la satisfacción de su crédito. Tanto si el acreedor *prior* acepta la oferta, cuanto si la rechaza, el oferente se coloca en su grado.<sup>57</sup>

Aparte del *ius offerendi*, se da también una sucesión hipotecaria —*successio in locum*— en los siguientes casos: 1.º cuando el acreedor y el deudor que sustituyen el crédito hipotecario original por otro nuevo —novación—, acuerdan el tras-

paso del derecho pignoraticio, pero por lo que importa la deuda antigua, y siempre que acceda a ello el dueño de la cosa pignorada;<sup>58</sup> 2.º cuando el que da una cantidad al deudor hipotecario —p. ej., en mutuo— para que pague la deuda, se hace transmitir el derecho de prenda del acreedor satisfecho;<sup>59</sup> 3.º, cuando el que proporciona dinero al deudor para satisfacer la deuda, se hace transferir, de manos de éste, la propiedad de la cosa empeñada, colocándose en la misma posición del acreedor pagado;<sup>60</sup> 4.º, cuando el acreedor hipotecario que cede su crédito a un tercero, gratuita u onerosamente, le subroga en su derecho de hipoteca.<sup>61</sup>

La prioridad temporal sufre ciertas excepciones, fundadas en el privilegio o en el documento. Prioridad por privilegio se da a favor de los créditos del Fisco,<sup>62</sup> de la mujer por la restitución de la dote,<sup>63</sup> del que ha dado dinero para conservación o mejora de la cosa.<sup>64</sup> Prioridad documental es la establecida por el emperador León. La hipoteca constituida en documento público o en documento privado suscrito por tres testigos idóneos se antepone a cualquier otra.<sup>65</sup>

En resumen: la prioridad fundada en el privilegio o en el documento prevalece sobre la prioridad temporal, y sobre estas últimas prevalece la primera.

## § 90. Acciones

En el curso histórico del Derecho romano, el acreedor pignoraticio ha sido tutelado, según vimos antes, por varios medios: *interdictum Salvianum*, *actio Serviana*, *actio quasi Semana*, *pigneraticia in rem* o *hypothecaria*. La acción característica es la última, que puede ejercitarse contra el deudor y contra todo tercero. Aunque concebida *in factum*, se asemeja, bajo varios aspectos, a la acción reivindicatoria. Al igual que ésta, deja margen a un *arbitrium* —*actio* arbitraria.<sup>66</sup>

Dado el carácter accesorio del derecho pignoraticio, el deudor puede oponer al acreedor todas las excepciones valederas contra el crédito. El deudor de un mismo acreedor, por razón de una hipoteca general y de otra especial, puede exigir que se proceda contra los objetos concretos antes que contra la totalidad.<sup>61</sup> Asimismo, el poseedor de la cosa pignorada puede pedir que el actor se dirija primero contra el deudor principal y sus garantes o *fideiusores*.<sup>62</sup>

## § 91. Extinción del derecho de prenda

La prenda o hipoteca se extingue:

- a) Por las causas comunes a los derechos reales sobre cosa ajena: destrucción —y no simple transformación o restauración— de la cosa;<sup>69</sup>

renuncia, incluso tácita —por ejemplo, restituyendo al acreedor la cosa<sup>70</sup>—; confusión, o sea, coincidencia en una misma persona de la condición de acreedor pignoraticio y de propietario de la cosa empeñada.<sup>71</sup>

- b) Por la cancelación de la deuda,<sup>72</sup> en cualquier forma —pago, *datio in solutum*, *pactum de non petendo*, novación—, pero no por la *litis contestatio*. La deuda ha de ser satisfecha plenamente.<sup>73</sup>
- c) Por la venta que hace de la cosa el primer acreedor pignoraticio.<sup>74</sup> La prenda se extingue frente a él y frente a los demás acreedores. Éstos solo tienen derecho a lo que, después de satisfecho el acreedor anterior, queda de excedente.
- d) Por prescripción a favor del tercero que posee de buena fe y con justo título la cosa pignorada durante diez o veinte años, según se trate de presentes o de ausentes. Tal prescripción, de efecto adquisitivo en la época justiniana, puede hacerse valer contra el antiguo propietario y contra el acreedor pignoraticio.<sup>75</sup> El poseedor de buena fe, aun carente de justo título, adquiere la propiedad de la cosa pignorada, libre del gravamen, por el transcurso de treinta y cuarenta años.<sup>76</sup>

---

LIBRO TERCERO  
DERECHO DE OBLIGACIONES





## CAPÍTULO I

### CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OBLIGACIÓN

**I.** *Es afirmación corriente, y nada exenta de verdad, la de que el derecho de obligaciones representa la obra maestra de los romanos. Ciertamente, la aplicación de los juristas al servicio del comercio logra para éste una reglamentación tan variada como sutil, en justa respuesta a demandas sociales sucesivamente acrecidas. La lógica, hermanada con la intuición, no menos que con las exigencias de la buena fe y de la justicia timbrada por la equidad, despliega los más finos y asegurados recursos en pro de un tráfico económico-jurídico en aumento constante.*

*Enemigos, los romanos, de fantasear en materia que, a más de su viva dinámica, reclama soluciones bien fundadas, es lo cierto que el arsenal de casos con el que operan los juristas recibe el tratamiento más lógicamente conveniente a cada uno de ellos.*

*Pese a lo dicho, la línea de avanzada del derecho romano de obligaciones no fue llevada a grado tal de perfección, que pudiera reproducirse hoy, aunque solo fuera con relativa fidelidad. Pero ni esto debe extrañar, si resulta que situaciones sociales sujetas a mudanzas reclamadas por fuerzas progresoras, aunque no libres, a veces, de quebrantos y hasta de retrocesos, traen a convulsión el orden jurídico recibido. El avance social y económico favorece el mundo de la contratación, mientras horas de crisis contrarias a ese avance, como la sufrida durante el Imperio, afectan sensiblemente a las columnas del Derecho privado, y, en todo caso, entorpecen el bueno y fluido discurso de la contratación.*

*Lo que importa significar, de todas maneras, es que hoy subsisten los conceptos básicos en materia de libertad de las partes contratantes, condiciones de validez de los actos jurídicos, líneas generales en el régimen de contratación, estructuración fundamental de los contratos.<sup>1</sup>*

**II.** *La idea de «poder» —ligada a otras, y esto es, a la singular configuración de la familia y a la capacidad patrimonial, incardinada en el paterfamilias— otorga un significado especial a la obligatio.*

*Concebida la familia antigua como un agrupamiento compacto y autónomo, donde todo se somete al pater, donde solo éste goza de capacidad patrimonial, aunque sin olvido de los intereses del consorcio, cabe imaginar que la obligatio guarde paralelo con un tratado, con un foedus, con un convenio inter patres, entre jefes de comunidades familiares<sup>2</sup>. Supuesta la quiebra, en época histórica más o menos adelantada, de una tal familia, con un tal significado, resulta cierto todavía que la idea de ligazón inter patres permanece, por cuanto solo los paterfamilias son titulares de derechos, por cuanto en nada y por nada aparece la figura del «individuo» en el sentido moderno. Sin olvidar, aunque ya quedu implícito en lo dicho, que la obligación presupone siempre la equiparación jurídica de las partes a la hora de establecerse el vínculo.*

*En cualquier caso, la obligatio importa, en los primeros tiempos, una atadura del corpus —corpus obnoxium— respecto del acreedor. Y así como en otras zonas del Derecho privado es dable establecer ciertas lindes entre lo jurídico y lo extrajurídico —y siempre sin perjuicio de la influencia de lo segundo sobre lo primero, atemperándolo de varia manera—, en tema de obligatio resulta difícil reducir o oliviar, al menos, las confusiones.*

*Ocurre, en efecto, que en Roma no es concebible que alguien dimita la libertad que acompaña a su persona, entregándose a otro como servus, como esclavo. Pero ocurre también que a situación igual o afín a la esclavitud llega quien incumple la obligación asumida.*

*Hay quien piensa que la situación del deudor incumplidor se traduce en una especie de captivitas; hay quien proclama dominus del cuerpo del deudor y de su patrimonio al acreedor; hay, en fin, quien juzga que en este punto, y en la hora arcaica, no cabe hablar de relaciones de obligatio o de actio, sino de relaciones de poder —mancipium (manu capere).<sup>3</sup>*

*Si no es fácil penetrar en la oscuridad que envuelve a aquel viejo y reducido mundo social romano, cabe todavía intuir que el ámbito y el significado del crédito no guardasen relación con lo que ocurriera en hora adelantada. Hay que señalar, de un lado, que el préstamo de dinero —causa primera de deuda— debió tener carácter patológico, de práctica poco frecuente, en una economía agrícola y cerrada, y acarrearía, en una sociedad basada en posiciones de poder, una sujeción personal antes que un sometimiento económico; de otro, que las relaciones sociales de vasta solidaridad, a diversos niveles de grupos, propiciaron la entrada en juego, nada cicatera, de los garantes<sup>4</sup>. Tal asunción de garantía tendría principal basamento en el deber social de la amicitia: el amigo debe salir fiador por el amigo.*

*Sea como fuere, no cabe olvidar que la fides actúa como contrapeso, como freno social, al poder que asiste al acreedor.*

*La fides está presente allí donde hay una atadura, sea de la persona —nexum—, sea de la palabra —sponsio—, sea de los bienes —fiducia.*

*Fides y officium se conciertan y refuerzan mutuamente en la fiducia, el mandato, la negotiorum gestio, el comodato, el mutuo, la donación. Figuras todas enraizadas en la amicitia.*

## § 92. Concepto y evolución histórica de la obligación<sup>5</sup>

Obligación —*obligatio*— es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona —deudor— es constreñida frente a otra —acreedor— a realizar una determinada prestación.

En los primeros tiempos romanos, los derechos de familia, de propiedad y de herencia se mueven en el ámbito del grupo familiar: los derechos de familia y de propiedad atañen al poder unitario del *pater* sobre personas y cosas; los de herencia, a la necesidad de perpetuar la familia misma, en su espíritu y en su patrimonio. A otro mundo pertenecen los derechos de obligación: al de las relaciones interfamiliares, es decir, entre los *patres* o jefes de las familias<sup>6</sup>. La obligación primitiva se sitúa fuera de los linderos de la familia, en la que, por lo demás, no hay sujetos jurídicamente equiparados. Y tal equiparación es necesaria a la hora de poner en existencia un vínculo de carácter obligatorio. Solo en época adelantada se llegará, y no de modo definitivo, a sustituir el *paterfamilias* por el individuo.

La obligación consta de dos elementos: el *débito*, o deber de cumplir la prestación, y la *responsabilidad*, o sujeción que se deriva del incumplimiento.

Según una doctrina que cuenta con muchas adhesiones, la obligación, en cuanto tiene de concepto unitario, es el producto de la fusión de ambos elementos, que surgieron de raíces distintas y durante un tiempo estuvieron separados. Así, el deber de restituir la suma recibida en préstamo arranca del simple préstamo o mutuo, mientras que la correspondiente responsabilidad hubo de establecerse, en los primeros tiempos, mediante el *nexum* o sujeción de la propia persona al acreedor. Cabe que haya *debitores* en quienes no concurre la condición de *obligati*, es decir, de sujetos afectos a una responsabilidad, y es posible la existencia de *obligati* que no son *debitores*.<sup>7</sup>

Aunque nosotros discurrimos aquí por el camino que señaló semejante dirección, debemos advertir —y la advertencia nada tiene de revelación— que habrá pocos lugares en los que la hipótesis trabaje con mayor fatiga. Porque escasean gravemente los datos, no es dable probar que los primeros romanos sintieran la contraposición como algo vivo y real, y hemos de contentarnos con el hecho de que la distinción entre débito y responsabilidad —entre *debitum* y *obligatio*, o entre *Schuld* y *Haftung*, como dicen los alemanes— nos ayude a explicar algunos puntos de la historia de la obligación romana.<sup>8</sup>

Dentro de la obligación antigua, el punto de vista de la responsabilidad se coloca en primer plano. La *obligatio* es una atadura de la propia persona, un sometimiento personal<sup>9</sup> al poder —*manus*— del acreedor propio o ajeno. La sujeción de la persona, en su mismo *corpus*, deriva de un deber —del deber, nacido con libertad, de observar una determinada conducta respecto de otro individuo—, pero es tal sujeción, y no el deber, lo que la conciencia social pone de relieve. El significado de los términos referentes a la responsabilidad o sujeción —*obligari*, de *ob-ligari*, *adstringi*, *necti*— y a la liberación del vínculo —*liberare*, *solvere*— y en general, la forma de realizarse el nexo personal en que se sustancia la *obligatio*, nos prueban una cosa: que el *obligatus* no es un deudor en el sentido que hoy damos a la palabra, sino una persona sometida al acreedor, y sobre la cual le es dable satisfacerse en el caso de que no observe el comportamiento debido. Poco importa, por lo demás, que quien deja de satisfacer la prestación sea el propio deudor o un tercero que se ofreció a mediar por él, como *obligatus*.<sup>10</sup>

La más antigua relación de crédito y de deuda nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, de la entrega de dinero o de cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género y calidad —*tantundem*. Esta relación no se considera, sin embargo, como *obligatio*; la *obligatio* es el *nexum*, o sea, la *mancipatio* que hace el deudor de su propia persona en garantía del crédito.<sup>11</sup> El *nexum* no es mutuo, aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco, por más que esté implícito, un acto que obligue a pagar: el *nexum* es una automancipación.<sup>12</sup> De ella proviene el estado de prisión, que durará hasta tanto se cumpla la prestación.

Mientras que el *nexum* crea un estado de sujeción personal, una ligadura actual de la propia persona, la *sponsio* —contrato verbal solemne— da vida a una responsabilidad que solo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. Institución muy antigua —que convive con el *nexum*, y nada indica que sea sensiblemente posterior—, la *sponsio*,<sup>13</sup> en su primera aplicación, es una promesa solemne que hace el fiador al acreedor, y no el deudor a éste; el *obligatus* es el *sponsor*. Con la sucesiva evolución de la *sponsio*, la promesa se cambia entre acreedor y deudor, quedando a salvo la posibilidad de que medie una promesa accesoria del fiador. Fundidos así *debitum* y *obligatio*, ambos elementos son la misma cosa —la obligación, como concepto unitario— en la ciencia jurídica romana, en esa ciencia que nace, precisamente, cuando tal fusión se había ya consumado.

Al *nexum* recurren quienes tienen una posición social y económica débil, e incluso se ha llegado a pensar que solo es utilizado entre acreedor patricio y deudor plebeyo. En todo caso, el mutuo que presupone el *nexum* no es el *mutuum*, que nace de usos familiares, tiene carácter amistoso y excluye el interés —*usurae*.

La situación de *nexi* en que se encontraban numerosos individuos llevó a un estado de agitación social, y tal se cuenta como uno de los capítulos de la lucha entre patricios y plebeyos. Una *lex Poetelia Papiria* —326 a. de C.—

abolió el *nexum*, sustituyendo la atadura o vinculación de la persona del deudor por la de sus propios bienes.<sup>14</sup>

Institución de carácter religioso-jurídico, la *sponsio* tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada. Frente al nexo corporal, la atadura de la palabra, el sentirse ligados a la propia declaración. Y sobre todo lo que haya de mejor en este significado espiritual de la *sponsio*, en este reconocimiento de la *fides*,<sup>15</sup> se da el hecho cierto de que evita la sumisión actual del cuerpo del deudor —*corpus obnoxium*.

A más de que es susceptible de innumerables aplicaciones, ya que cualquier prestación puede encerrarse en su típica fórmula de pregunta —*spondes?*— seguida de la congruente respuesta —*spondeo*—, su fuerza ejecutiva se subordina al ejercicio de la *legis actio per iudicis postulationem*.<sup>16</sup> La *sponsio* —accesible solo a los ciudadanos romanos— dará vida a todas las formas de la *stipulatio* —surgida al calor del *ius gentium*—, que llegará a ser la figura contractual más socorrida en el Derecho romano.

Poco a poco la *obligatio* pierde su viejo carácter de vínculo físico, para convertirse en vínculo jurídico ideal. La nueva contratación pone en existencia «derechos perfectos de crédito, haciendo *personalmente* responsable al deudor con todos sus bienes».<sup>17</sup>

En la época clásica la categoría de las *obligationes* se mueve dentro del ámbito del Derecho civil. Falta la *obligatio* donde se excluyen los deberes sancionados por el *ius civile*. En expresión de Gayo, existen tales deberes «cuando demandamos al que nos está *obligado*... es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar» —*Obligatus ... id est, cum intendimus dare facere praestare oportere*.<sup>18</sup>

No hay *obligatio* en las relaciones amparadas por el Pretor mediante acciones semejadas a las civiles *in personam*. El deudor por razón de una obligación civil es *obligatus*, mientras que en el campo pretorio únicamente se habla de *actione teneri*, es decir, de sujeción del deudor a la *actio* otorgada por el magistrado.<sup>19</sup>

Venida a menos la distinción entre *ius civile* e *ius honorarium*, los juristas posclásicos meten las relaciones pretorias en el terreno de las *obligationes*.

Guiados por una mera finalidad didáctica, los justinianeos distinguen las *obligationes* en *civiles* y *honorariae* o *praetoriae*.

Las definiciones de la obligación contenidas en el *Corpus iuris* no llevan al típico *deber* u *oportere* del texto de Gayo, hablando simplemente de un vínculo jurídico por virtud del cual somos constreñidos a *dare* o a *facere* o a *praestare*.

Inst. 3, 13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*<sup>20</sup> (Obligación es un vínculo jurídico, por el cual somos constreñidos a pagar alguna cosa, según el Derecho de nuestra ciudad). Lo de *solvendae rei* hay que entenderlo en el amplio sen-

tido de cualquier prestación. Las palabras *iura nostrae civitatis* aluden al *ius civile*,<sup>21</sup> o al *ius populi romani*, en contraposición al *ius Gentium*.<sup>22</sup> La doctrina dominante considera genuina esta definición,<sup>23</sup> atribuyéndola los más a Florentino.<sup>24</sup> Ha sido objeto, sin embargo, de severas críticas.<sup>25</sup>

D. 44, 7, 3 pr., Paulo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*<sup>26</sup> (La esencia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra una cosa o servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, hacernos o prestamos algo).

## CAPÍTULO II

### EL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES

#### § 93. La prestación: concepto, clases y requisitos. Especies de obligaciones atendiendo a su objeto

##### 1. La prestación:<sup>1</sup> concepto, clases y requisitos

Se llama *prestación* al objeto o contenido de la obligación, que puede ser de varias clases, ya consista en un *dare*, un *facere* o un *praestare*.<sup>2</sup> El término *dare* indica la prestación consistente en el traspaso al acreedor de la propiedad o un derecho real sobre la cosa. *Facere* significa, en sentido amplio, toda prestación que importe un acto positivo, un hacer, incluido el *dare*; en sentido restringido, toda acción del deudor que no implique propiamente un *dare*. *Praestare* suele emplearse para aludir al contenido de la obligación en general, ya consista en un *dare* o en un *facere*, o en ninguna de ambas cosas, como ocurre en el caso de la asunción de una garantía. Atendiendo a su etimología —*praestare*, de *praes stare*—, y en relación con *praedes*, significa «responder de algo», hablándose entonces de *dolum*, *culpam*, *custodiam*, *diligentiam praestare*.

Son *requisitos* de la prestación:

- 1.º Posibilidad. Es nula la obligación que recae sobre una cosa imposible.<sup>3</sup> La imposibilidad puede ser física o jurídica: sucede lo primero, por ejemplo, si se vende una cosa que ya no existe en el momento de contratar; lo segundo, p. ej., si se vende una cosa que está fuera de comercio —*res extra commercium*. Cuando no se trata de imposibilidad objetiva, sino relativa a la persona del deudor, la obligación surge válidamente. La dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor no impide el nacimiento de la obligación.<sup>4</sup>
- 2.º Licitud. Se exige que la prestación sea lícita, es decir, no contraria ni a la ley ni a la moral.<sup>5</sup> En otro caso, la obligación es nula.



- 3.º Determinación. La prestación ha de ser determinada, o cuando menos debe reunir los elementos objetivos suficientes para su determinación. Puede confiarse ésta a un tercero, de modo que decida según su libre arbitrio —*arbitrium merum*— o según el *arbitrium boni viri*, esto es, de persona leal y justa. También es posible encomendar la determinación al *arbitrium boni viri* de una de las partes.<sup>6</sup>
- 4.º Carácter patrimonial. Con esto se alude a la posibilidad de ser valorada en dinero, pero ha de observarse que es la conciencia social la que decide sobre tal extremo. Prestación patrimonial es la que se puede valorar en dinero, si tal no repugna a la conciencia del pueblo.<sup>7</sup>

## II. Especies de obligaciones atendiendo a su objeto

De acuerdo con la prestación u objeto de las obligaciones, pueden distinguirse las siguientes clases:

1.ª *Obligaciones divisibles e indivisibles*<sup>8</sup>— Se dice que la prestación es divisible cuando su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es, por partes, sin sufrir menoscabo o alteración su esencia y valor. En el caso contrario, se considera indivisible.

Generalmente es divisible la obligación que consiste en un *dare*, ya que la propiedad y los demás derechos reales pueden constituirse *pro parte*.<sup>9</sup> Sin embargo, son indivisibles las servidumbres prediales,<sup>10</sup> e indivisibles también las obligaciones genéricas y alternativas que versan sobre un *dare*, puesto que la división alteraría su naturaleza.

Son indivisibles, por regla general, las obligaciones que consisten en un *facere*. No se considera susceptible de división la actividad de un hombre dirigida a un *opus*,<sup>11</sup> porque la obra es el todo y no una parte. Sin embargo, son divisibles las obligaciones de hacer que tienen por objeto la prestación de obras que se pueden contar, pesar o medir.<sup>12</sup>

Las obligaciones cuya prestación es indivisible asumen en el Derecho clásico el carácter de solidarias —*in solidum*.<sup>13</sup> No ocurre así en el Derecho justiniano, donde rigen los siguientes principios: a) Si hay varios acreedores, el deudor que paga tiene derecho a pedir garantía o caución al acreedor que cobra, de modo que le asegure contra las eventuales demandas de los demás acreedores.<sup>14</sup> b) En el caso de que existan varios deudores, cada uno tiene derecho, si se le exige el pago, a pedir una prórroga al acreedor, para llamar a contribución a los demás deudores, o a exigir antes del pago la indemnización por las cuotas de éstos. c) El incumplimiento de la obligación la convierte en divisible: cada uno de los varios acreedores obtiene una *condemnatio pro parte*; el pago de los daños e intereses viene repartido entre los varios deudores.<sup>15</sup>

2.<sup>a</sup> *Obligaciones genéricas y específicas.*<sup>16</sup> — Son obligaciones genéricas las que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan solo por sus rasgos generales —p. ej., un esclavo, diez sacos de trigo.

La elección del objeto perteneciente al *género* corresponde al deudor, si nada se determina. En el Derecho clásico, el acreedor a quien compete la elección puede exigir que se le preste la calidad óptima; en el Derecho justinianeo, el objeto prestado o exigido debe ser de calidad media, de modo que no se libera el deudor prestando la calidad pésima, ni el acreedor puede pretender la calidad óptima.

Si la elección compete al deudor o es conferida expresamente al acreedor, cabe su transmisión a los herederos, porque se incorpora a la obligación misma.

No se concibe la extinción de la obligación genérica por perecimiento del objeto y, en consecuencia, queda siempre la posibilidad de elección entre los objetos que forman el *género* a no ser que éste sea muy limitado, y se destruyan todas las cosas que lo integran.

Distinta de la obligación genérica es la obligación específica, que versa sobre un objeto cierto, individual y concreto —p. ej., el esclavo Estico. Si la cosa específica perece por caso fortuito, queda libre el deudor.<sup>17</sup>

3.<sup>a</sup> *Obligaciones alternativas.*<sup>18</sup> — Se llaman *alternativas* aquellas obligaciones en que el deudor ha de cumplir una sola prestación entre dos o más disyuntivamente indicadas —por ejemplo, dar el esclavo Estico o su valor en dinero.

Señaladas dos o más prestaciones, el cumplimiento de una de ellas, según elección hecha por el deudor o por el acreedor,<sup>19</sup> tiene efecto liberatorio. La obligación alternativa se concreta, para ser cumplida, en un único objeto.

La elección entre los varios objetos corresponde al deudor, a no ser que el título constitutivo disponga expresamente lo contrario.<sup>20</sup> El deudor tiene la facultad de cambiar de opinión, esto es, de rectificar la elección del objeto —*ius variandi*—, hasta el momento del pago efectivo.

Si compete la elección al acreedor, en virtud del título constitutivo, el derecho a cambiar de opinión dura hasta la *litis contestatio* —Derecho clásico—, o hasta que haya reclamado judicialmente uno de los objetos —Derecho justinianeo.<sup>21</sup>

La expresión adoptada en el título constitutivo puede determinar la negativa del *ius variandi*, en términos de mantenerse firme la declaración hecha con anterioridad al cumplimiento —*solutio*— o a la *litis contestatio*. Tal ocurre cuando en el legado o en la *stipulatio* se añade a la indicación de los varios objetos la cláusula *quem voluero*,<sup>22</sup> es decir, el que yo hubiera querido.

El derecho de elección se transmite a los herederos del deudor o del acreedor, según que lo tuvieran uno u otro.<sup>23</sup>

Destruída una o todas las cosas sobre las que recae la elección, el Derecho clásico adopta soluciones acordes con la peculiar estructura de la obligación alternativa y con las normas que rigen en materia de responsabilidad civil. El régimen justinianeo se resume en estos dos principios: 1.º, si corresponde la elección al deudor, y sin culpa suya perece una de las dos cosas debidas alternativamente, le es dable liberarse pagando la *aestimatio* de la que pereció;<sup>24</sup> 2.º, si perece una cosa por culpa del deudor, siendo de éste la elección, y otra sin su culpa, no se libera, otorgándose al acreedor la *actio doli* para obtener un resarcimiento.<sup>25</sup> Concentración de la obligación sobre el objeto que no ha perecido, en el primer caso, y extinción de la obligación, en el segundo, son las soluciones dadas por los clásicos.

4ª. *Obligaciones facultativas*. — Distintas de las obligaciones alternativas son las obligaciones *facultativas*, cuya característica principal reside en que, recayendo la prestación sobre un objeto determinado, el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro objeto que no sea el debido. Así, por ejemplo, el obligado por sentencia condenatoria a resarcir los daños causados por un animal de su propiedad, puede liberarse entregando el animal — *noxae deditio*.<sup>26</sup> Es de advertir que el nuevo objeto no afecta al contenido de la obligación, esto es, no entra *in obligatione*, sino simplemente *in solutione*. Tan solo entra *in obligatione* el objeto principal, el objeto debido, por lo que si la obligación es nula respecto de éste, el deudor queda libre. De igual modo, si el objeto principal se destruye o perece por caso fortuito, se libera el deudor.

5ª. *Obligaciones de dinero*<sup>27</sup>. — En oposición a las obligaciones cuyas prestaciones recaen sobre cosas, las obligaciones de dinero tienen por contenido *sumas pecuniarias*. La obligación, por ejemplo, de pagar 600 euros, no versa precisamente sobre 600 monedas de euro, sino sobre una cantidad de valores que pueden ser hechos efectivos mediante cualquier medio de pago legalmente aceptado. Si el deudor y el acreedor acuerdan que el pago se hará en 20 piezas de euro, la obligación no es de dinero, sino de cosa —de cosa fungible. Pero en los casos en que falta un convenio de tal naturaleza, la obligación es siempre de dinero, y habrá que recibir en pago lo que desde el punto de vista jurídico tenga semejante conceptualización.

## CAPÍTULO III

# SUJETO DE LAS OBLIGACIONES

### § 94. Obligaciones ambulatorias

El vínculo que surge de la obligación se establece normalmente entre dos sujetos individualmente determinados *ab origine*, esto es, desde el momento en que nace aquél. Sin embargo, existen obligaciones en las que el acreedor —sujeto activo— o el deudor —sujeto pasivo—, o los dos al propio tiempo, no se hallan determinados, de forma individual, en el momento de constituirse, de forma que la prestación debe ser realizada o puede ser exigida por la persona que se encuentre en cierta situación. Son éstas las obligaciones *ambulatorias*,<sup>1</sup> cuyos casos principales son los siguientes:

1. La obligación de resarcir el daño causado por un animal o por un esclavo, que atañe al que tiene la propiedad o ejerce la potestad sobre uno u otro en el momento en que el perjudicado ejercita la acción.<sup>2</sup>
2. La obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones en favor de personas cuya determinación se encomienda a un tercero.<sup>3</sup>
3. La obligación de reparar la pared en la servidumbre de apoyo de muro,<sup>4</sup> que corresponde a quien sea propietario del edificio sirviente en el momento de ser requerida la reparación, y se constituye a favor del propietario del edificio dominante en el propio momento.
4. La obligación que incumbe al propietario, al enfiteuta o al superficiario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago sea debida a las personas que anteriormente ostentaban dichos títulos. Lo propio sucede respecto de la obligación de pagar el *solarium* en la superficie y el *canon* en la enfiteusis.<sup>5</sup>
5. La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponde a quienquiera que haya obtenido el provecho o tenga la cosa.<sup>6</sup>

## § 95. Obligaciones parciarias, cumulativas y solidarias

Por regla general, en cada relación obligatoria hay un solo acreedor frente a un solo deudor. Sin embargo, existen ciertos casos en que la obligación aparece constituida por varios sujetos principales, ya sea del lado activo, ya del pasivo, o de ambos a la vez, y tanto inicialmente, esto es, desde el nacimiento de la obligación —p. ej., cuando varias personas conciertan un préstamo en común con un acreedor—, como después de surgir el vínculo obligatorio— p. ej., cuando varios sujetos heredan a una persona que contrajo una deuda.

La pluralidad de sujetos principales puede otorgar a las obligaciones las siguientes modalidades:

1. *Obligaciones parciarias.* — Cuando existe pluralidad de sujetos principales, y cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia, se habla de obligación parciaria —*pro parte, pro rata*. La independencia significa que cada acreedor tiene derecho a exigir solo una parte de la prestación, y cada deudor se halla obligado respecto de una cuota de la misma.

2. *Obligaciones cumulativas.* — Cuando un deudor se halla obligado por la entera prestación frente a los varios acreedores, o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, se produce acumulación de obligaciones. Ejemplos de las llamadas obligaciones cumulativas los tenemos en los siguientes casos:

- a) Si una persona vende separadamente la misma cosa a varios individuos, se obliga por la entera prestación hacia cada uno de ellos.
- b) Si el testador lega una misma cosa a dos personas, en proposiciones distintas, origina dos obligaciones por el total. Entregada la cosa al primer colegatario que se presente, el heredero queda obligado para con el otro por el valor de dicha cosa —*aestimatio*.
- c) En el antiguo Derecho civil y todavía en el Derecho clásico, los delitos cometidos por varios individuos en común o en los que los dañados fuesen varios, dan lugar a acumulación. Los coautores de un delito quedan obligados simultáneamente por la entera pena pecuniaria hacia la persona o personas perjudicadas. El pago de la pena pecuniaria por un coautor no libra al otro coautor de pagar también.<sup>7</sup> En el Derecho justiniano, las obligaciones cumulativas resultantes de actos delictuosos se convierten en solidarias: el pago de lo debido, hecho por uno de los autores del delito, extingue la obligación para los demás.

3. *Obligaciones solidarias*<sup>8</sup> — Normalmente la relación obligatoria aparece constituida entre un solo acreedor y un solo deudor. Sin embargo, cabe

que figuren un deudor y varios acreedores, o un acreedor y varios deudores, o varios acreedores y varios deudores a la vez. Pues bien, cuando existe pluralidad de sujetos, acreedores o deudores, y cada uno de ellos puede exigir o debe realizar la entera prestación, se habla de *solidaridad*.

Característica esencial de la obligación solidaria es la unidad de la relación: la obligación es *única*, porque única es la prestación. La pluralidad de los sujetos no niega en lo más mínimo tal concepto de unidad, que se encuentra afirmado dogmáticamente en los textos, cuando hablan de *una obligatio* o de *unum debitum*.<sup>9</sup>

Fuentes de solidaridad son las siguientes:

- a) *Los contratos*. — El contrato verbal, la *stipulatio*, es la fuente principal de solidaridad en el Derecho clásico. En la forma de la *stipulatio*, varios deudores prometen realizar una misma prestación a un acreedor, o varios acreedores se hacen prometer por un deudor una misma prestación.<sup>10</sup>

Aparte de la *stipulatio*, la solidaridad puede nacer de aquellos contratos que, en caso de controversia, dan lugar a un *iudicium bonae fidei*, es decir, de los contratos consensuales y de los contratos reales, con exclusión del mutuo.<sup>11</sup>

- b) *El testamento*. — El testamento puede ser fuente de solidaridad activa, si el testador ordena un legado, p. ej., en los siguientes términos: dé mi heredero cien a Ticio o a Seyo. También si el testador ordena un legado imponiendo una misma prestación a dos herederos indicados alternativamente: Lucio Ticio, heredero mío, o Mevio, heredero mío, dé cien a Seyo<sup>12</sup>. El Derecho justiniano acoge la norma clásica en lo que se refiere a la solidaridad pasiva, mientras que no nace solidaridad activa.<sup>13</sup>
- c) *La ley*. — En el Derecho justiniano surge solidaridad *ex lege*, como ya hemos visto, de los delitos cometidos por varios o en que los dañados sean varios.

De la prestación indivisible nace solidaridad, en los términos que ya hemos referido.

Por disposición de una norma hay también solidaridad en las obligaciones de los fiadores: *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores*. Asimismo en las obligaciones *adiecticiae qualitatis*.<sup>14</sup>

La obligación solidaria se extingue, con efecto objetivo, mediante el pago, la *acceptilatio*,<sup>15</sup> la novación,<sup>16</sup> el *pactum de non petendo in rem*,<sup>17</sup> la destrucción fortuita de la cosa, y, en el Derecho clásico, la consunción procesal de la *litis contestatio*.<sup>18</sup>

Otros efectos importantes de las obligaciones solidarias vienen determinados por la mora o retraso en el cumplimiento y la responsabilidad por culpa. La mora de uno de los codeudores no acarrea responsabilidad para los

demás.<sup>19</sup> Por el contrario, la culpa de un codeudor afecta, según el Derecho justinianeo, a todos.<sup>20</sup>

Cuestión importante es la relativa al *derecho* o *acción de regreso*. En el Derecho clásico la obligación solidaria implica una prestación *por el todo*, una *totalidad* que debe hacer efectiva o puede exigir, respectivamente, cada deudor o cada acreedor. Satisfecho el pago por uno de los deudores, o recibido por uno de los acreedores, los demás deudores o acreedores carecen de acción para solicitar el reembolso o la participación, salvo en el caso de que medie entre los deudores o acreedores una relación interna, por virtud de la cual se fije la razón y medida en que se reembolsará el deudor que pagó, o distribuirá el activo el acreedor que recibió. Si, por ejemplo, los deudores solidarios están unidos en sociedad, el deudor que pagó dispondrá de la *actio pro socio*; si tienen una herencia en común, podrá ejercitar la *actio familiae erciscundae*; si se tratara de una propiedad indivisa, corresponderá el ejercicio de la *actio communi dividundo*.

Cuando falta semejante relación interna, la acción de regreso solo puede nacer de una disposición legal, como sucede en el caso del *beneficium cedendarum actionum*, que atribuye al deudor pagador la facultad de pedir la cesión de la acción al acreedor.

El *beneficium divisionis*, concedido por Adriano al *cofideiussor*, para ser demandado únicamente por razón de su parte proporcional, fue extendido en el Derecho justinianeo a los cotutores.<sup>21</sup>

En el Derecho justinianeo la acción se admite con carácter general.<sup>22</sup>

Con origen en el siglo XIX, se muestra la distinción entre obligaciones correales<sup>23</sup> propiamente dichas o solidarias perfectas, que se caracterizan por la eficacia liberatoria general de la *litis contestatio*, y obligaciones *in solidum*, simplemente solidarias, solidarias imperfectas o de responsabilidad colectiva, en las que solo el pago efectuado por uno, y no la *litis contestatio*, libra a todos los codeudores.<sup>24</sup>

## **§ 96. Los elementos personales de la obligación y el principio de la vinculación exclusiva de los sujetos contratantes**

Concebida la obligación como un vínculo entre dos personas —acreedor y deudor— la relación que une a ambas engendra directamente derechos para el sujeto activo, y no para un tercero, y hace recaer la prestación en el sujeto pasivo, y no en persona extraña. La obligación vincula a los sujetos contratantes, que son los que la han puesto en existencia.<sup>25</sup>

El tercero, que no ha tenido participación alguna, ni directamente ni por representación, en la conclusión del contrato, no puede pedir su ejecución, como tampoco le puede ser pedida a él. A tenor de este principio, fuertemente arraigado en el Derecho romano, se consideran nulas las estipulaciones a favor

y a cargo de tercero. Sin embargo, el riguroso principio de la nulidad, propio de las épocas antigua y clásica, viene atenuado en el Derecho justinianeo.

### I. Estipulaciones a favor de tercero<sup>26</sup>

Según acabamos de decir, las estipulaciones a favor de tercero, esto es, aquellas en que uno de los sujetos contratantes se obliga para con el otro a realizar cierta prestación en beneficio de un extraño, son nulas.<sup>27</sup>

No obstante la nulidad señalada, se puede asegurar la realización de la prestación establecida en favor de un tercero mediante una estipulación penal —*stipulatio poenae*. Cabe convenir, en efecto, que si el comprometido a realizar una prestación en beneficio de un tercero, no la cumple, deberá satisfacer al otro contratante, en concepto de pena, una determinada cantidad.

Ya en la misma época clásica se admite la validez de la estipulación, cuando el estipulante tiene algún interés en que la prestación a favor del tercero se cumpla. Así, por ejemplo, se establece por la jurisprudencia que si el tutor cede a un cotutor la gestión del patrimonio pupilar, puede estipular válidamente, haciéndose prometer de este último que administrará con diligencia tal patrimonio. Se otorga validez a la estipulación, porque la mala administración del patrimonio pupilar puede acarrear también responsabilidad para el tutor.<sup>28</sup>

Admitida la validez respecto de los contratantes, se plantea ahora el problema de la validez con referencia al tercero, en términos de apreciar si éste tendrá acción para pedir el cumplimiento de la prestación estipulada en su favor. Si ciertamente domina también en el Derecho clásico el principio de la absoluta nulidad de la estipulación con relación al tercero, el Derecho justinianeo reconoce la validez en casos particulares<sup>29</sup>, como, p. ej., el del que da en arrendamiento un fundo y después lo vende, pactando con el comprador que respetará al arrendatario.<sup>30</sup>

### II. Estipulaciones a cargo de terceros<sup>31</sup>

Los términos del contrato verbal —la *stipulatio*— solo permiten prometer un hecho propio, quedando excluido el de una persona extraña. El estipulante y el promitente, únicos que intervienen en la conclusión del acuerdo, deben pronunciar palabras que, si no fijadas en formularios inmutables, son siempre interpretadas de acuerdo con un criterio objetivo. Las partes pueden querer que un tercero haga, pero teniendo que adaptar su voluntad a la forma externa del Derecho, queda fuera tal posibilidad.

La estipulación en que se promete el hecho de un tercero se considera nula. Sin embargo, se dice en los textos que tal nulidad puede ser desviada



mediante una redacción más abierta, más flexible o más hábil del contrato verbal. Cabe que el que aparece asumiendo el papel de sujeto pasivo prometa, no ya el hecho de otro, sino el hecho personal de procurar que otro haga.

Las *Instituciones* de Justiniano hablan, en efecto, de que si el promitente hubiese afirmado que Ticio dará cien áureos o hará alguna cosa, no quedará obligado, pero si hubiese prometido que él haría que Ticio los diese, queda obligado.<sup>32</sup>

En todo caso, si alguno quiere prometer un hecho ajeno, puede prometer, para caso de incumplimiento, el pago de una cantidad en concepto de pena. Con ello no se evita la nulidad de la promesa principal, pero el promitente procurará que tal hecho se realice, para no incurrir en la pena.

El problema de la nulidad no se plantea en las obligaciones de buena fe, donde la voluntad prevalece sobre la forma, obrando el juez en términos de servir a aquélla. Si uno de los sujetos promete el hecho de un extraño, no se aprecia aquí un acto nulo, sino un acto querido por un contratante, el cual, en definitiva, promete el hecho propio de procurar que otro haga.

### III. Créditos y deudas por intermedio de personas en potestad

Según la concepción clásica, todas las personas sometidas al *paterfamilias* carecen, en principio, de capacidad jurídica, no pudiendo tener un patrimonio propio. Aunque tales personas gozan de capacidad negocial o de obrar, sin embargo las adquisiciones que realicen, por razón de los contratos en que intervengan, entran a formar parte del patrimonio del *pater*.

En lo que atañe a las deudas rige un principio opuesto. Según el antiguo Derecho civil, el *paterfamilias* nunca queda obligado por las deudas que contraen los miembros sujetos a su potestad.

En el Derecho clásico, el *filiusfamilias* se obliga válidamente a sí mismo y puede ser demandado y condenado mientras está sujeto a la potestad paterna, si bien solo después de salir de ella puede el acreedor intentar la ejecución real. Las obligaciones contraídas por el esclavo tienen el carácter de naturales (§ 96).

Con el fin de no entorpecer el tráfico jurídico, en el momento en que comienza a tomar mayor auge, el Pretor introduce varias excepciones al principio de la no responsabilidad del *paterfamilias*. Las excepciones tienen su expresión en las acciones *adyecticias* —*actiones adiecticiae qualitatis*—, cuyo nombre proviene de los glosadores.

Estas acciones tienen el carácter de *adyecticias* o adicionales, por cuanto se incorporan a las directas que tiene el acreedor,<sup>33</sup> y son las siguientes:

1. *Actio quod iussu*.<sup>34</sup> — Si el *filius* o el *servus* contratan con terceros, según mandato o simple consentimiento —*iussum*— del *pater* o del *dominus*, responden éstos por la totalidad de la deuda.

2. *Actio exercitoria*.<sup>35</sup> — El *pater* o *dominus* que es naviero o armador — *exercitor navis*— y pone a un *filius* o a un *servus* al frente de la nave — *praepositio*—, se hace responsable de las obligaciones contraídas por el capitán en uso de las atribuciones que le fueron conferidas.
3. *Actio institoria*.<sup>36</sup> — En iguales términos se hace responsable el *pater* o *dominus* que pone al frente de un comercio o industria, en calidad de *institor*, a un *filius* o *servus*.
4. *Actio de peculio et de in rem verso*.<sup>37</sup> — Se concede esta acción contra el *paterfamilias* o *dominus* cuando no ha habido *iussum* ni *praepositio*. Se trata de una sola acción con dos condenas alternativas: una de *peculio*, y la otra, *de in rem verso*. La primera hace responsable al *pater* o *dominus* en los límites del *peculio* — *peculio tenus*—, detraído lo que le debe a él el *filius* o *servus*; la segunda, determina una responsabilidad en la medida del enriquecimiento patrimonial que experimenta el *pater* o *dominus* a consecuencia de negocios realizados por la persona sujeta a su potestad.
5. *Actio tributoria*.<sup>38</sup> — Si el *filius* o *servus* interviene en operaciones industriales o mercantiles, con la *scientia* del *pater* o *dominus*, y luego resulta insolvente, procede un reparto proporcional del *peculio* entre todos los acreedores, comprendido el *pater* o *dominus*. Si el *pater* o *dominus* impide dolosamente el concurso, el acreedor perjudicado puede entablar contra él la *actio tributoria*, para obtener la parte que le corresponde.

#### IV. Deudas contraídas por intermedio de «*extraneae personae*»

El viejo Derecho civil no admite la posibilidad de contratar en nombre de otro. Consecuencia de ello es que el mandatario o procurador, el tutor o curador —en general, el representante libre— sea el único que se obliga civilmente frente al tercero. Sin embargo, el Derecho pretorio crea una serie de acciones merced a las cuales es dable al tercero dirigirse también contra el representado o poderdante.

A semejanza de la *actio institoria*, se establece una *actio* —*actio ad exemplum institoriae*,<sup>39</sup> denominada *quasi institoria* en el Derecho clásico— en favor del tercero y contra el representado, por razón de cualquier negocio cuya gestión se encomienda a un administrador o *procurator*, sin tratarse propiamente del caso del *institor*.<sup>40</sup>

La *actio de in rem verso* es ampliada, en vía *útil*, por Justiniano.<sup>41</sup> Cuando una persona contrata en interés y por cuenta de otra, pero sin autorización, esto es, como simple *negotiorum gestor*, el acreedor puede dirigirse contra el principal o *dominus negotii*, mediante una *utilis in rem verso actio*.

El demandado responde únicamente en la medida del enriquecimiento alcanzado por la gestión del intermediario.

V. *Créditos por intermedio de «extraneae personae»*

Solo tras un proceso lento se otorga sanción, en beneficio del principal, y contra los terceros, a los créditos adquiridos por intermedio de *extraneae personae*.

Se concede acción al principal contra los terceros que negocian con el *institor*, al menos cuando la actuación de éste lleva a peligro las cosas o bienes del dueño.<sup>42</sup>

En vía extraordinaria —*extra ordinem*—, los *praefecti* y los *praesides provinciarum* suelen otorgar acción al *exercitor navis* contra los terceros, en razón de los negocios concluidos por el *magister*.<sup>43</sup>

En el Derecho justiniano, el principal dispone de la acción útil frente a los terceros que contratan con el representante o procurador.<sup>44</sup>

Por las cantidades de dinero que da en mutuo el procurador, en nombre del principal, se concede a éste la *actio certae creditae pecuniae*.<sup>45</sup>

## CAPÍTULO IV

# EFICACIA DE LAS OBLIGACIONES

### § 97. Obligaciones naturales<sup>1</sup>

#### *I. Concepto*

Junto a las obligaciones civiles, que están amparadas por una *actio*, existen las obligaciones naturales, caracterizadas por la falta de tutela procesal. De las obligaciones naturales no nace acción alguna, pero producen ciertos efectos jurídicos, entre los cuales, y como más importante, está el de la *soluti retentio*, es decir, el derecho del acreedor —que no es tal, desde el punto de vista del Derecho civil— a retener lo pagado, y sin que pueda el deudor —que tiene la facultad de no pagar— ejercitar acción por pago indebido —*condictio indebiti*.

La contraposición entre *obligationes civiles* y *obligationes naturales* no está claramente dilucidada. Baste decir, que los problemas planteados alcanzan a la raíz o fundamento, a la esencia misma de la *obligatio naturalis*. Y si en punto a tal extremo es fácil incurrir en exageraciones, acogemos aquí la noción tradicional, que define la *obligatio naturalis* como obligación desprovista de *actio*.

Según parece, el ámbito propio de las obligaciones naturales, dentro del Derecho clásico, no es otro que el de los créditos y deudas de las personas sujetas a potestad —*filiifamilias* y *servi*. En cualquier caso, la jurisprudencia clásica no elabora una doctrina general, limitándose a reconocer la existencia de figuras particulares.

El Derecho justinianeo descubre la raíz de la obligación natural en el *ius naturale*, entendido como *ius semper aequum ac bonum*. Mas lo que hay de vario y diferente en los casos, no permite la formulación de una categoría uniforme.

## II. Casos de obligaciones naturales

Entre los principales cabe destacar los siguientes:

1. La *obligatio naturalis servi*.<sup>2</sup> La obligación resultante de los negocios celebrados por el esclavo es el ejemplo más típico y, según se cree, el caso primitivo.<sup>3</sup>
2. Las obligaciones contraídas entre personas sujetas a la misma potestad, es decir, entre los *filiifamilias* y entre éstos y el *pater*.<sup>4</sup> Al afirmarse la capacidad patrimonial de los *filiifamilias*, con el desarrollo de los peculios, tales obligaciones asumirán el carácter de civiles.
3. La obligación extinguida por *capitis deminutio*.<sup>5</sup>
4. Las obligaciones contraídas por los pupilos sin la *auctoritas tutoris*.<sup>6</sup>
5. Si un *filiusfamilias* contrae un préstamo de dinero, y luego de salir de la *patria potestas* paga al mutuante, en lugar de valerse de la *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, queda excluida la reclamación de lo pagado —*repetitio soluti*.<sup>7</sup>
6. La obligación derivada de simple pacto se considera como natural. Las fuentes se refieren propiamente a los pactos que versan sobre el pago de intereses.<sup>8</sup>
7. La obligación extinguida por la *litis contestatio* subsiste como natural en el Derecho antejustinianeo.<sup>9</sup>

## III. Efectos de las obligaciones naturales

Las obligaciones naturales producen, entre otros, los siguientes efectos:

1. No se puede reclamar o repetir lo que se da en pago por razón de una obligación natural. El acreedor «natural» tiene la facultad de retener lo pagado —*soluti retentio*—, no pudiendo intentar el deudor la *condictio indebiti*.<sup>10</sup>
2. El crédito natural puede oponerse en compensación a la deuda civil.<sup>11</sup>
3. La obligación natural puede convertirse en civil, es decir, en *obligatio*, mediante novación.<sup>12</sup>
4. La obligación natural puede ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca.<sup>13</sup>
5. La obligación natural es tenida en cuenta en el cómputo de la herencia y del peculio.<sup>14</sup>

Es de advertir que los varios casos de obligación natural no producen siempre todos y cada uno de los efectos señalados.

Junto a las obligaciones naturales existen otras fundadas en motivos de índole religiosa o moral, de piedad o de buenas costumbres, y a las que suele

conocerse bajo la denominación de «obligaciones naturales impropias». Así, p. ej., la prestación de alimentos a ciertos parientes, cuando no se está obligado a ello civilmente.<sup>15</sup> Estas obligaciones producen en el Derecho justinianeo el efecto de la irrepetibilidad.



## CAPÍTULO V

# FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

### § 98. Fuentes de las obligaciones

#### I. Clasificación de las «Instituciones» de Gayo<sup>1</sup>

Según Gayo, *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*<sup>2</sup> (toda obligación nace, bien del contrato, bien del delito). Esta bipartición, *summa divisio* la llama el jurista, de las fuentes de las obligaciones —*causae obligationum*— peca de deficiente, como luego veremos.

La *obligatio* nace *ex contractu*. El *contractus*<sup>3</sup> presupone un acuerdo de voluntades, como requisito primario y elemental, pero su fuerza obligatoria, según nos dice Gayo,<sup>4</sup> se hace depender, de la entrega de una cosa —*re*—, del pronunciamiento de determinadas palabras —*verbis*—, de la escritura —*litteris*—, o del consentimiento —*consensu*.

Si fuente de *obligatio* es el *contractus*, y si éste tiene modos de ser diversos —*re, verbis, litteris, consensu*—, conviene señalar que el pensamiento de los juristas clásicos abriga la idea de que solo son *contractus* los actos lícitos que descansan en un acuerdo, y no en una declaración unilateral.

Precisada así la noción de *contractus*, advertimos ahora que hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean, sin embargo, un vínculo obligatorio. Nos lo pone de manifiesto el propio Gayo, a propósito del pago de lo indebido —*indebiti solutio*—: quien recibe lo que no se le debe y que otro le paga por error queda obligado a restituir, y sin que tal obligación, surja de contrato.<sup>5</sup>

La «tipicidad» también tiene aquí gran importancia. En efecto, los juristas romanos cuidan cada uno de los singulares contratos, no llegando a formular una definición sobre *el contrato*<sup>6</sup>.



## II. Clasificación de los «*libri rerum cottidianarum sive aureorum*»

En los *libri rerum cottidianarum sive aureorum* se da una clasificación trimembre de las *causae obligationum*: las obligaciones nacen bien de un contrato —*contractus*—, bien de un delito —*maleficia*—, bien de cierto derecho por distintos tipos de causa —*variae causarum figurae*.<sup>7</sup>

Cuestión de gran importancia<sup>8</sup> es la del origen histórico de esta división tripartita. La doctrina se inclina por creer que tal división no es clásica, y que las «*Res cottidianae*» no pertenecen a Gayo.<sup>9</sup> En cualquier caso, no tanto importa conocer si las *variae causarum figurae* se deben a Gayo o a cualquier otro jurista, sino saber si los antiguos clásicos sintieron la necesidad de regular ciertas figuras de nueva creación, incluyéndolas en el cuadro de las *obligaciones*, junto al contrato y al delito, mediante la aplicación analógica: analogía entre mutuo y *solutio indebiti*, entre mandato y *negotiorum gestio*, entre *stipulatio* y *legatum per damnationem*, entre *societas* y *communio*. Analogía de razón histórica, y formal, y no conceptual, puesto que las figuras no contractuales carecen del acuerdo, que es presupuesto cardinal de las relaciones contractuales.<sup>10</sup>

## III. Clasificación justinianeana

Según la doctrina oficial de los justinianeos, las fuentes de las obligaciones son cuatro: las obligaciones nacen del contrato, del cuasi-contrato, del delito o del cuasi-delito<sup>11</sup>. Lo primero que salta a la vista es que ni el cuasi-contrato ni el cuasi-delito se prestan a una precisa definición. Diciendo que ciertas obligaciones nacen *quasi ex contractu*, lo único que se pone de manifiesto es la circunstancia negativa de que no derivan ni de contrato ni de delito.

Afirmado que el contrato requiere la *conventio*, no entrarán en esta categoría los actos lícitos que carezcan de tal elemento. A falta de una definición segura de los cuasicontratos, se considerará que es su nota común la falta del acto bilateral tendente a crear un vínculo obligatorio.

La doctrina posclásica y el Derecho justinianeana acumulan bajo el nombre de obligaciones *quasi ex delicto* o *quasi ex maleficio* ciertos actos ilícitos que antes fueron objeto de sanción pretoria. Si tal es su entronque, resulta dudoso el fundamento justinianeana del cuasi-delito en un momento en que la contraposición entre *ius civile* y *ius honorarium* había quedado superada. Es opinión corriente la de que delito y cuasi-delito presuponen el acto doloso y el acto culposo,<sup>12</sup> Tal afirmación, sin embargo, no se muestra respetuosa con el hecho de que tanto en el *ius civile* como en el *ius honorarium* se dan casos de responsabilidad patrimonial independientes de que la conducta del obligado sea dolosa o culposa. En cualquier caso, cabe pensar que si la categoría justinianeana de los cuasi-delitos carece de rigor dogmático, su creación se debe a una tendencia sistematizadora de los compiladores que no se ve libre de ciertas exageraciones.

## CAPÍTULO VI

# OBLIGACIONES NACIDAS DE CONTRATO

### § 99. El sistema contractual romano

Según la concepción romana de la época clásica, contrato —*contractus*— es el acto lícito que, descansando en un acuerdo de voluntades, se dirige a la constitución de un vínculo obligatorio. Presuponiendo siempre el acuerdo, el efecto jurídico solo en determinados casos —en los llamados *contratos consensuales*— depende exclusivamente del acuerdo mismo. En todos los demás, tal efecto se supedita, según las *Institutiones* de Gayo,<sup>1</sup> a la entrega de una cosa —*contratos reales*—, al pronunciamiento de ciertas palabras —*contratos verbales*— o a la escritura —*contratos literales*. Por otra parte, ya hemos dicho<sup>2</sup> que hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean, sin embargo, un vínculo obligatorio.

Tal clasificación<sup>3</sup> se refiere a negocios del *ius civile* vigentes en la época clásica. Fuera de ella quedan el *nexum* —figura que en la historia de la *obligatio* ocupa una posición especial, no bien conocida por los mismos juristas romanos—, así como los contratos innominados —acogidos éstos a la sanción pretoria. De otra parte, por contrato literal se entiende aquí el *nomen transcripticium*.<sup>4</sup>

La evolución posterior se inclina cada vez más a resaltar el acuerdo —*conventio, consensus*—, erigiéndolo en requisito dominador. Así, en el Derecho justinianeo, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. El acuerdo se refiere ahora a toda suerte de negocios, ya se encaminen a la constitución de obligaciones o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica. Queda así superada la concepción propia del *ius civile*, a tenor de la cual el *contractus* solo puede producir *obligationes*.<sup>5</sup>

Los contratos pueden clasificarse desde otros puntos de vista. Y así tenemos:

1.º *Contratos unilaterales y bilaterales*, según que nazca obligación para una sola de las partes, como sucede en el mutuo y en los contratos *verbis y litteris*, o para ambas, cual ocurre en la compraventa, en el arrendamiento, etc. Los contratos bilaterales —llamados también sinalagmáticos<sup>6</sup>— se distinguen, a su vez, en *perfectos e imperfectos*, con lo que se entiende, respectivamente, que unas veces nacen obligaciones recíprocas, mientras otras solo surge obligación para una parte, si bien es posible que, eventualmente, surja también para la otra. Del comodato deriva una acción —*actio directa*—, ejercitable por el comodante, pero cabe también que éste quede obligado, p.ej., por razón de los gastos que ha hecho el comodatario para conservación de la cosa —*actio contraria*.<sup>7</sup> Esto mismo sucede en los casos de depósito, prenda, fiducia y mandato.

Tratándose de contratos bilaterales, no se admite que una de las partes pueda exigir la prestación de la otra mientras no haya satisfecho —u ofrecido, cuando menos— la propia. Sobre esta base ha sido construida la doctrina moderna de la denominada *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*.

2.º *Contratos «iuris civilis» y «iuris gentium»*. Los primeros únicamente son accesibles a los romanos, mientras que los segundos admiten la participación de extranjeros. Traen su origen de la corriente del *ius gentium* los contratos consensuales, los contratos reales, la *transcriptio a re in personam* y la *stipulatio*, siempre que ésta no se lleve a cabo en la forma de la  *sponsio*.

3.º *Contratos de buena fe y de derecho estricto*,<sup>8</sup> según que den o no lugar a un *iudicium bonae fidei*.<sup>9</sup> En los *iudicia stricta* —o *stricti iuris*— la misión del juez se reduce a decidir con un sencillo «sí» o «no» sobre la existencia o inexistencia, desde el punto de vista jurídico, de la pretensión del actor, concretada en la *intentio* de la fórmula. En los *iudicia bonae fidei*, por el contrario, el juez puede valorar las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales.

En el Derecho posclásico la antítesis adquiere máximo relieve en el ámbito de la relación sustancial, del derecho material, hablándose de contratos de buena fe y de derecho estricto.<sup>10</sup>

Son contratos de buena fe la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, la fiducia, la prenda, el comodato y los contratos innominados.<sup>11</sup>

## § 100. Contratos reales

### I. Nociones generales<sup>12</sup>

Para los clásicos, *obligatio, quae re contrahitur* quiere decir «obligación que se contrae mediante la cosa». *Obligari re* significa, en efecto, que la obli-

gación nace de la transmisión en propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas, para que a su tiempo se restituya la cosa misma u otro tanto del mismo género y calidad —*tantundem*.

En relación con las obligaciones *re*, Gayo solo menciona el mutuo al decir que se contrae una obligación mediante la cosa cuando, por ejemplo, hay una entrega en mutuo.<sup>13</sup> Menciona después el jurista el pago indebido —*indebiti solutio*—, diciendo que también se obliga *re* el que recibe lo que no le es debido, por cuanto pesa sobre él el deber de restituir, pero evita el calificar la obligación como contractual, ya que el que da con ánimo de pagar, antes quiere extinguir un negocio que ponerlo en existencia.<sup>14</sup> La probable razón de que Gayo no incluya la *fiducia* entre las obligaciones *re* estriba en que, sirviendo a fines varios y teniendo función accesoria de una *mancipatio*, no logra adquirir figura propia de contrato.<sup>15</sup>

En el Digesto (44, 7, 1) y en las Instituciones (3, 14) figuran como contratos reales, además del mutuo, la prenda, el comodato y el depósito. Sin embargo, la entrega de la cosa no supone aquí la transmisión de la propiedad, como sucede en el mutuo: al acreedor pignoraticio solo pasa la posesión; el comodatario y el depositario son simples detentadores. En derecho justinianeo, es la necesaria entrega de la cosa la que otorga al contrato naturaleza *real*.

## II. Mutuo<sup>16</sup>

1. *Concepto*. — El mutuo —*mutuum, mutui datio*— es un contrato por virtud del cual una persona —*mutuo dans*, mutuante— entrega a otra —*mutuo accipiens*, mutuario— una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de ésta de restituir otro tanto del mismo género y calidad —*tantundem*.<sup>17</sup>

2. *Requisitos*. — Son requisitos del mutuo la *datio* y el acuerdo. *Datio*, en sentido técnico, significa transmisión de la propiedad, y tal es necesaria, en todo caso, para la perfección del contrato.<sup>18</sup> Respondiendo a las naturales demandas del crédito, se llegó a admitir, sin embargo, que pudiese constituirse mutuo por personas distintas del acreedor y del deudor, es decir, mediante terceros que obran por delegación.<sup>19</sup> Asimismo no se exigió la entrega material de la cosa cuando tal resultaba innecesario. Así, por ejemplo, era posible dar a una persona determinada cosa, con el encargo de venderla y retener luego el precio a título de mutuo —*rem vendendam dare*.<sup>20</sup>

Si la *obligatio* nace de la *datio*, aún es necesaria la voluntad concorde de constituir el mutuo para que éste se considere existente.<sup>21</sup>

3. *Objeto*. — El mutuo solo recae sobre cosas fungibles, de forma que recae sobre el mutuario la obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad.<sup>22</sup> Si la voluntad de las partes se enderezara a la restitución de la misma cosa entregada —*eadem species*—, no habría mutuo, sino depósito o

comodato. Del mismo modo, habría permuta y no mutuo, si se tratara de restituir una cosa de distinto género —*aliud genus*.

4. *Obligaciones*. — Como ya se ha dicho, el mutuario está obligado a restituir otro tanto de lo recibido —*tantundem*—, quedando excluida la obligación de devolver una cantidad que sobrepase el montante de la recibida.<sup>23</sup>

5. *Gratuidad*. — De la propia naturaleza de la *obligatio*, que surge de la entrega de la cosa, y del sello formalista de la acción que nace del mutuo —la *condictio*—, proviene el carácter esencialmente gratuito del contrato.<sup>24</sup>

6. *Acuerdo de intereses*. — No obstante la gratuidad natural del contrato, las partes pueden acordar intereses mediante una estipulación especial —*stipulatio usurarum*. La acción que compete para reclamar el pago de los intereses es la que dimana de la *stipulatio*, desligada formalmente del *mutuum*. Aún cabe concluir una estipulación única para el capital y los intereses —*stipulatio sortis et usurarum*—, y en tal supuesto ambos pueden ser exigidos mediante la sola acción estipulatoria. Los intereses no acordados, pero pagados, se descuentan del capital; los intereses acordados por simple pacto —*usurae ex nudo pacto*— no son objeto de tal descuento, ni pueden ser reclamados. Rige a este respecto la regla clásica según la cual *ex nudo pacto actio non nascitur*<sup>25</sup> (del nudo pacto no nace acción). La eficacia del simple pacto de intereses llega a admitirse en ciertos casos, como ocurre cuando se trata del préstamo marítimo,<sup>26</sup> de préstamos hechos por las ciudades,<sup>27</sup> de préstamos en especie<sup>28</sup> y de préstamos bancarios.<sup>29</sup>

7. *Acciones*. — El mutante se halla asistido por las mismas acciones que nacen de la *stipulatio certi*, es decir, por la *actio certae creditae pecuniae*,<sup>30</sup> si se trata de dinero, y por la *condictio certae rei*,<sup>31</sup> llamada también *condictio triticaria* en el Derecho justinianeo,<sup>32</sup> cuando tiene por objeto otras cosas fungibles.

En lo económico, más que en lo jurídico, se presenta como negocio análogo al mutuo el *foenus nauticum* —o *pecunia traiectica*— conocido por los modernos bajo el nombre de préstamo marítimo o a todo riesgo<sup>33</sup>. Se trata de una figura negocial importada de Grecia,<sup>34</sup> hacia fines de la República, y consiste en el préstamo de una suma de dinero hecha al armador de un barco, para que la transporte por mar, sea en su propia especie, sea convertida en mercancías. El riesgo de la pérdida del dinero, o de las mercancías con él compradas, corre a cargo del mutuante. Como compensación al mismo, se admite la eficacia de las *usurae ex nudo pacto*, y no se aplican, en la época clásica, los límites fijados por la legislación para los intereses. En el Derecho justinianeo se establece, sin embargo, el tope máximo del 12 por 100 anual.

### III. Comodato<sup>35</sup>

1. *Concepto*. — Comodato —*commodatum, commodare, utendum dare*<sup>36</sup>— es un contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el que una

persona —comodante— entrega a otra —comodatario— una cosa para que la use gratuitamente durante cierto tiempo, al cabo del cual deberá restituirla.

2. *Requisitos*. — La *datio* convierte al comodatario en detentador de la cosa,<sup>37</sup> mientras la propiedad y la posesión siguen vinculadas al comodante. De aquí que pueda dar en comodato quien no es propietario de la cosa, y así, p. ej., el ladrón mismo.<sup>38</sup>

3. *Objeto*. — Objeto del comodato solo pueden ser las cosas corporales, y tanto las muebles como las inmuebles. Según regla general, la cosa debe ser inconsumible, pero aún se admite respecto de la consumible. Tal ocurre cuando es entregada para un uso distinto del normal, por ejemplo, para hacer ostentación de la misma —*commodatum ad pompam vel ostentationem*.<sup>39</sup>

4. *Gratuidad*. — Nota esencial del comodato es su gratuidad. En otro caso, es decir, si mediara una merced, no habría comodato, sino arrendamiento.<sup>40</sup> Aunque gratuito, se distingue de la donación, ya que solo atribuye un uso temporal de la cosa.

5. *Obligaciones* — El comodatario debe usar la cosa de conformidad con su propia naturaleza y destino, o bien a tenor de lo especialmente pactado.<sup>41</sup> Si procede de otra suerte, comete hurto —*furtum usus*, en el Derecho justiniano. En la época clásica responde de la custodia —*custodiam praestare*<sup>42</sup>—, que alcanza al hurto que otro cometa de la cosa dada en comodato; y en la época justiniana, de la *culpa levis*. No obstante, si la cosa ha sido dada en interés exclusivo del comodante, la responsabilidad se limita al dolo,<sup>43</sup> y si en interés común, a la *culpa in concreto*.<sup>44</sup>

Una vez transcurrido el tiempo fijado, el comodatario debe proceder a restituir la cosa.

Obligaciones eventuales del comodante son las de resarcir al comodatario tanto por los gastos extraordinarios que hubiera tenido necesidad de realizar, como por los daños debidos bien a vicios o defectos de la cosa, siempre que los conozca el comodante, bien a una reclamación intempestiva, o bien, en general, a la mala fe del último.<sup>45</sup>

6. *Acciones* — El comodante dispone contra el comodatario de la *actio commodati directa*, que aparece en el Edicto pretorio con dos fórmulas distintas: una, la más antigua, concebida *in factum*, y otra, de origen más reciente, concebida *in ius*.<sup>46</sup> El comodatario dispone a su favor de la *actio commodati contraria*.

#### IV. Depósito<sup>47</sup>

1. *Concepto*. — Depósito —*depositum*— es un contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el que una persona —deponente— entrega a otra —depositario— una cosa mueble, para que la custodie —*deponere, commendare, servandum o custodiendum dare*.

2. *Requisitos*. — La *datio* —requisito esencial del contrato— no implica

transmisión de la propiedad, ni convierte al depositario en poseedor,<sup>48</sup> sino en simple detentador, por lo que puede darse en depósito una cosa perteneciente a otra persona.<sup>49</sup>

3. *Objeto*. — La cosa objeto de depósito ha de ser mueble y no fungible. Cabe, no obstante, el depósito de cosa fungible siempre que la cosa esté dispuesta de manera que sea factible su identificación, p. ej., una cantidad de dinero contenida en una bolsa —*pecunia in sacculo signata*.

4. *Gratuidad*. — Según la concepción clásica, el depósito es esencialmente gratuito. Si media cualquier compensación, surge la figura del arrendamiento.<sup>50</sup> En cambio, el Derecho justinianeo no considera contrario a la naturaleza del contrato el pago de una modesta merced.<sup>51</sup>

5. *Origen*. — El depósito no es de origen muy antiguo. Para lograr el fin propio de este contrato se recurría, en un principio, a la *fiducia* —*fiducia cum amico*.<sup>52</sup> La ley de las XII Tablas otorga una *actio in duplum* contra el depositario infiel,<sup>53</sup> considerando la apropiación de la cosa confiada como *furtum nec manifestum*, que es castigado, precisamente, con dicha pena. La primera y decidida protección del depósito tiene lugar a fines de la República, al conceder el Pretor una *actio in factum*<sup>54</sup> contra el depositario que no restituye la cosa. Poco después, en los comienzos de la época imperial, la jurisprudencia introduce el depósito en el cuadro de los *contractus*, tutelando la relación mediante una *actio in ius concepta*, con el aditamento *ex fide bona*.<sup>55</sup> El deponente puede elegir entre la *formula in factum concepta* y la concebida *in ius*.<sup>56</sup>

6. *Obligaciones*. — El depositario viene obligado a la conservación de la cosa confiada, y siempre de conformidad con su peculiar naturaleza. Le está prohibido el uso de la misma, so pena de cometer un *furtum usus*.<sup>57</sup> Debe restituirla, sea al término del tiempo fijado, sea cuando la reclame el deponente, aunque el término no haya transcurrido.<sup>58</sup> La restitución abarca tanto la cosa en sí, como sus frutos y accesorios.<sup>59</sup>

Habida cuenta del carácter gratuito del contrato, así como de la naturaleza infamante de la *actio depositi*,<sup>60</sup> la responsabilidad del depositario por la pérdida o deterioro de la cosa se limita en un principio, al dolo.<sup>61</sup> En el Derecho justinianeo tal responsabilidad alcanza a la *culpa lata*.<sup>62</sup>

Aun puede agravarse la responsabilidad del depositario, si se ha ofrecido espontáneamente a la custodia de la cosa.<sup>63</sup> De otra parte, mientras se admite la validez del pacto por el que el deponente renuncia al ejercicio de la *actio depositi* —*pactum ne depositi agatur*<sup>64</sup>—, se niega la del que se dirige a librar de la responsabilidad por dolo —*pactum ne dolus praestetur*.

Obligaciones eventuales del deponente son la de resarcir los daños que la cosa haya causado al depositario y la de reembolsar a éste los gastos verificados en la misma. En la época clásica el depositario puede oponer en la *actio depositi directa* la compensación, o bien valerse del *ius retentionis*; en el Derecho justinianeo el único recurso de que dispone es la *actio depositi contraria*.<sup>65</sup>

7. *Acciones*. — El deponente dispone frente al depositario de la *actio comodati directa*, mientras éste dispone de la *actio depositi contraria* frente al primero.

8. *Figuras especiales*. — Figuras especiales de depósito son las siguientes:

- a) *Depósito necesario o miserable*. — Tiene lugar en caso de calamidad pública o privada —*incendium, ruina, naufragium*—, que no permite elegir libremente la persona a quien confiar las cosas en custodia. Contra el depositario infiel concede el Pretor una acción *in duplum*.<sup>66</sup>
- b) *Depósito irregular*. — Es el que tiene por objeto dinero u otras cosas fungibles, que puede consumir el depositario, obligándole a restituir otro tanto del mismo género y calidad. Esta figura de depósito es propia de la época posclásica.<sup>67</sup>
- c) *Secuestro*.<sup>68</sup> — Hay secuestro —*in sequestre est depositum*<sup>69</sup>— cuando dos o más personas confían a otra —secuestratario— la custodia de una cosa, con la obligación de devolverla a un individuo previamente señalado, o bien a quien llegue a encontrarse en cierta situación, p. ej., en la de vencedor tras la sentencia en el litigio promovido sobre la cosa.<sup>70</sup> A diferencia del depósito ordinario, el secuestro confiere la posesión interdicial. De otra parte, el secuestratario solo puede restituir la cosa cuando llegue la situación prevista. Para conseguir la restitución, es concedida la *actio depositi sequestrataria*.<sup>71</sup>

## V. Prenda<sup>72</sup>

De la prenda, en cuanto derecho real, se ha tratado en otro lugar —§ 84.

1. *Concepto*. — La prenda —*pignus*— es un contrato real por el que un sujeto —deudor pignorante— entrega una cosa al acreedor—*datio pignoris*—, en garantía de una obligación propia o ajena.

2. *Requisitos*. — La *datio* —requisito esencial del contrato— no implica transmisión de la propiedad, si bien convierte al depositario en poseedor interdicial,<sup>48</sup> por lo que puede darse en prenda una cosa que no se tiene en propiedad.

3. *Obligaciones*. — El acreedor pignoraticio tiene la obligación de conservar la cosa, así como la de restituirla, una vez cumplida la obligación garantizada. En el caso de venta de la cosa, tras el incumplimiento de la obligación, debe satisfacer al deudor el excedente del precio —*hyperocha*.

En el Derecho clásico el acreedor pignoraticio es responsable de la *custodia* de la cosa;<sup>73</sup> en el Derecho justinianeo, de la diligencia exigida a un buen *paterfamilias*.<sup>74</sup>

Obligaciones eventuales del deudor pignorante son las siguientes: reembolsar al acreedor los gastos hechos en la cosa; resarcirle de los daños que



ésta le haya ocasionado; responder por las obligaciones que contraiga el acreedor a consecuencia de la venta del objeto pignorado.<sup>75</sup>

4. *Acciones*. — El primer reconocimiento de la prenda tiene lugar dentro del campo de la protección pretoria. La acción sancionadora de la misma es la *actio pigneraticia*, ejercitable por el pignorante contra el acreedor pignoratico para recobrar la cosa pignorada.<sup>76</sup>

El acreedor pignoratico está asistido, en sus eventuales derechos, por la *actio pigneraticia contraria*.<sup>77</sup>

## VI. *Fiducia*<sup>78</sup>

1. *Concepto*. — La *fiducia* es un contrato por el que una persona —fiduciante— transmite a otra —fiduciario— la propiedad de una cosa, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, con objeto de garantizar un crédito —*fiducia cum creditore*—, o con miras a fines de varia indole —*fiducia cum amico*. Al acto formal de transmisión se agrega un *pactum fiduciae*, dirigido a la restitución de la cosa y tutelado por una acción pretoria —*actio fiduciae*.<sup>79</sup>

2. *Requisitos*. — La *fiducia* atribuye al fiduciario la propiedad de la cosa, por lo que se exige en el fiduciante la condición de dueño.

3. *Objeto*. — Aunque la *fiducia cum creditore* atribuye la propiedad de la cosa al acreedor, con las facultades que implica tal derecho, sin embargo su finalidad de garantía de una obligación hace que, cancelada la deuda, aquél se exponga a la condena derivada del ejercicio de la *actio fiduciae* si procedió a la enajenación de la cosa.

Tratándose de *fiducia cum amico*, la cosa es confiada a persona leal, que adquiere la propiedad en la sola razón y medida del fin que se persigue, y que puede ser de diversa naturaleza, pudiendo destacarse los siguientes:

- a) Constitución de la cosa en depósito o en comodato, antes de que estos contratos fueran reconocidos en el ámbito del *ius civile*.
- b) Transmisión de un esclavo a un tercero, con la obligación de manumitirlo.<sup>80</sup>
- c) Transmisión de la propiedad de la cosa donada con la obligación por parte del donatario de restituirla, si no observa la conducta prefijada —donación modal.
- d) Realización de una *donatio mortis causa*, de forma que la premonición del donatario determine la restitución de la cosa al donante.

4. *Acciones*. — El fiduciante tiene a su favor, la *actio fiduciae directa*, de carácter infamante;<sup>81</sup> el fiduciario, la *actio fiduciae contraria*, para reclamar los gastos hechos en la cosa y resarcirse de los daños que ésta le ocasione.<sup>82</sup>

La *fiducia* desaparece en la época posclásica, juntamente con la *mancipatio* y la *iure cessio*, sobre las que se apoyaba. En los textos justinianos su

nombre es sustituido por el de las figuras contractuales ahora vigentes —por el de la prenda, sobre todo.

## § 101. Contratos consensuales<sup>83</sup>

### I. Nociones generales

Contratos consensuales son aquellos para cuya validez no se requiere ni la observancia de una forma,<sup>84</sup> ni la *datio rei*,<sup>85</sup> sino únicamente el consentimiento de las partes, tanto presentes, como ausentes, y ya lo manifiesten de modo expreso o tácito, de palabra, mediante una carta —*per epistulam*— o a través de un nuncio —*per nuntium*.

Compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato integran la categoría de los contratos consensuales, dominados por el principio de la buena fe, libres de dificultades formales y accesibles a los extranjeros. Nacidos dentro de la corriente del *ius gentium*, en la hora de la expansión romana, responden a las nuevas necesidades del comercio mundial.

### II. Compraventa<sup>86</sup>

1. *Concepto.* — La compraventa —*emptio venditio*— es un contrato consensual por el que una de las partes —vendedor— se obliga a transmitir la posesión de una cosa, y a asegurar su pacífico goce —*habere licere*—, en tanto que la otra —comprador— asume la obligación de entregar en propiedad una suma de dinero —*pretium*.

La compraventa romana es un negocio meramente obligacional: crea obligaciones para vendedor y comprador, en cumplimiento de las cuales uno y otro entregan la cosa y el precio. De ella no nace un derecho real a favor del adquirente, ya que la obligación de transmitir y la efectiva transmisión se producen con independencia<sup>87</sup>.

2. *Cosa y precio.* — Objeto de la compraventa —*merx*— puede ser una cosa corporal o incorporeal, presente o futura.<sup>88</sup> Tratándose de cosa corporal, cabe determinarla según su propia individualidad, o bien por su pertenencia a un *genus*. Verdad es todavía que de la compraventa de cosas genéricas no ofrecen las fuentes ningún ejemplo claro, y aunque por parte alguna aparece excluida, cabe pensar que era contraria a la mentalidad de los romanos,<sup>89</sup> y que en el comercio al por mayor, cuando menos, debía recurrirse a la *stipulatio*.<sup>90</sup>

Posible es la compraventa de una cosa futura,<sup>91</sup> sea bajo la condición de que la cosa llegue a existir, como ocurre, p. ej., cuando recae sobre la cosecha próxima de un viñedo —*emptio rei speratae*—, sea incondicionalmente, de suerte que deba pagarse el precio aunque no sobrevenga la existencia de la

cosa, cual sucede, por ejemplo, cuando versa sobre la pesca que se recogerá echando la red —*emptio spei*.

En relación con las cosas incorporales se admite la compraventa de una servidumbre predial,<sup>92</sup> del usufructo,<sup>93</sup> de la herencia ya adquirida por el heredero,<sup>94</sup> de un crédito —mediante su cesión.<sup>95</sup>

Según los sabinianos, cualquier cosa puede servir de precio —*pretium*.<sup>96</sup> Prevalece, sin embargo, la doctrina proculeyana, luego acogida por Justiniano,<sup>97</sup> de que el precio debe consistir en una suma de dinero, excluyéndose la compraventa por permuta de cosas. Del precio se exige, además, que sea *certum*, es decir, determinado<sup>98</sup>.

A tenor del pensamiento clásico, el precio ha de ser verdadero, y no simulado. En efecto, no hay venta, sino donación, cuando el vendedor se conviene con el comprador en que no le exigirá el precio.<sup>99</sup> Al propio tiempo, se procura evitar que bajo el nombre y la apariencia de una venta se encubra una donación prohibida —p. ej., entre cónyuges.<sup>100</sup> Mas no se exige que el precio sea justo —*iustum pretium*.<sup>101</sup> La exigencia de la *justicia* del precio solo aparece declarada en el Derecho justiniano,<sup>102</sup> donde se dispone que si alguien vende un inmueble por una cantidad inferior a la mitad de su justo valor —*laesio enormis*—, puede pedir la rescisión de la venta. En todo caso, se reconoce al comprador la facultad de elegir entre la restitución de la cosa y el pago de lo que falta —*quod deest iusto pretio*.

3. *Obligaciones del comprador*. — El comprador viene obligado a las siguientes obligaciones:

- a) *Pago del precio* —*pretium dare*—, esto es, transmitir al vendedor la propiedad de las monedas.<sup>103</sup>

Es problema todavía no resuelto el referente al momento en que puede considerarse transmitida la propiedad de la cosa. Mientras Gayo (2, 20) afirma que tal sucede en el momento de realizarse la *traditio* —*statim tua fit res*—, en las Instituciones de Justiniano<sup>104</sup> y en algunos pasajes del Digesto<sup>105</sup> se lee que el comprador solo se hace propietario de la cosa cuando ha pagado el precio, o bien cuando ofrece garantía —personal o real— de que lo pagará. La norma se remonta, según las propias Instituciones justinianas, a las XII Tablas<sup>106</sup>, pero cabe pensar que, dentro de éstas, guardase relación con la *obligatio auctoritatis*. Por lo que toca al Derecho clásico, es de creer que el traspaso de la propiedad se operase, sin más, por la *mancipatio* o la *in iure cessio*, cuando la cosa es *mancipi*, o por la *traditio*, si es *nec mancipi*. Prescindiendo del modo en que Justiniano haya podido interpretar o transformar la regla antigua, es lo cierto que algún otro pasaje del propio Digesto la niega de modo implícito. A la postre, se tiene por suficiente la encomienda del vendedor a la *fides* del comprador.<sup>107</sup>

- b) *Pago de intereses*. — Corre también a cargo del comprador, según regla posdiocleciana<sup>108</sup> la obligación de abonar los intereses sobre el precio debido, y desde el día en que le fue entregada la cosa.<sup>109</sup>

- c) *Riesgo de la cosa*. — Si una vez perfeccionada la venta, pero antes de que se verifique la entrega, la cosa perece o sufre menoscabo, ya por razón de su propia naturaleza —piénsese, por ejemplo, en la facilidad con que se deteriora el vino—, o ya por un acontecimiento fortuito —incendio, inundación, etc.—, corresponde al comprador soportar el riesgo —*periculum emptoris*.<sup>110</sup> Tal significa, en definitiva, que ha de pagar el precio, aunque no reciba la cosa.

De todas maneras, conviene advertir que, el momento de perfección de la venta puede depender de diferentes circunstancias. Así, tratándose de compraventa condicional, la *emptio es perfecta* desde el momento mismo en que se cumple la condición;<sup>111</sup> si la compraventa recae sobre cosas que se toman en consideración por su peso, número o medida, será *perfecta* a partir del instante en que se pesan, numeran o miden; finalmente, si lo que se vende es una cantidad de cosas que forman parte de una masa, la *perfectio* tiene lugar una vez que han sido separadas de la misma.

Por lo demás, la regla *periculum est emptoris* no se aplica cuando la autoridad pública declara la cosa fuera de comercio —*extra commercium*— o la expropia,<sup>112</sup> y, por otra parte, la responsabilidad por la *custodia*, que incumbe al vendedor, limita los riesgos del comprador a los casos de pérdida o deterioro accidental de la cosa. Finalmente, las partes pueden proveer a una distinta regulación del riesgo, mediante la inserción en el contrato de las oportunas cláusulas.

Ésta es la doctrina del *periculum rei* y de la *emptio perfecta* que nos ofrecen los textos justinianos. Probablemente, no de otro modo debió de formularse en la época clásica, pero la cuestión es objeto de vivas discusiones.<sup>113</sup>

4. *Obligaciones del vendedor*. — El vendedor viene obligado a las siguientes obligaciones:

- a) *Transmisión de la posesión*. — El vendedor se obliga, en primer término, a transmitir al comprador la pacífica posesión de la cosa —*vacuam possessionem tradere*. Esta simple atribución posesoria, subsiguiente al cumplimiento de tal obligación, viene calificada como *habere licere*.<sup>114</sup>

Existe, pues, la obligación de procurar el *habere licere*, pero nunca la de transmitir la propiedad, hasta el punto de que, si media un pacto sobre este extremo, queda excluida la compraventa.<sup>115</sup> En el Derecho clásico, y siempre que se trate de *res Mancipi*, el vendedor es constreñido a realizar la *mancipatio*.<sup>116</sup> En el Derecho justiniano la obligación estriba en *tradere* la cosa.

- b) *Responsabilidad por evicción*. — Entregada la cosa, el vendedor responde del *habere uti frui licere*, es decir, de la privación de la posesión y el disfrute que pueda sufrir el comprador como conse-

cuencia de una sentencia condenatoria. La responsabilidad surge, en efecto, cuando el tercero que es *dominus*, ejerciendo la *rei vindictio*, vence en juicio al comprador, o también cuando, sin discutir sobre la propiedad, tiene sobre ella un derecho de servidumbre,<sup>117</sup> de usufructo<sup>118</sup> o de prenda,<sup>119</sup> y le es conferida judicialmente la posesión de la cosa. Se habla, en tal supuesto, de responsabilidad por evicción —de *evincere* o ser vencido.<sup>120</sup>

Al principio, la responsabilidad por evicción deriva de la *mancipatio* y, a falta de ésta, de la oportuna *stipulatio*. Si el adquirente es demandado judicialmente por un tercero, antes de haber transcurrido el término necesario para la usucapión, puede requerir la presencia del vendedor en el proceso, bajo la obligación de que, presente en él, le asista y defienda. Si se niega a ello o su intervención no conduce a buen resultado, el comprador puede dirigirse contra él mediante la *actio auctoritatis*, para obtener el doble del precio pagado.<sup>121</sup>

A falta de *mancipati*, solía realizarse una *stipulatio*, tanto para obtener el doble del precio de venta —*stipulatio duplae*—, como para resarcimiento del daño sufrido —*stipulatio habere licere*. Pronto llegó a admitirse la posibilidad de que el comprador exigiera al vendedor, mediante la *actio empti*, la garantía estipulatoria,<sup>122</sup> y, más tarde, le fue otorgada la facultad de reclamar, por esta misma acción, y con independencia de cualquier *stipulatio*, el resarcimiento del daño derivado de la evicción.<sup>123</sup> En el Derecho justiniano subsisten la *stipulatio duplae* y la *actio empti*, no pudiendo exceder el resarcimiento del doble del precio o del valor.<sup>124</sup>

Disciplinada legalmente la responsabilidad por evicción, aún son libres las partes para poder desviarla —*pactum de non praestanda evictione*.<sup>125</sup> En el caso de venta de la prenda,<sup>126</sup> así como en el de compra de una cosa a sabiendas de que es ajena,<sup>127</sup> cesa tal responsabilidad. Cabe, en fin, que la propia ley declare irresponsable al vendedor, como ocurre cuando la cosa objeto del contrato pertenece a las Iglesias o a las obras pías.<sup>128</sup>

- c) *Responsabilidad por vicios ocultos*. — El vendedor responde también de los vicios o defectos ocultos de la cosa.<sup>129</sup> Tal responsabilidad va ligada, en un principio, a la *mancipatio*, y se basa en la declaración de inexistencia de los mismos que, al concluir ésta, formula el enajenante. No procede, de todos modos, cuando nada se declara al respecto.

Desde antiguo se acostumbraba a asegurar esta responsabilidad no solo mediante lo afirmado en el acto de la *mancipatio*, sino también por *stipulatio*. En la práctica, la garantía por los vicios materiales se estipula a la vez que la garantía por evicción.

Desde la época de Cicerón,<sup>130</sup> el vendedor es responsable de los

vicios que, no siéndole ignorados, oculta al comprador. Esta responsabilidad es independiente, en todo caso, de lo afirmado en la *mancipatio* o de la *stipulatio*.

La responsabilidad por los vicios ocultos es regulada, sobre bases nuevas, por los ediles curules, a cuyo cargo corre la policía de los mercados públicos.<sup>131</sup> Según el Edicto curul, el vendedor de esclavos o de ciertos animales —*iumenta*— está obligado a declarar expresamente los vicios o defectos<sup>132</sup> de los mismos. En virtud del propio Edicto, el comprador puede exigir que le sea ofrecida garantía estipulatoria y, en caso contrario, ejercitar la *actio redhibitoria* o la *actio quanti minoris*.<sup>133</sup>

Con independencia de la garantía estipulatoria, señala el Edicto una responsabilidad inmediata en orden a los vicios ocultos, que se hace efectiva tanto si el vendedor los conoce y no los declara, cuanto si los ignora. El comprador está asistido, a este respecto, por la *actio redhibitoria* y por la *actio quanti minoris*, ejercitables en los plazos de seis meses y un año, respectivamente. La *actio redhibitoria* se endereza a la devolución del precio pagado, contra la restitución de la cosa; la *actio quanti minoris* tiende a la reducción del precio, conservando la mercancía comprada. La jurisprudencia clásica admite que el comprador pueda valerse de la acción contractual —*actio empti*— para exigir responsabilidad por los vicios de la cosa.<sup>134</sup> El Derecho justinianeo extiende las acciones edilicias a la compraventa de toda clase de cosas.<sup>135</sup>

5. *Acciones*. — De la compraventa —y por razón de las obligaciones contraídas por las partes— nacen dos acciones de buena fe: la *actio empti* o *ex empto*, a favor del comprador y la *actio venditi* o *ex vendito*, a favor del vendedor.<sup>136</sup> Además, deberán tenerse en cuenta aquellas otras que tiene su fundamento, como ya hemos dicho, en la *mancipatio* subsiguiente a la venta y en la *stipulatio* que solía realizarse a falta de aquella, así como las concedidas en el Edicto relativas a los vicios ocultos de la cosa.

6. *Pactos agregados a la compraventa*. — A la compraventa pueden agregarse algunos pactos cuya eficacia, dirigida a modificar o eliminar los efectos del contrato, se hace valer mediante las acciones propias de éste. Entre ellos, tenemos los siguientes:

- a) *Lex commissoria*.<sup>137</sup> — En virtud de este pacto<sup>138</sup>, se tiene por no celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado,<sup>139</sup> debiendo restituirse la cosa con los frutos percibidos.<sup>140</sup>
- b) *In diem addictio*.<sup>141</sup> — Es un pacto por virtud del cual el vendedor se reserva la facultad de rescindir el contrato, si dentro de cierto tiempo se presenta otra persona que ofrece mejores condiciones. Trans-

currido el plazo sin que nadie haga una oferta más ventajosa, o si, haciéndose ésta, no la acepta el vendedor, se considera firme el primer contrato; en el caso contrario, se rescinde la primera venta, salvo que el primer comprador puede hacer suya la oferta del tercero, quedando entonces confirmada la venta a su favor.

- c) *Pactum displicentiae*. — Mediante este pacto el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado —condición resolutoria<sup>142</sup>—, o bien supedita la propia existencia de la compraventa al hecho de que aquélla le ofrezca interés —condición suspensiva.<sup>143</sup> Si no se fija plazo a uno u otro respecto, el Edicto curul otorga al comprador una *actio in factum*, ejercitable durante sesenta días, por regla general, para declarar sin vigor el contrato. Habiendo transcurrido tal tiempo, la compraventa se considera firme, si se trata de condición resolutoria, o se tiene por no concluida, en el caso de condición suspensiva.
- d) *Pactum de retrovendendo*. — Por este pacto el vendedor se reserva la facultad de rescatar la cosa dentro de cierto tiempo, mediante la restitución del precio al comprador.
- e) *Pactum de retroemendo*. — Es el pacto por el que el comprador puede obligar al vendedor a que adquiera de nuevo la cosa, dentro de un tiempo determinado, y por el mismo precio.

### III. Arrendamiento<sup>144</sup>

1. *Concepto*. — El arrendamiento es un contrato consensual, por el que, a cambio de una merced o remuneración, un sujeto se obliga a procurar a otro el uso o el uso y disfrute de una cosa —*locatio conductio rei*—, o a prestarle determinados servicios —*locatio conductio operarum*— o a realizarle una obra —*locatio conductio operis*.

2. *Origen*. — Problema todavía no resuelto es el referente a los orígenes de la *locatio conductio*. La opinión más común descubre su raíz en los negocios concluidos por el Estado respecto a las tierras públicas.<sup>145</sup>

Bajo ciertos aspectos, *locatio conductio* y *emptio venditio* ofrecen gran analogía.<sup>146</sup> Las obligaciones recíprocas que nacen de la primera se hallan garantizadas mediante acciones *in ius* y *ex fide bona*, cuyas fórmulas debieron ser semejantes a las de la segunda.<sup>147</sup>

3. *Clases de arrendamiento*. — La anterior definición, comprensiva de tres figuras o clases de arrendamiento —de cosa, de servicios y de obra—, se muestra conforme con la doctrina moderna, antes que con el propio Derecho romano. Frente a lo que hoy ocurre, no conocía éste diversas especies de arrendamiento, sino una relación unitaria, un tipo contractual único.<sup>148</sup>

Según las ideas romanas, es *locator*, de un lado, el arrendador de la cosa y el que presta los servicios, y de otro, el que encarga la obra, ya que

éste es quien suministra los materiales con que se ejecuta ésta. Cabalmente, tratándose de arrendamiento de obra, el contrato versa sobre los materiales que entrega —*locat*— una persona, para que otra realice con ellos una obra determinada.<sup>149</sup> Nosotros, en cambio, consideraríamos arrendador al ejecutor de la obra, puesto que realiza una prestación y, a cambio de ella, recibe una merced.

A) *Arrendamiento de cosas* —«*locatio conductio rei*»<sup>150</sup> — El arrendamiento de cosas crea un vínculo personal, por virtud del cual el arrendatario —*conductor*— puede exigir el uso o el uso y disfrute de aquéllas, en tanto pesa sobre él la obligación de pagar la merced convenida —*merces*.

Del arrendamiento no nace un derecho real, sino un derecho de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador —*locator*. El arrendatario es simple detentador y, en consecuencia, no goza de la protección interdical acordada en beneficio del *possessor*.<sup>151</sup>

El arrendamiento puede recaer sobre toda clase de cosas, con tal de que sean inconsumibles.<sup>152</sup> No se excluye la posibilidad de arrendar el ejercicio de derechos sobre cosa ajena —*iura in re aliena*—, tales como el usufructo, la *habitatio* y la superficie. El arrendatario de casas o edificios se llama *inquilinus*; el de terrenos, *colonus*.

La merced debe consistir en una suma cierta de dinero, esto es, determinada al concluir el contrato. Solo en el Derecho justiniano puede encomendarse la determinación al *arbitrium* de un tercero, pero si éste no puede o no quiere verificarla, se considera ineficaz el contrato.<sup>153</sup>

No hay arrendamiento, sino contrato innominado (§ 103), cuando la merced no consiste en dinero.<sup>154</sup> Se exceptúa, sin embargo, la *colonia partiaria*,<sup>155</sup> donde la merced consiste en una cuota —*pars quota*— de los frutos del fundo.

Obligaciones del arrendador son las siguientes:

a) Procurar el uso o el uso y disfrute de la cosa —*utifrui licere praestare*. El arrendador debe, en efecto, facilitar el libre goce —y sin vicios<sup>156</sup>— de la cosa, según su actual y propio destino. La imposibilidad del uso o del uso y disfrute, siempre que se deba a culpa<sup>157</sup> del arrendador, acarrea para éste la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios —*id quod interest*. En otro caso, queda liberado, pero no recibe la merced<sup>158</sup> —*periculum locatoris*.

Mientras dure el arriendo, no le es dable al arrendador introducir en la cosa modificación alguna que la haga impropia o menos idónea para el goce convenido.<sup>159</sup>

- b) Hacer las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa en la forma que requiere su propio y normal destino.<sup>160</sup>
- c) Reembolsar al arrendatario los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa.<sup>161</sup>
- d) Soportar las cargas que pesen sobre la cosa.



Atañen al arrendatario estas obligaciones:

- a) Pagar la merced convenida. Puede librarse del pago cuando eventos graves —inundación, terremotos, sequía<sup>162</sup>— impidan el uso o disfrute de la cosa. En orden a los arrendamientos de fincas rústicas se establece por rescriptos imperiales la llamada *remissio mercedis*, en virtud de la cual el arrendador debe rebajar equitativamente la renta en los años de malas cosechas, para ser reintegrado lo que falta cuando vengan otras abundantes.<sup>163</sup>
- b) Usar de la cosa en el modo que conviene a su propio destino. Su responsabilidad alcanza a toda culpa.<sup>164</sup>
- c) Restituir la cosa al término del arriendo. Una constitución de Zenón<sup>165</sup> castiga la injusta oposición del arrendatario a restituir como si se tratase de invasión de la posesión ajena. En el Derecho justiniano no cabe oponerse a la restitución afirmando el propio derecho dominical.

Según el Derecho clásico, el arrendatario viene obligado a pagar la totalidad de la merced cuando abandona el fundo, sin justa causa, antes del tiempo convenido. A tenor de la norma justiniana, la responsabilidad del arrendatario, en este aspecto, se limita al abono del daño efectivamente causado al arrendador.<sup>166</sup>

En orden a la duración del arrendamiento, es preciso ver si se ha señalado o no un término. Si hubo tal señalamiento, la llegada del término determina el cese de la relación contractual. Se admitió, sin embargo, la llamada *relocatio tacita*: el arrendatario puede continuar en su condición de tal por encima del tiempo convenido, siempre que no se oponga a ello el arrendador. Tratándose de fincas rústicas, la renovación tácita —o tácita reconducción, como decimos hoy— se traduce en la prórroga de un año; en las fincas urbanas la prórroga no tiene duración determinada.<sup>167</sup>

El arrendador y el arrendatario pueden apartarse del contrato por otras varias causas. Al arrendador le es dado hacerlo en los siguientes casos: 1.º, cuando no le es satisfecho el alquiler durante dos años;<sup>168</sup> 2.º, cuando la cosa es objeto de abuso o deterioro;<sup>169</sup> 3.º, cuando demuestra la necesidad de habitar la casa, o bien cuando quiere reformarla.<sup>170</sup>

El arrendatario puede negarse a continuar el arrendamiento apoyándose en alguno de estos motivos: 1.º, retardo del arrendador en la entrega de la cosa;<sup>171</sup> 2.º, defectos de la cosa que impiden por completo su uso, o lo limitan, o lo hacen más difícil;<sup>172</sup> 3.º, temor racional de que sobrevenga un peligro si se continúa en el uso de la cosa arrendada.<sup>173</sup>

Cuando no se ha fijado un término, o no cabe deducirlo de la naturaleza del contrato, puede cesar el arrendamiento por decisión del arrendador o del arrendatario, y sin necesidad de previo aviso.

Termina, en fin, el arrendamiento cuando cesa el derecho del arrenda-

dor sobre la cosa, como ocurre en el caso del usufructo extinguido antes del término de duración señalado al contrato.<sup>174</sup>

No acaba el arrendamiento por la muerte de una de las partes, a no ser que haya sido hecho por un período de tiempo dejado a la voluntad del arrendador.<sup>175</sup>

No se disuelve el contrato cuando la cosa arrendada es objeto de venta, y el adquirente priva de ella, como puede hacerlo, al arrendatario. El derecho personal de éste frente al arrendador se mantiene en pie, en términos de poder exigirle responsabilidad por la privación del uso —o del uso y disfrute— de la cosa. Desde el punto de vista técnico-jurídico, no es exacto, por tanto, el adagio *emptio tollit locatum* —«la venta rompe el arrendamiento»—, como se decía en el Derecho común.<sup>176</sup>

El Derecho romano admite el subarriendo, salvo contraria disposición de las partes contratantes.<sup>177</sup>

*B) Arrendamiento de obra* —«*locatio conductio operis*».<sup>178</sup> — Recae sobre el resultado de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se conviene el transporte de cosas o personas, la confección de un traje o la construcción de una casa. Poco importa en estos casos que el que asume el encargo de realizar la obra la lleve o no a término personalmente, y que se atenga o no a las instrucciones o indicaciones de la otra parte, puesto que su obligación estriba en entregar la obra ya acabada. Cabe, no obstante, que el contrato se haya celebrado en atención a las cualidades técnicas del obrero —*conductor*—, de forma que sea él quien realice el trabajo. Dado tal supuesto, la muerte del obrero determina —y éste es caso excepcional— la extinción del contrato.

Presupuesto del contrato es que la obra se lleve a cabo con materiales suministrados por el que la encarga —*locator*. En otro caso, y según la opinión prevalente en Derecho romano, se produciría una compraventa.<sup>179</sup>

El pago de la merced ha de hacerse, de no mediar pacto en contrario, a la terminación de la obra. Además de tal pago, pesa sobre el *locator* la obligación de resarcir a la otra parte los daños causados por las cosas que le entrega.

Sobre el contratista o *conductor* pesa el riesgo de la cosa —*periculum*— hasta el momento de la entrega o de la aprobación. Sin embargo, se libra de responsabilidad cuando el perecimiento de la cosa es debido a fuerza mayor.<sup>180</sup>

*C) Arrendamiento de servicios* —«*locatio conductio operarum*»<sup>181</sup>. — Tiene por objeto la prestación de los propios servicios —*operae*—, durante un cierto tiempo, y a cambio de una remuneración. Los de artes liberales —abogacía, medicina, etc.— eran prestados, dadas las ideas dominantes en la sociedad romana, de forma gratuita. La reclamación de los honorarios solo fue posible en la época imperial, a través de la *cognitio extra ordinem*.

La prestación de los servicios debe hacerse personalmente, cesando tal obligación con la muerte del arrendador —*locator*. La muerte del arrendatario —*conductor*— no determina el cese de la relación, que se traspasa a sus herederos.

El arrendador puede exigir la remuneración aunque no se hayan utilizado sus servicios, siempre que ello se deba a causas extrañas a su voluntad y no medie, por otra parte, un pacto en contrario<sup>182</sup> —*periculum locatoris*.

La jurisprudencia romana aplica, a través de estas acciones, la *lex Rhodia de iactu* (D. 14, 2), reguladora del contrato de transporte marítimo. Según las normas de esta ley —verdadera «práctica profesional»,<sup>183</sup> y acogida por todos los pueblos de la cuenca mediterránea, bajo el nombre de la antigua reina del mar, la isla de Rodas—, los propietarios de las mercancías que el capitán hace arrojar al mar —*iactus*—, para salvar la nave en momento de peligro, deben ser indemnizados por el armador de la misma y los dueños de las mercancías salvadas. Los propietarios de las mercancías echadas al mar tienen a su favor la *actio locati* contra el armador, y éste dispone, a su vez, de la *actio conducti* frente a los dueños de las mercancías salvadas. El reparto de las pérdidas se hace en proporción al valor del buque y del cargamento salvado.

Aparte de este caso típico, los principios de la *lex Rhodia* se aplican a toda clase de daños intencionados causados al buque o al cargamento en situaciones de peligro común.<sup>184</sup>

5. *Acciones*. — Las acciones nacientes del arrendamiento son la *actio ex locato* o *locati* y la *actio ex conducto* o *conducti*, que competen, respectivamente, al arrendador y al arrendatario —arrendatario de cosa, persona a la que se prestan los servicios y ejecutor de la obra—, para exigir las respectivas prestaciones.

#### IV. *Sociedad*<sup>185</sup>

1. *Concepto*. — La sociedad —*societas*— es un contrato consensual, de buena fe, por virtud del cual dos o más personas —*socii*— se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

La sociedad es un contrato consensual.<sup>186</sup> Lo esencial es que exista un consentimiento, importando poco la forma en que éste se exprese. Mas el consentimiento ha de ser constante y duradero, y por ello se habla —el lenguaje es justiniano— de *affectio* o *animus societatis*.<sup>187</sup>

La sociedad es un contrato de buena fe. Cada socio viene obligado a contribuir al todo común en los términos convenidos y, además, en lo que sea exigible entre personas de leal proceder, según las particulares circunstancias del caso. El que se asocia con otros, ha de poner en los asuntos sociales la diligencia que suele emplear en la administración de las cosas propias —

*diligentia quam suis rebus adhibere solet*. En el Derecho justinianeo el socio responde, en efecto, de la *culpa in concreto*, mientras que en la época clásica solamente le era imputable el *dolo*.<sup>188</sup>

A diferencia de la *asociación*, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del Derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre los socios, es decir, una «relación interna», no trasciende para nada al exterior.

Faltan normas especiales en orden a la administración de la sociedad, que corresponde, en principio, a todos los socios. Cabe todavía que uno de los socios actúe como mandatario o gestor sin mandato, pero los negocios por él realizados solo producen efectos en su propia cabeza. En todo caso, se hace necesaria una cesión para que alcancen a los demás tales efectos.

2. *Aportaciones de los socios*. — La aportación de cada socio puede ser distinta, y no solo en la cantidad, sino también en la calidad. Cabe, en efecto, que un socio contribuya con dinero, mientras otro presta sus propios servicios. No surge, sin embargo, la relación contractual cuando algún socio no aporta nada. De la misma manera, y vista siempre la necesaria comunidad de fin, no se concibe un contrato por el que uno de los socios solo comparte tan las pérdidas —*societas leonina*.<sup>189</sup>

3. *Régimen de pérdidas y ganancias*. — Cuando nada se ha convenido sobre el reparto de pérdidas y ganancias, unas y otras se dividen por partes iguales —y no en proporción a las aportaciones<sup>190</sup>—; y si se han determinado únicamente las ganancias, por ejemplo, y no las pérdidas, se aplica a éstas la misma medida que a aquéllas.<sup>191</sup>

Cuestión controvertida fue la de si un socio podía obtener más ganancias y menos pérdidas que los demás. Algunos juristas consideraron que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad; otros se pronunciaron en sentido contrario, y su opinión llegó a prevalecer.<sup>192</sup>

4. *Clases de sociedad*. — Figuras típicas —y las más difundidas— de sociedad eran la *societas omnium bonorum* y la *societas unius rei*. La primera se caracteriza por la aportación común de todo el patrimonio de los socios, afectando a todos los bienes, presentes y futuros, y ya sean adquiridos por actos *inter vivos* o *mortis causa*; la segunda surge con el desarrollo del comercio internacional, y tiene por objeto una sola operación o una serie concreta de actividades.<sup>193</sup>

La *societas omnium bonorum* tiene su origen en el antiguo *consortium familiar*<sup>194</sup> o comunidad doméstica surgida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*, y a imagen suya puede constituirse también entre extraños.<sup>195</sup> Esta clase de sociedad propia del *ius civile* desaparece en la época antigua, entrando en su lugar, por obra de la corriente del *ius gentium*, la *societas*, accesible tanto a romanos como a extranjeros.

5. *Obligaciones de los socios*. — Los socios están obligados, en primer término, a aportar los bienes o prestaciones personales a que se hubieran comprometido en el momento de manifestar su consentimiento inicial. Asi-

mismo, cada socio está obligado a incorporar a la caja social todo lo adquirido por razón de la actividad social,<sup>196</sup> debiendo ser indemnizado por los gastos o pérdidas sufridas en interés del negocio común.<sup>197</sup> Los terceros que contrataron con un socio no pueden dirigirse contra los otros socios, a no ser que el socio contratante haya vertido los ingresos en la caja común.<sup>198</sup>

6. *Extinción de la sociedad.* — La sociedad se constituye sobre la base de una relación de confianza entre determinadas personas. Y la *fraternitas* en la que se inspira la sociedad, explica que ésta se extinga como tal como tal por la renuncia o rescisión unilateral<sup>199</sup> y por la muerte<sup>200</sup> o la *capitis deminutio* de cualquiera de los socios.<sup>201</sup>

Otras causas de extinción de la sociedad son la quiebra o la confiscación de los bienes de un socio;<sup>202</sup> la realización del negocio para el que se constituyó;<sup>203</sup> la pérdida del patrimonio social o su sustracción al comercio;<sup>204</sup> la expiración del tiempo por el que fue constituida;<sup>205</sup> la voluntad concorde de todos los socios;<sup>206</sup> el ejercicio de la *actio pro socio*, que produce el mismo efecto que la *renuntiatio*.<sup>207</sup>

7. *Acciones.* — Mediante la *actio pro socio*, de buena fe, se hacen valer las obligaciones recíprocas de los miembros de la sociedad. Se trata de una acción general de rendición de cuentas, y la condena de algún socio como consecuencia de su ejercicio lleva aparejada la declaración de infamia.<sup>208</sup> Al socio demandado le cabe oponer a tal *actio* el llamado *beneficium competentiae*, de forma que solo sea condenado en los límites de sus posibilidades económicas.<sup>209</sup>

La *actio pro socio* no da lugar a adjudicaciones. La división del patrimonio social se consigue mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*.

## V. Mandato<sup>210</sup>

1. *Concepto.* — Mandato —*mandatum*— es un contrato consensual, bilateral imperfecto, de buena fe, por el que una persona —mandatario o procurador<sup>211</sup>— se obliga a efectuar gratuitamente el encargo o gestión encomendados por otra —mandante o *dominus negoti*—, y que atañe al interés de ésta o de un tercero.

El mandato es un contrato consensual,<sup>212</sup> por lo que la voluntad puede manifestarse de cualquier forma que resulte indubitada.

2. *Gratuidad.* — El mandato es esencialmente gratuito.<sup>213</sup> No obstante, como expresión de gratitud, más que como compensación al servicio prestado, se admite la posibilidad de que el mandatario reciba un *salarium*<sup>214</sup> que es exigible *extra ordinem*<sup>215</sup> y no por medio de la acción contractual.

3. *Objeto.* — En principio, el mandato tiene por objeto la realización, por el mandatario, de un negocio jurídico —material o procesal—, pero cabe también, según práctica excepcional,<sup>216</sup> que recaiga sobre una actividad de hecho.<sup>217</sup> Importa, por otro lado, que el objeto sea *lícito*.<sup>218</sup>

El mandato ha de ofrecer interés para el mandante —*mea gratia*— o para un tercero —*aliena gratia*—, y nada impide que con el interés de uno o de otro concurra también el del mandatario. Mas, si el mandato mira exclusivamente al interés del mandatario —*tua tantum gratia*—, no pasa de ser un consejo —*consilium*—, y, consiguientemente, carece de efectos jurídicos.<sup>219</sup>

4. *Obligaciones.* — Obligación del mandatario es la de llevar a cumplimiento término el mandato, según las instrucciones recibidas, o bien con arreglo a la propia naturaleza del negocio. Se excede en la ejecución del mandato el que lo realiza en condiciones distintas de las señaladas por el mandante, ya sean más onerosas o ya lo sean menos.<sup>220</sup>

El mandatario debe dar cuenta de su gestión al mandante, haciéndole entrega de todas las adquisiciones hechas como consecuencia de la ejecución del mandato. Si el mandatario presta a interés dinero del mandante, viene obligado a entregar cuanto llegue a percibir por tal concepto; asimismo, responde de los intereses cuando no comercia con el dinero, pero lo invierte en sus propios usos.<sup>221</sup>

En el Derecho clásico el mandatario responde por dolo; en el Derecho justinianeo le alcanza también la culpa.<sup>222</sup>

El mandatario puede ejecutar el mandato recurriendo a un sustituto, pero entonces soportará todo el riesgo que llegue a derivar de la sustitución.<sup>223</sup> En cualquier caso, no cabe valerse de otro cuando se excluya por explícita convención de las partes, o bien cuando no lo permita la especial naturaleza del acto que tiene por objeto el mandato.

El mandato pertenece a la categoría de los contratos bilaterales imperfectos, es decir, de aquellos que producen necesariamente obligaciones para una de las partes, mientras que las obligaciones de la otra solo surgen de modo eventual.<sup>224</sup> En principio, únicamente se obliga el mandatario, en la medida que debe cumplir el encargo, pero también puede obligarse el mandante, p. ej., cuando el mandatario hace desembolsos o sufre daños en el cumplimiento de su cometido.<sup>225</sup>

Excluida como está la representación directa, el nexo obligacional se establece entre el mandatario y el tercero que con él negocia, y no entre éste y el mandante. Poco a poco fueron introducidas, sin embargo, acciones útiles a favor o en contra del mandante.<sup>226</sup>

5. *Acciones.* — Del mandato, contrato de buena fe, nacen la *actio mandati directa*, ejercitable por el mandante contra el mandatario, y la *actio mandati contraria* que compete a éste contra aquél.<sup>227</sup> Una y otra sirven para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones. La acción directa es infamante.<sup>228</sup>

6. *Extinción.* — Causas de extinción del mandato son las siguientes:

- a) El cumplimiento del encargo, o la imposibilidad de llegar a realizarlo.
- b) La llegada del término establecido.
- c) La voluntad concorde de las partes.

- d) La revocación —*revocatio*— por parte del mandante, si bien solo produce efectos desde el momento en que el mandatario la conoce.<sup>229</sup>
- e) La renuncia —*renuntiatio*— del mandatario. Responde éste de los daños que pueda sufrir el mandante cuando la renuncia se hace intempestivamente, y sin que se apoye en una justa causa.<sup>230</sup>
- f) La muerte de cualquiera de las partes,<sup>231</sup> habida cuenta de que el mandato se constituye sobre la base de una relación de confianza. No obstante, el mandatario puede dirigirse contra los herederos del mandante, si ha continuado la gestión ignorando la muerte de éste.<sup>232</sup>

7. *Mandatum y procura*. — En el Derecho justiniano el mandato ha absorbido a una institución cuyas raíces arrancan de la vieja familia romana: la *procura*.<sup>233</sup> La *procura*, con este origen, y el mandato, con su vinculación a la corriente del *ius gentium*, son dos figuras distintas en la época clásica. *Procurator* es el administrador de un patrimonio —*procurator omnium bonorum, ad res administrandas datus*. Tal administrador —un liberto, generalmente— ejercita —de hecho, más que de derecho— muy amplias facultades y, por verdad, en virtud de la propia y exclusiva decisión del patrono. Con posterioridad, el Pretor sanciona la figura específica del representante procesal —*procurator ad litem*—, y éste es considerado como mandatario. En el Derecho de la última época *procura* y mandato se funden y confunden: el *procurator unius rei* puede cumplir toda suerte de gestiones, y tanto éste como el *procurator omnium bonorum* son mandatarios en razón al encargo expreso que les ha sido conferido; si tal falta, tienen la condición de *negotiorum gestores*. El *procurator* es definido como aquel que *aliena negotia mandatu domini administrat*;<sup>234</sup> se llama *verus procurator* al que actúa en virtud de mandato, mientras es *falsus* el que obra de modo espontáneo.

## § 102. Contratos formales

### I. Nociones generales<sup>235</sup>

Entre los contratos formales Gayo enumera los verbales<sup>236</sup> y los literales.<sup>237</sup>

«La obligación verbal se hace mediante una pregunta y una respuesta, como por ejemplo: ¿PROMETES DAR? PROMETO, ¿DARÁS? DARÉ, ¿PROMETES? PROMETO, ¿EMPEÑAS FIELMENTE TU PALABRA? LA EMPEÑO FIELMENTE. ¿TE HACES FLADOR? ME HAGO FLADOR, ¿HARÁS? HARÉ»<sup>238</sup> Tal es la *stipulatio*, figura propia —privativa— de los *cives romani*, y que Gayo erige en centro cardinal de la obligación verbal—*obligatio verbis contracta*. El propio jurista habla luego,<sup>239</sup> a modo de digresión, de «la existencia de otras obligaciones que se

pueden contraer sin que medie una interrogación previa», es decir, que surgen de la palabra de quien quiere obligarse —*uno loquente*.

Contrato literal es el *nomen transscripticium*: «La obligación por los documentos escritos surge, por ejemplo, con las transferencias de créditos», dice el mismo Gayo.<sup>240</sup> La *obligatio litteris* nace de la inscripción de la deuda en el libro de ingresos y gastos —*codex accepti atque expensi*— del acreedor, pero no conocemos con exactitud el tenor de la fórmula empleada. Junto al *nomen transscripticium*, que es la obligación literal de los romanos, menciona Gayo<sup>241</sup> la *litterarum obligatio* propia de los peregrinos, nombrando los *chirographa* y los *syngrapha*.

La enumeración de Gayo<sup>242</sup> es completada por los romanistas. Entre los contratos verbales se incluyen el *nexum*<sup>243</sup>, la *vadiatura* y la *praediatura*.

## II. *Stipulatio*<sup>244</sup>

1. *Concepto y origen*. — La *stipulatio*, nervio y puntal de la doctrina clásica de la *obligatio*, se celebra *verbis*, es decir, mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor.

La *stipulatio* otorga fuerza obligacional a toda suerte de convenios. En efecto, no solo sirve para «formalizar» contratos desprovistos de forma —y, por ello, carentes de acción—, sino también para crear o reforzar las más diversas relaciones. Si prescindieramos de su carácter unilateral y de su rigurosa ordenación verbal, la *stipulatio* sería semejante al contrato moderno. O mejor aún, no hablaríamos, con relación a ella, de *un* contrato, sino de *el* contrato, en cuanto tiene de medio idóneo para dotar de eficacia jurídica a acuerdos de voluntades del más vario contenido.<sup>245</sup>

La *stipulatio* es una promesa estipulada, esto es, instada por medio de una pregunta. En el viejo Derecho civil la pregunta y la respuesta se conciben en la forma de la *sponsio*: *spondes? spondeo*. La *sponsio* (§ 92), institución de raigambre y sello religioso-jurídico, según lo que creemos más probable, solo es accesible a los ciudadanos romanos. Por obra de la corriente del *ius gentium*, favorecedora del tráfico comercial, se reconoce validez a otras formas de estipulación: *dabis? dabo*, *promittis? promitto*, *fidepromittis? fidepromitto*, *fideiubes? fideiubeo*, *facies? faciam*, etc. (¿Darás? Daré. ¿Prometes? Prometo. ¿Das tu palabra? Doy mi palabra. ¿Te haces fiador? Me hago fiador. ¿Harás? Haré), y en términos de poder ser utilizadas tanto por los romanos como por los extranjeros. También tienen valor aunque se hagan en griego, con las palabras: δώσεις; δώσω; ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ; ποιήσεις; ποιήσω, etc. (¿darás?, daré; ¿prometes?, prometo; ¿harás?, haré), siempre que sea entendida dicha lengua. A su vez, si se pronuncian en latín, se requiere que los extranjeros comprendan su significado. En cambio, la forma *spondes? spondeo* es tan propia de los ciudadanos romanos que no puede pronunciarse en griego.<sup>246</sup>



2. *Requisitos*. — Requisitos formales de la *stipulatio* son los siguientes:

- a) *Oralidad*: una y otra parte han de pronunciar las palabras solemnes que antes hemos mencionado.<sup>247</sup> En consecuencia, la *stipulatio* no es permitida al mudo, al sordo, y al *infans*:<sup>248</sup> a los primeros, porque no pueden pronunciar u oír las palabras; al último, porque no está a su alcance entenderlas. La posibilidad de que intervenga un intérprete solo es reconocida en el Derecho posclásico.<sup>249</sup>
- b) *Unitas actus*: la respuesta debe seguir inmediatamente a la pregunta. Cuando menos, esto es el principio afirmado en la época clásica.<sup>250</sup>
- c) *Congruencia*: entre la pregunta y la respuesta ha de mediar correspondencia<sup>251</sup>. No es válida la *stipulatio* cuando no se responde exactamente a lo que se pregunta —por ejemplo, si el acreedor insta a que se le den cien y el deudor promete cincuenta, o si aquél interroga sin condición, y éste contesta con ella. De otra parte, no se admite que sea respuesta suficiente al *darás?* del acreedor un *cómo no* del deudor.<sup>252</sup>
- d) *Presencia de las partes*: la estructura formal de la *stipulatio* la hace necesaria. No es válida, en modo alguno, la *stipulatio* contraída entre ausentes.<sup>253</sup>

3. *Objeto*. — En razón a su contenido, la *stipulatio* puede ser *certa* o *incerta*.<sup>254</sup> lo primero sucede cuando de las mismas palabras aparece el *qué*, el *cuál*, o el *cuánto*, como, por ejemplo, dar diez áureos, el fundo Tusculano, el esclavo Estico; lo segundo, cuando falta dicha determinación, o bien cuando la obligación contractual consiste en un mero *facere* —*obligatio faciendi*.

El régimen de la *stipulatio*, hasta aquí expuesto, se desvirtúa o degenera en la última época del Derecho romano.<sup>255</sup> Dentro del mismo período clásico se acostumbró redactar un documento —*cautio*— con el fin de atestiguar la celebración de la *stipulatio*. Tal documento solo sirve de medio de prueba: el valor de la *stipulatio* se hace depender, en todo caso, de la efectiva celebración del acto oral. Si se demuestra que no se han pronunciado las palabras solemnes, cae por su base el documento, y el negocio concreto no surge a vida. Frecuente es también que en escrituras referentes a otros contratos —p.ej., el de compraventa— se agregue una cláusula en la que las partes declaran haber celebrado la *stipulatio*, pero el valor de tal cláusula depende también de que haya mediado la solemnidad oral.

El principio de la oralidad pierde terreno, sin embargo, bajo el influjo de la práctica oriental. Los hombres de Oriente, ya *cives* con la *constitutio Antoniniana* —212 de C.—, prefieren la escritura a la expresión verbal, y si en los documentos contractuales suele incluirse una cláusula expresiva de lo que es exigido en el acto oral, dicha cláusula aparece también en negocios de carácter unilateral, como el testamento, e incluso en un mandamiento de detención.<sup>256</sup>

Por donde no cabe hablar de una recepción verdadera del contrato verbal romano.<sup>257</sup>

Todavía en la época de los Severos el documento no hace presumir la realidad del cumplimiento del acto oral. Mas una constitución de León,<sup>258</sup> del año 472, reconoce la validez de la *stipulatio* celebrada con cualquier clase de palabras —*quibuscumque verbis*—, y, por otra parte, no parece que se presuponga la oralidad. Justiniano cierra el ciclo de esta evolución, si bien dispone que el documento carece de valor cuando una de las partes demuestra que estuvo ausente de la ciudad el día en que aquél se redactó. En este último momento es el *animus*, la *voluntas* o *consensus contrahentium* lo que otorga virtualidad a la *stipulatio*. La voluntad contractual, en general, puede manifestarse de palabra o por escrito, y manifestación de esa voluntad, antes que forma, es la *stipulatio*, transfundida en el documento.

4. *Acciones*. — Del contrato estipulatorio nacen dos acciones: la *actio certa ex stipulatu*, para la *stipulatio certa*, y la *actio incerta ex stipulatu*,<sup>259</sup> para la *incerta*.

### III. *Dotis dictio*<sup>260</sup>

Es la promesa solemne de dote, hecha por la mujer misma, si es *sui iuris*, o por el *pater*, el abuelo paterno o un deudor de ella, que intervenga bajo mandato de la misma. La obligación nace de los *verba* pronunciados por el constituyente,<sup>261</sup> siempre y cuando se llegue a contraer el matrimonio o que, ya contraído, no se declare su nulidad.

La *dotis dictio* puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales.<sup>262</sup>

Teodosio II atribuye eficacia a la simple promesa, exenta de forma, y los compiladores sustituyen la expresión *dotis dictio* —o *dotem dicere*— por la de *dotis promissio* —o *dotem promittere*.

### IV. *Promissio iurata liberti*<sup>263</sup>

Es la promesa jurada por la que el liberto se obliga a prestar determinados servicios al patrono. Se trata del único caso en que el juramento da lugar al nacimiento de una obligación civil. De advertir es que no median aquí otros *verba* que los del liberto promitente.

Antes de que el liberto adquiriera la condición de tal, es decir, en un momento en que todavía es esclavo, carece de capacidad para obligarse conforme a Derecho, pero puede recurrir a un juramento que le constriña religiosamente a prestar servicios al *dominus*, una vez que éste le manumita. Es un segundo juramento, hecho después de la manumisión, el que faculta para exigir jurídicamente tales servicios.

V. *Vadiatura*<sup>264</sup>

El *vas* es una persona que se hace responsable del cumplimiento de deberes ajenos. Cuando menos, esto es seguro en lo que toca a los deberes procesales y, más concretamente, a la comparecencia en juicio.

Esta vieja forma de caución procesal perdura en el *vadimonium* de la época clásica, que más tarde, en el Derecho justiniano, será sustituido por la *cautio indicio sisti*. El *vadimonium* se presta mediante *stipulatio* del propio demandado, con la intervención de garantes —*sponsores*.

VI. *Praediatura*<sup>265</sup>

Otra figura de garante es la del *praes*. Su garantía se aplica a las deudas contraídas por los particulares con el Estado o con las *civitates*, por razón de tributos o de adjudicación de obras públicas. Asimismo se extiende al orden procesal: los *praedes litis et vindiciarum* garantizan la restitución de la cosa y de los frutos por parte del litigante que, habiendo recibido interinamente la posesión de la misma, llegue a perder el pleito. En el procedimiento formulario la responsabilidad del garante es sustituida por la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, que presta la propia parte, con la intervención de *sponsores*.

VII. *El contrato literal*<sup>266</sup>

La *transscriptio* o *nomen transscripticium* es el contrato literal de la época clásica. La *obligatio litteris* se funda en las anotaciones que hace el *paterfamilias* en su libro de cuentas.<sup>267</sup> A la manera del comerciante actual, todo *paterfamilias* suele llevar un libro contable —*codex accepti et expensi*—, donde anota los ingresos y salidas derivados de negocios contraídos con otras personas. Ingresos y salidas figuran, respectivamente, bajo las rúbricas del *acceptum* y del *expensum*.

Según refiere Gayo, la *transscriptio* podía ser de dos clases: *a re in personam* y *a persona in personam*. La primera implica la transformación en obligación literal de una *obligatio* proveniente de causa distinta: el acreedor anota en la *accepti pagina* la suma que otro le debe, p. ej., por una compraventa, como si le hubiera sido realmente entregada —*acceptilatio ficticia*— y al propio tiempo inscribe en la *expensi pagina* la misma suma, como entregada al deudor —y de hecho no ocurre así— en concepto de mutuo —*expensilatio ficticia*.<sup>268</sup>

La *transscriptio a persona in personam* se verifica para sustituir un deudor por otro nuevo: el acreedor anota como crédito contra Ticio lo que le debe Cayo. Al igual que en el caso anterior, se combinan aquí una *accepti-*

*latio* y una *expensilatio* ficticias, de forma que, extinguiéndose la obligación de Cayo, que en realidad no ha pagado, surge una *obligatio litteris* a cargo de Ticio.

Del *nomen transscripticium* tenemos escasas noticias. Algo nos dicen Cicerón y Gayo, pero no lo bastante para aclarar ciertos puntos oscuros. Por lo pronto, no se sabe si la inscripción del acreedor exige el concurso de la voluntad del deudor, y, en caso afirmativo, de qué modo se manifiesta ésta. Cuestión dudosa es también la de si a la *expensilatio* del acreedor ha de corresponder necesariamente una inscripción inversa del deudor.

La *transscriptio* versa sobre una cantidad cierta de dinero —*certa pecunia*—, y engendra siempre deudas abstractas; la *expensilatio* constata el pago, pero nada dice sobre la finalidad jurídica a que éste se endereza. De otra parte, registrándose el pago como hecho actual, la *transscriptio* no puede ser sujeta a condición. La obligación naciente de la *transscriptio* se halla amparada por la *actio certae creditae pecuniae*.

Distintos de los *nomina transscripticia* son los *nomina arcaria*, según nos dice el propio Gayo.<sup>269</sup> Las simples anotaciones o asientos de caja, sobre ingresos o desembolsos efectivos, no producen obligación: suministran una prueba de una obligación antes contraída, que queda inalterada.

Surgida y desenvuelta en los últimos siglos de la República, la *transscriptio* es, probablemente, un residuo histórico, ajeno a la práctica, en la época clásica, por más que Gayo hable de ella como de institución vigente. En todo caso, el Derecho Justiniano no da acogida a la *obligatio litteris*, de la que queda un lejano recuerdo.<sup>270</sup>

### VIII. Los «*chirographa*» y los «*syngrapha*»

Después de hablar del *nomen transscripticium*, menciona Gayo como contratos literales las escrituras de deuda: « Además, se estima que existe obligación por los documentos escritos en los quirógrafos y en los síngrafos, es decir, cuando alguien escribe que debe algo o que dará, supuesto siempre que no se haga estipulación por ese contenido. Esta clase de obligación es propia de los extranjeros».<sup>271</sup>

Gayo no dice más sobre los *chirographa* —*χειρόγραφα*— y *syngrapha* —*συγγραφοί*—, pero un esolio del Pseudo Asconio nos pone de manifiesto las diferencias que median entre unos y otros: el *chirographum* es un documento único, que quedando en poder del acreedor, atestigua el negocio efectivamente celebrado por las partes; el *syngraphum*, en cambio, es redactado en doble original, suscrito por los interesados, cada uno de los cuales conserva un ejemplar, y puede atestiguar negocios ficticios, esto es, inexistentes.<sup>272</sup> El quirógrafo es exclusivamente «probatorio», mientras el síngrafo es «dispositivo», puesto que el propio documento se erige en causa de la obligación, importando poco que exista o no la deuda.

Concedida la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio —*constitutio Antoniniana*, del 212 de C.—, desaparece el síngrafo, inconciliable con el genuino sistema romano, que solo otorga eficacia probatoria a la escritura. Sobrevive, en cambio, el quirógrafo, que desde hacía ya tiempo era utilizado por los romanos como medio probatorio de la estipulación —*stipulatio*—, quedando oculta su propia esencia con miras a este fin. Numerosas constituciones imperiales son dictadas para amparar al deudor en el caso de que el quirógrafo —empleado incluso fuera de toda estipulación— testimonie una entrega de dinero, aunque tal no se haya verificado en la realidad. Tal amparo se efectúa mediante la *querela (exceptio y contestatio) non numeratae pecuniae*, pero ha de advertirse que, transcurridos dos años<sup>273</sup> sin que el deudor impugne el documento escrito, se considera inatacable.<sup>274</sup> El vínculo surge ahora del documento mismo, que adquiere carácter dispositivo.<sup>275</sup>

### IX. Promesas abstractas del Derecho pretorio

Ciertas promesas se hallan tuteladas por el Pretor mediante una acción autónoma, es decir, no derivada del contrato que suscita su formación. Tales son el *constitutum* y los *recepta*, que encuadramos en el ámbito de los negocios formales,<sup>276</sup> habida cuenta de algunos rasgos que los asemejan o aproximan a éstos. Nos referimos a la rigidez del efecto que producen y a la atenuación —exclusión, a veces— del elemento causal.

Parece cierto que en la época clásica no se exigió, en orden a tales negocios, el pronunciamiento de determinadas palabras, pero los rasgos dichos y la propia terminología —el *constituere* y el *recipere*— justifican su ajuste en el sistema de los contratos formales. Se evita así el darles la no afortunada calificación de *pacta* —los romanistas hablan de *pacta praetoria*.<sup>277</sup>

1. *Constitutum*.<sup>278</sup> — El *constitutum* es la promesa de pagar, dentro de cierto tiempo, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles que ya adeuda el promitente —*constitutum debiti proprii*— o un tercero —*constitutum debiti alieni*. Los efectos de la promesa se supeditan a la existencia de la obligación en cuya virtud se formula, importando poco que ésta se halle amparada por acción civil o pretoria. El *constitutum* acumula una acción pretoria —*actio de pecunia constituta*— a la acción protectora de la obligación precedente, de suerte que no es sustituida por la que nace de aquél. Sin embargo, satisfecha una de las deudas, se extingue también la otra.

En el Derecho justiniano el *constitutum* puede recaer sobre cualquier obligación —en el Código se habla de la facultad de prometer cualesquiera cosas que los hombres puedan estipular,<sup>279</sup> — e incluso llega a emplearse con miras a facilitar una garantía —personal o real— en el día que se convenga.

2. *Recepta*.<sup>280</sup> — El Edicto pretorio agrupa bajo el nombre de *recepta* tres figuras que solo tienen en común la denominación y su encuadramiento conjunto en el seno del mismo. Tales figuras son:

- a) El *receptum argentarii*,<sup>281</sup> por el cual un banquero se compromete a hacer efectiva una suma de dinero o a entregar una cosa adeudada por otra persona —normalmente, un cliente del propio banquero. El *argentarius* queda obligado aun en el caso de inexistencia de la deuda, dándose contra él, y en beneficio del acreedor, la *actio recepticia*, de carácter pretorio, según parece lo más probable. El hecho de que el *receptum* pudiese aplicarse a deudas inexistentes, movió a Justiniano a declarar su abolición. El *receptum* queda ahora fundido con el *constitutum*.
- b) El *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*,<sup>282</sup> o declaración por la que el naviero, el hostelero o el dueño de un establo se compromete a mantener sanas y salvas las cosas que a él mismo o a sus dependientes le son confiadas por los viajeros. En el Derecho justinianeo la responsabilidad se hace efectiva aunque no haya mediado pacto.<sup>283</sup>
- c) El *receptum arbitri*<sup>284</sup> por el que una persona elegida como *arbiter* en virtud de *compromissum*, se obliga a dictar un fallo o laudo sobre la cuestión controvertida. Aceptado el arbitraje, el *arbiter* es constreñido por el Edicto pretorio a dirimir la contienda<sup>285</sup> Contra el que se niega o resiste a dictar el laudo prometido, procede el Pretor por vía administrativa —*extra ordinem*—, poniendo en práctica los medios coercitivos que tiene a su alcance.

### § 103. Contratos innominados<sup>286</sup>

#### I. Introducción

El Derecho clásico no conoce la categoría general del *contractus*, sino concretos tipos de contratos. Existen, en efecto, *determinados* contratos, y cada uno de ellos constituye un «caso», una entidad individualizada en la forma o en la causa.

La *stipulatio* atribuye obligatoriedad contractual a cualquier convenio, pero la *forma* se constituye en fuente y fundamento de la relación obligatoria, dotándola de validez, revistiéndola de acción. La *forma*, en definitiva, individualiza la *stipulatio*, distinguiéndola de cualquier otro negocio.

Definido el contrato como convención, o si se quiere, afirmado que el *consensus* es alma del contrato, ni aun en el mismo Derecho justinianeo fue reconocido, sin embargo, el principio de la libertad contractual. Por excepción, el Derecho civil otorga fuerza obligatoria al simple *consensus* —contratos *consensu*: compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato. En los demás casos, la fuerza obligatoria se hace depender, según la disciplina de ese mismo Derecho, de un elemento real —contratos *re*— o formal —contratos *verbis* o *litteris*.

## II. Los contratos innominados

1. *Concepto y naturaleza.* — En la Compilación justiniana se sienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo a fin de realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra la obligación de cumplir la contraprestación. Pues bien, las convenciones acogidas al abrigo de tal principio —convenciones que pueden adoptar el más diverso contenido— son agrupadas por los bizantinos bajo la rúbrica de contratos «innominados», contraponiéndolas así a las que tienen un *proprium nomen*.<sup>287</sup>

2. *Clases.* — En un texto del Digesto (19, 5, 5, atribuido a Paulo, pero que ha sido muy alterado por los compiladores) se clasifican los contratos innominados en cuatro categorías:

- a) *do ut des*, si la prestación cumplida y la que debe cumplirse tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa —permuta—;
- b) *do ut facias*, cuando una parte da una cosa para que la otra observe un determinado comportamiento —p. ej., se da una cosa con el fin de que quien la reciba manumita un esclavo de su propiedad—;
- c) *facio ut des*, en la hipótesis contraria a la anterior;
- d) *facio ut facias*, si las dos prestaciones consisten en un *facere*.

3. *Acciones.* — El Derecho justiniano provee con medios diversos a la tutela de los contratos innominados. Así, tratándose de negocios *do ut des* y *do ut facias*, la parte que cumple la prestación puede pedir a la parte incumplidora que le restituya la cosa, ejercitando la *condictio*, que aplicada en este caso recibe la denominación de *condictio ob rem dati re non secuta* o *condictio causa data causa non secuta*. Si los negocios corresponden a las categorías *facio ut des* y *facio ut facias*, cabe ejercitar la *actio doli*, con miras al resarcimiento del daño ocasionado por el injusto retraso en el cumplimiento de la contraprestación. Sin que medie retraso culposo en tal cumplimiento, y solo con tal de que éste no se haya verificado, es dable todavía reclamar la prestación mediante la *condictio ex poenitentia*.<sup>288</sup> Finalmente, de los contratos innominados nace una acción de alcance general encaminada a obtener la contraprestación, y que es conocida con diversos nombres: *actio in factum*, *in factum civilis*, *civilis incerti*, *praescriptis verbis*.<sup>289</sup>

Esta intrincada variedad de medios, junto con la especial relación en que se muestran algunos de ellos y con las denominaciones diversas que se dan a la acción por la que se pide la contraprestación, obliga a pensar en un crecido laboreo de manos posclásicas y justinianas.

En los contratos nominados de carácter bilateral no se otorga a la parte cumplidora la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo contractual. No se sabe, en cambio, por qué razón se admite tal posibilidad en el ámbito de los contratos innominados.

El derecho general de arrepentirse, y reclamar la prestación por medio de la *condictio ex poenitentia*, es pura creación justiniana. Formulaciones teóricas falsas, torpezas gramaticales, denominaciones de la acción inconciliables con la mente, las tendencias y los métodos de los clásicos. Baste señalar, a este último respecto, que la locución *actio in factum civilis*<sup>290</sup> resulta de todo punto extraña, o mejor aún, contradictoria: *actio civilis* y *actio factum* se oponen netamente dentro del procedimiento formulario.

Llegados a este punto, cabe sentar la siguiente afirmación: en la época clásica el que realiza una prestación de acuerdo con un convenio no sancionado como contrato, puede recurrir a la *condictio* para pedir la devolución de lo entregado, o a la *actio doli*, en el caso de un *facere*, ya que «lo que se ha hecho no se puede tener por no verificado»<sup>291</sup>. El pensamiento clásico queda bien patente en esta máxima de Celso: «no hay aquí ninguna otra obligación que la derivada de lo que fue dado para conseguir algo que no se ha cumplido».<sup>292</sup>

Si es bizantina, según creemos, la construcción positiva del negocio como creador de una obligación en orden al cumplimiento de la contraprestación, no cabe negar, sin embargo, que algún destello de ella se ofrece ya en la jurisprudencia clásica.

Los juristas clásicos tratan de amparar convenientemente al acuerdo no reconocido como contrato. Buscan ellos, en efecto, la manera de encajar un determinado supuesto en el marco de una figura contractual típica, de un contrato con *proprium nomen* o *propria appellatio*. Famosa es la discusión de los sabinianos y de los proculeyanos a propósito de la permuta: los primeros ven en ésta una compraventa; los segundos, en cambio, no admiten semejante configuración, otorgando a la parte cumplidora la simple *condictio*, para reclamar la devolución de lo entregado.<sup>293</sup>

Otra discusión es la planteada en relación con el *aestimatum* o convenio por el que una persona entrega a otra una cosa, previa fijación de su precio, obligándose la última a pagar éste, si acierta a venderla, o a devolver aquélla, cuando tal no ocurra. El problema discutido fue si semejante negocio implicaba una venta, un arrendamiento de cosa o de servicios, o un mandato;<sup>294</sup> pero el Pretor truncó la cuestión, concediendo una *actio in factum* encaminada al cumplimiento del convenio.<sup>295</sup>

### III. Principales contratos innominados

Entre los principales contratos innominados que reciben sanción en el Derecho justiniano figuran la permuta,<sup>296</sup> el *aestimatum*,<sup>297</sup> el *precarium*<sup>298</sup> y la transacción.<sup>299</sup>

Del *aestimatum* hemos hablado antes. La permuta, cambio de cosa por cosa, es contrato del tipo *do ut des*. Negocio no consensual, descansa en la *datio* de una de las partes. Aunque distinto, de la compraventa, al tratarse de cambio de una cosa por otra, la jurisprudencia aplica a la permuta, singularmente en materia de evicción y vicios ocultos, reglas que atañen al régimen de la *emptio venditio*.



El *precarium*, que también estudiamos en materia de posesión,<sup>300</sup> es un negocio por el que una de las partes concede a otra gratuitamente el uso de una cosa o de un derecho, en términos de poder revocar la concesión en cualquier momento.<sup>301</sup> En el Derecho posclásico el precario adquiere carácter contractual, considerándose la relación entre el precarista y la cosa como simple detentación. De otra parte, se admite la posibilidad de que recaiga sobre la cosa dada en prenda —*res pignori data*.<sup>302</sup>

El precario se diferencia del comodato —figura a la que mucho se avvicina— y del arrendamiento. Por un lado, atribuye un goce más amplio que el otorgado al arrendatario y al comodatario; por otro, el concedente conserva el derecho de revocación a su libre arbitrio. En fin, el precarista solo responde del dolo y de la culpa grave.

El concedente tiene, además del *interdictum quod precario*, la *actio praescriptis verbis*.<sup>303</sup>

La transacción —*transactio*— es un acuerdo por el que las partes, mediante concesiones recíprocas —*aliquo dato aliquo retento*—, ponen fin a un litigio ya comenzado o evitan el litigio que puede sobrevenir. En el Derecho justiniano, con la concesión de la *actio praescriptis verbis*, la transacción es incluida en el marco de los contratos innominados.<sup>304</sup>

#### § 104. Los pactos<sup>305</sup>

En su sentido originario, *pactum* es el acuerdo encaminado a eliminar total o parcialmente la acción. Metido en el cuadro del derecho formal, es un medio de solucionar pacíficamente un proceso, por convenio de las partes celebrado ante el magistrado —*in iure*.

En las XII Tablas la naturaleza del *pactum* viene determinada por su eficacia procesal. Así resulta del precepto:<sup>306</sup> «así que hayan convenido sobre el litigio, pronúnciese el acuerdo; si no se arreglan, manifiesten el litigio en el comicio o en el foro antes del mediodía». El *pactum* de que aquí se habla se muestra en relación sustancial con la *transactio*, y tal atestigua el comentario de Gayo:<sup>307</sup> «el que fue llamado a juicio ... queda excusado ... si mientras se va al juicio se hubiere hecho una transacción». *Pactum* significa, en efecto, tanto como transacción,<sup>308</sup> y se caracteriza por la renuncia, gratuitamente o mediante compensación, a la persecución judicial de un derecho.

En relación con las obligaciones delictuales, resulta bien probado que las acciones penales nacientes de las mismas podían ser objeto de un *pactum* de esta naturaleza, con la particularidad de quedar extinguidas *ipso iure*.<sup>309</sup>

Este significado técnico de *pactum* como acuerdo tendente a eliminar la pretensión que tiene una persona frente a otra, lo encontramos también en el Derecho honorario. En una cláusula del Edicto promete el Pretor mantener firmes los *pacta conventa*, siempre que no sean contrarios al Derecho objetivo. Como *pactum de non petendo* se considera a todo acuerdo por el que el

acreedor renuncia al ejercicio de su derecho. Del *pactum de non petendo* nace para el deudor una excepción —*exceptio pacti conventi*.

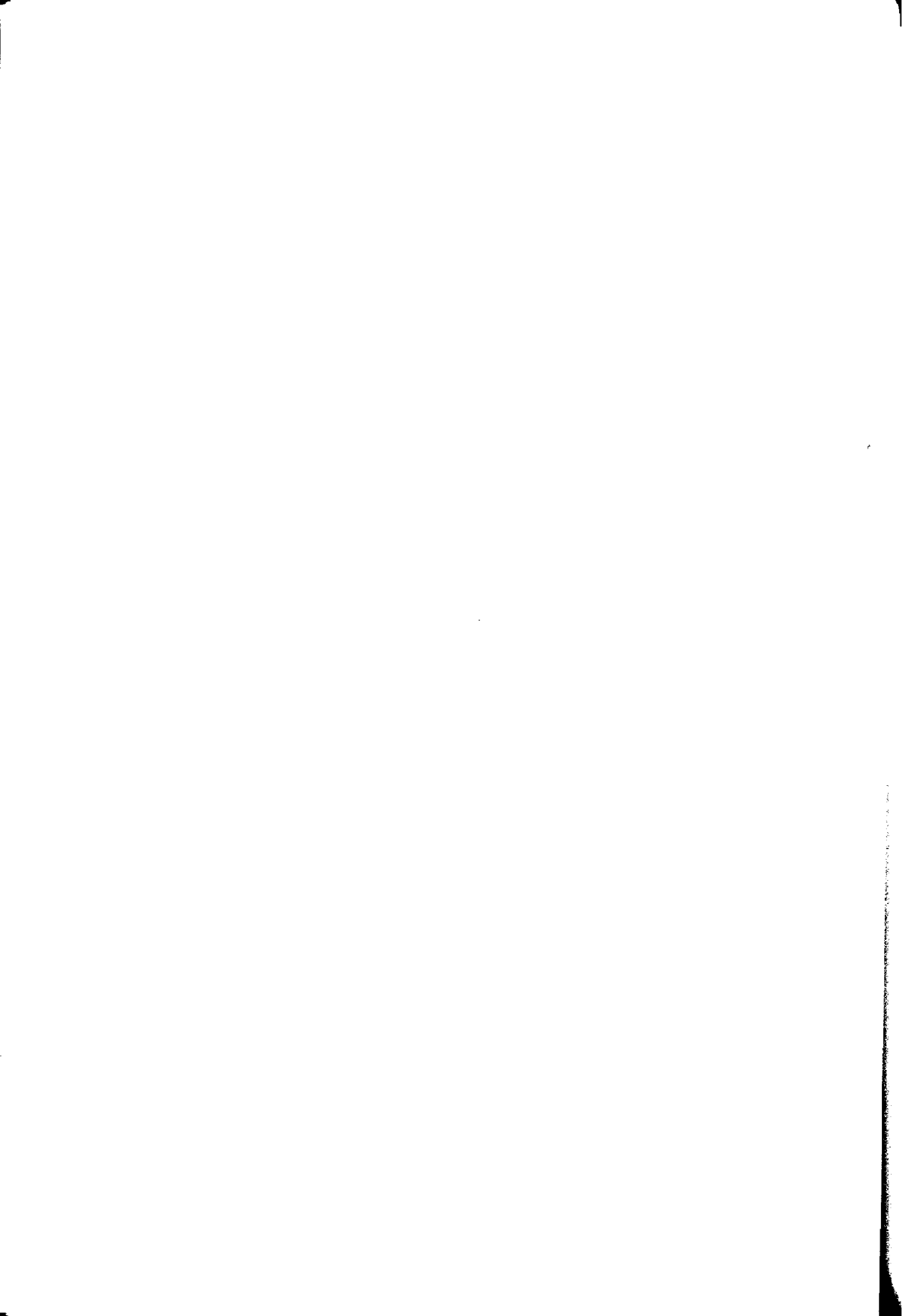
El *pactum* principalmente tratado en D. 2, 14, es el *pactum de non petendo*, de carácter liberatorio. Mientras que en los tiempos antiguos —especialmente por lo que se refiere a los delitos— las acciones se extinguen *ipso iure* por el *pactum o pactum conventum* que celebran las partes en vista de una *lis*, se admite ahora, a través de la *exceptio* —*exceptio pacti conventi*—, la validez de los pactos dirigidos a eliminar total o parcialmente la acción del negocio.<sup>310</sup>

Al lado de esta acepción técnica de *pactum o pactio* discurre otra en el hablar común: la que le atribuye el valor de acuerdo —de cualquier acuerdo— no formal. Tal acepción pasa al lenguaje de los juristas, y en él queda absorbido el específico *pactum conventum* amparado por el Pretor. El acuerdo puro y simple, es decir, el *pactum*, se caracteriza esencialmente por su eficacia procesal negativa, y bajo esta consideración es puesto de relieve, las más de las veces, por los juristas. Se afirma ahora que *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, que *ex nudo pacto actio non nascitur*. Justamente así, en estos términos,<sup>311</sup> se contraponen el *nudum pactum*, incapaz de producir acción, a la *stipulatio*. En general, y desde el punto de vista jurídico, el *pactum* y el *contractus* se mueven en campos opuestos; la estimativa social, en cambio, los considera afines.

De acuerdo con el mismo lenguaje común, los juristas dan a veces el nombre de *pacta* a las convenciones o cláusulas accesorias encaminadas a modificar el contenido normal de una relación obligatoria. En el Digesto (2, 14, 7, 5) se hace la distinción entre *pacta ex continenti subsecuta* y *pacta ex intervallo*, según sean concluidos en el momento mismo de constituir la relación obligatoria o en momento sucesivo. En los *iudicia stricta*, los pactos *in continenti* a favor del actor —*pro actore*<sup>312</sup>— no producen acción, y este principio se mantiene firme en el mismo Derecho bizantino. Los pactos *in continenti*, a favor del actor, en los *iudicia bonae fidei*, se consideran incorporados al propio contrato, y se hacen valer con la acción contractual. En el Derecho clásico la *exceptio* representa la eficacia normal de los pactos *pro reo*, tanto *in continenti* cuanto *ex intervallo*.<sup>313</sup>

Aunque los clásicos hayan considerado el «acuerdo» como elemento primario, básico, de los contratos, lo que destaca en primer plano es la *causa*. El sistema contractual clásico se reduce a una serie limitada de *causae*, a las cuales corresponden particulares *iudicia*. La *conventio* nada es sin la *causa*; por la *causa*, precisamente, la *conventio* deja de ser *nuda*, y entonces *habet in se negotium aliquod*.

Es preciso llegar a la época bizantina para ver afirmado, como elemento preponderante, el subjetivo: el *consensus*, la *voluntas*, el acuerdo. Dentro del Digesto, en casi todo el título *de pactis*, se acusa fuertemente la obra alteradora de los bizantinos, que, de modo contrario a lo que sucede en el Derecho clásico, ponen en primer plano la relación jurídica sustancial. Los bizantinos tratan de destacar la voluntad, el acuerdo, el *consensus*, haciendo comprender en la *pactio-conventio* tanto el *pactum* como el *contractus*.<sup>314</sup>



## CAPÍTULO VII

# OBLIGACIONES DERIVADAS DE ACTOS LÍCITOS NO CONTRACTUALES

### § 105. Promesa unilateral

#### I. Nociones generales

La promesa unilateral vincula al promitente en los casos de la *pollicitatio* y del *vetum*.<sup>1</sup>

La validez jurídica de la simple promesa unilateral se admite excepcionalmente, al abrigo de razones de interés público o de circunstancias especiales. Si no deben surgir derechos a favor de quienes no han manifestado el deseo de adquirirlos, resulta difícil, por otra parte, patentizar el hecho de una promesa unilateral. La promesa de recompensa a quien facilite la devolución de una cosa perdida o robada solo vincula en el caso de que medie un acuerdo.<sup>2</sup> Ejemplos de una promesa de tal naturaleza las ofrecen las fuentes epigráficas. En una inscripción mural de Pompeya se lee: «Desapareció de la tienda un caldero de cobre. Si alguien lo devolviese, se le darán XV sestercios; si entregase al ladrón donde la cosa pueda conservarse, XX sestercios»<sup>3</sup>. Un collar de esclavo lleva estas palabras: «Huí, detenme; si me hicieras volver a mi dueño Zonino, recibirás un sueldo».<sup>4</sup>

En los ejemplos citados, y en otros que pudieran ponerse, la promesa unilateral solo es valorada socialmente. Sin embargo, la *pollicitatio* logra adquirir eficacia jurídica cuando se hace a favor de la *res publica* —ciudad, municipio, colonia— o se funda en una *iusta causa*. Surgida con este carácter hacia fines de la República, la *pollicitatio* se desarrolla en la vida municipal del Imperio. Su reconstrucción ofrece no pocas dificultades, dado el aspecto contradictorio —acaso solo real algunas veces— con que se presentan los textos.<sup>5</sup>

## II. La *pollicitatio*

1. *Concepto*. — En el Derecho clásico, *pollicitatio* es la promesa hecha por un particular a la ciudad y que tiene por objeto la realización de una obra de pública utilidad o la entrega de una suma de dinero<sup>6</sup>.

2. *Clases*. — La *pollicitatio* puede ser de dos clases:

- a) *Pollicitatio ob honorem*: se denomina así a la promesa hecha con ocasión de haber recibido un cargo o de presentarse como candidato al mismo —*pollicitatio ob honorem*. Tal promesa tiene eficacia por sí misma, y no cae, por su carácter de contraprestación —*quasi debitum*<sup>7</sup>—, bajo la sanción prohibitoria de la *lex Cincia*.
- b) *Pollicitatio non ob honorem*: bajo este nombre se da acogida a la promesa que no implica contraprestación al cargo recibido o por recibir, de modo que obedezca a un puro rasgo de liberalidad. Por su naturaleza, tiene carácter de donación y, por ello, el promitente no viene obligado a su cumplimiento.

3. *Principio de ejecución*. — Aun cuando la *pollicitatio non ob honorem* carece de carácter obligatorio, sin embargo, el que ha ejecutado parcialmente la promesa no queda obligado a consumirla, siempre que se trate de una entrega de dinero<sup>8</sup>, mientras que el comienzo de la obra obliga a su terminación. Una consideración edilicia —la de que no se debe abandonar lo que se hizo<sup>9</sup>— justifica esta última decisión. Comenzada la obra,<sup>10</sup> aún es posible una limitación de la responsabilidad del promitente, que puede liberarse cediendo una quinta parte de su patrimonio,<sup>11</sup> y de los herederos, por la entrega de un quinto, si son *extranei*, o de un décimo, si son *sui*.

4. *Evolución posterior*. — La distinción clásica entre *pollicitatio ob honorem* y *pollicitatio non ob honorem* viene sustituida, en el Derecho justiniano, por la de *pollicitatio ob iustam causam* y *pollicitatio sine causa* o *non ex causa*: la primera se endereza a favorecer a la ciudad, sea construyendo obras públicas, sea procurándole subsidios en caso de calamidad pública —incendios, terremotos, etc. Típicas *iustae causae* —justos motivos, hay que traducir ahora, cuando lo predominante es el elemento subjetivo, y no aquel objetivo, equivalente a contraprestación o *quasi debitum*— son, precisamente, las que responden a las finalidades señaladas. En cambio, la promesa *ob honorem* no pasa de ser un residuo histórico.

A la nueva distinción se aplica el régimen de la distinción clásica. Cabe observar, sin embargo, que la responsabilidad del promitente y de sus herederos en la *pollicitatio sine causa* es más amplia que la exigida por los clásicos en relación con la *pollicitatio non ob honorem*.

5. *Tutela procesal*. — El cumplimiento de la *pollicitatio* se logra por vía administrativa —*cognitio extra ordinem*.

## § 106. «Negotiorum gestio» y figuras afines

1. *Concepto*. — *Negotiorum gestio*<sup>12</sup> es la gestión de negocios ajenos por propia iniciativa, es decir, sin haber recibido mandato para ello. De la gestión de negocios ajenos sin mandato surge para el *gestor* la obligación de llevarlos a cumplimiento término, y para el *dominus negotii* la de reconocer la actividad útilmente comenzada, indemnizando al primero por razón de los gastos y de los daños sufridos.

2. *Origen*. — La definición que acabamos de dar, responde a las características fundamentales de la *negotiorum gestio* en el Derecho justinianeo. Cuestión importante es, sin embargo, la de conocer el origen de la institución, así como su desenvolvimiento en las varias épocas.

- a) *Teoría del origen pretorio*. — Según opinión muy extendida, la *negotiorum gestio* surge como institución pretoria y con referencia a un campo de aplicación concreta: los negocios del ausente —*negotia absentis*.<sup>13</sup> Con este origen, la *negotiorum gestio* se extendería progresivamente a diversos casos, hasta ser acogida, con carácter general, en el ámbito del *ius civile*.
- b) *Teoría del origen civil*. — Más consistente nos parece, sin embargo, la tesis que ve en la *negotiorum gestio* una institución de raigambre civil. Creada por la jurisprudencia republicana, una acción *in ius ex fide bona*, para amparo de las pretensiones que pudieran surgir entre el *procurator —omnium rerum, o ad litem—* y el principal o *dominus negotii*, proveyó luego el Pretor, mediante la concesión de una *actio in factum*, a tutelar el caso de la representación procesal espontánea. Toda la materia de la gestión de negocios fue sometida luego por la jurisprudencia posterior al régimen único de la fórmula *in ius concepta*, extendiéndola a cualesquiera clases de asuntos ajenos, y no solo a los procesos. Finalmente, la jurisprudencia posclásica y el Derecho justinianeo sustraen al campo de la *negotiorum gestio* y de su correspondiente acción lo referente al *procurator* nombrado o constituido por el *dominus negotii*, dando a la gestión de negocios la configuración teórica del cuasi-contrato.<sup>14</sup>

3. *Requisitos*. — En razón a su naturaleza de gestión por iniciativa propia, la *negotiorum gestio* debe responder a los siguientes principios:

- a) La gestión debe producirse en interés objetivo del patrimonio del *dominus* o principal. Queda obligado éste cuando la gestión conviene a su propio interés, en cuanto se le evita un daño o se le proporciona un beneficio. Pero, si hay casos en que este criterio objetivo se impone por su propio peso, es decir, por su propia justicia, no cabe negar, sin embargo, que la *negotiorum gestio* ha de inspirarse sub-

jetivamente en el interés del *dominus negotii*. El *dominus* no puede alegar, con fundamento de razón —de la razón que asiste al común juicio—, que prefería ver caída su casa antes que reparada por un tercero en ocasión de amenazar ruina. Pero tampoco es razonable que alguien arriende una finca para otra persona sin que le conste que ésta abrigaba la intención de llevar a cabo un arrendamiento.<sup>15</sup>

b) El negocio gestionado debe ser ajeno —*negotium alienum*. No hay *negotiorum gestio* cuando alguien cuida de un negocio propio bajo la errónea creencia de que sirve al interés de otra persona.<sup>16</sup> A la hora de decidir sobre si un negocio es ajeno, el Derecho clásico se atiene principalmente a consideraciones objetivas. El elemento subjetivo, implícito siempre en la actividad del *gestor*, es tenido en cuenta en los casos dudosos. Son los compiladores quienes dan mayor realce a la intención del gestor —*animus aliena negotia gerendi*—, por más que en ciertos supuestos ahora contemplados no aparezca por parte alguna tal elemento subjetivo.<sup>17</sup>

c) La gestión debe reportar una utilidad, en el sentido que antes hemos señalado. Basta que el *gestor* haya actuado útilmente —*utiliter gestum*—, aunque no llegue a tener efecto el negocio. Es útil la gestión cuando alguien repara una casa, que después se incendia, o cura un esclavo, que luego muere.<sup>18</sup> Solo se requiere, por tanto, un comienzo útil —*utiliter coeptum*.

La gestión no comenzada útilmente o contra lo prohibido por el dueño, puede ser ratificada por éste —*ratum habere, ratihabitio*. La ratificación no hace sino confirmar lo actuado como *utiliter gestum*.<sup>19</sup>

d) El *gestor* debe llevar el negocio a cumplido término, no abandonando la gestión por el hecho de que haya muerto el *dominus*.<sup>20</sup> El *gestor* responde por culpa; la responsabilidad por dolo es excepcional.<sup>21</sup> Júzgase que el *gestor* ha obrado con diligencia siempre y cuando la gestión se haya mostrado objetivamente conforme con la noción del *utiliter gestum*.

4. *Tutela procesal*. — Para hacer efectivos sus derechos, el *dominus negotii* o principal y el *gestor* disponen, respectivamente, de la *actio negotiorum gestorum directa* y de la *a. n. g. contraria*.<sup>22</sup>

5. *Evolución posterior*. — El Derecho justiniano encuadra en la categoría general de la gestión de negocios ciertos casos de administración legal de patrimonios. En la época clásica el tutor del impúber responde frente a éste por la *actio tutelae*, en tanto que él hace valer sus derechos mediante la *actio negotiorum gestorum*. En lugar de esta acción, Justiniano otorga al tutor la *actio tutelae contraria*.<sup>23</sup> La tutela es considerada ahora como un cuasi-contrato.<sup>24</sup>

El *curator* del alienado, del pródigo y del menor se halla asistido, en la época clásica, por la *actio negotiorum gestorum*. Los justinianos confieren,

en su lugar, una acción llamada *curationis iudicium* o *utilis curationis causa actio*.<sup>25</sup>

Una forma especial de gestión tiene lugar cuando alguien provee a los gastos de funerales y enterramiento de una persona, sin haber recibido mandato para ello y sin obrar tampoco *pietatis causa*, mas movido por el deseo de sustituir dignamente a quien debe cumplir tales oficios. El Pretor otorga la *actio funeraria*<sup>26</sup> a semejante gestor, para reclamar al obligado<sup>27</sup> los gastos hechos en consonancia con el rango social y la posición económica del difunto.<sup>28</sup> La *actio funeraria* es perpetua,<sup>29</sup> *in bonum et aequum concepta*<sup>30</sup> y transmisible activa y pasivamente a los herederos.<sup>31</sup>

*Negotiorum gestio*, tutela, legado, pago de lo indebido —*solutio indebiti*—, *communio incidens*, son figuras encuadradas por los justinianeos en la categoría jurídica del cuasicontrato.

### § 107. Enriquecimiento injusto<sup>32</sup>

1. *Concepto*. — Hay «enriquecimiento injusto» cuando una persona se lucra a costa de otra, sin estar asistida por una causa jurídica. Lo más frecuente es que semejante enriquecimiento provenga de la entrega de una cosa por parte de quien se cree obligado a ello, cuando no lo está en realidad. Si en tal caso la propia norma jurídica justifica el traspaso de la propiedad, y el perjudicado no puede intentar la *rei vindicatio* —sea porque le es negada, sea porque determinadas circunstancias impiden su ejercicio<sup>33</sup>—, se hace necesario reconocer y subsanar la sinrazón del enriquecimiento. Tal finalidad se logra en el Derecho romano mediante la *condictio*, la acción *in personam* típica.

2. *Origen y evolución*. — El Derecho civil antiguo no otorga medio alguno para evitar el enriquecimiento injusto. Es bajo la República, y luego, en la época clásica, cuando se reconoce, por obra de la jurisprudencia, la obligación de restituir lo injustamente adquirido. El reconocimiento se inspira en la identidad de estructura entre mutuo y el pago indebido —*solutio indebiti*. Ciertamente, en las Instituciones de Gayo se pone de relieve la analogía de ambas figuras.<sup>34</sup>

De la *solutio indebiti* surge la primera especie de enriquecimiento injusto, reconociéndose sucesivamente otros supuestos.<sup>35</sup> La *solutio indebiti* presupone la inexistencia de una obligación, cuyo contenido trata de satisfacerse, a impulsos de un error,<sup>36</sup> mediante la *datio*.

3. *Naturaleza jurídica*. — La *solutio indebiti* tiene el mismo carácter de fuente de obligación real —*obligatio re*— que el mutuo. Al igual que en éste, la obligación de restituir que trae consigo el enriquecimiento injusto tiene por base una *datio*.<sup>37</sup> Media todavía una variante: la petición restitutoria puede referirse no solo a cosas fungibles, como ocurre en el mutuo, sino también a cosas no fungibles.



4. *Tutela procesal: la condictio*. — Afirmada la existencia de la *datio* como base de la obligación de restituir, ya se comprende que la *condictio* clásica no puede servir para contrarrestar la serie indeterminada y variada de los supuestos de enriquecimiento.

En la época clásica el enriquecimiento injusto solo es perseguible parcialmente y, de todas maneras, los varios supuestos del mismo son manifestaciones de una sola institución. La *solutio indebiti* no es expresión de un principio por el que se prohíba, con carácter general, el enriquecimiento. Su estructura, sus rasgos singulares, se modelan, en efecto, a imagen del mutuo. Es más tarde, en el Derecho justiniano, cuando se modifica la esencia de la *condictio*, a la vez que se amplía su campo, hasta configurarse como acción general persecutoria del enriquecimiento. Cuando menos, su prolijo empleo y su diversificación en figuras independientes,<sup>38</sup> dotadas de acciones también diferenciadas, demuestran que se trata del recurso más importante en orden a tal persecución.<sup>39</sup>

En este último momento histórico la *condictio* no descansa, por necesidad, en la *datio*. El ejercicio de la *condictio* puede tener lugar cuando el enriquecimiento deriva de una *datio*, pero también cuando proviene de la constitución de un derecho real, de la constitución y de la extinción indebidas de un vínculo obligatorio, de la omisión de una *cautio*, etc.

La *condictio* puede tener por objeto no solo un *certum* —*condictiones certi* y *triticaria*—, sino cualquier prestación, incluso un hacer —*condictio incerti*.<sup>40</sup>

Todos los supuestos en que la obligación de restituir no se refiere a un contrato —al mutuo, precisamente—, son incluidos en la categoría del cuasi-contrato.

He aquí los varios casos de *condictio*:

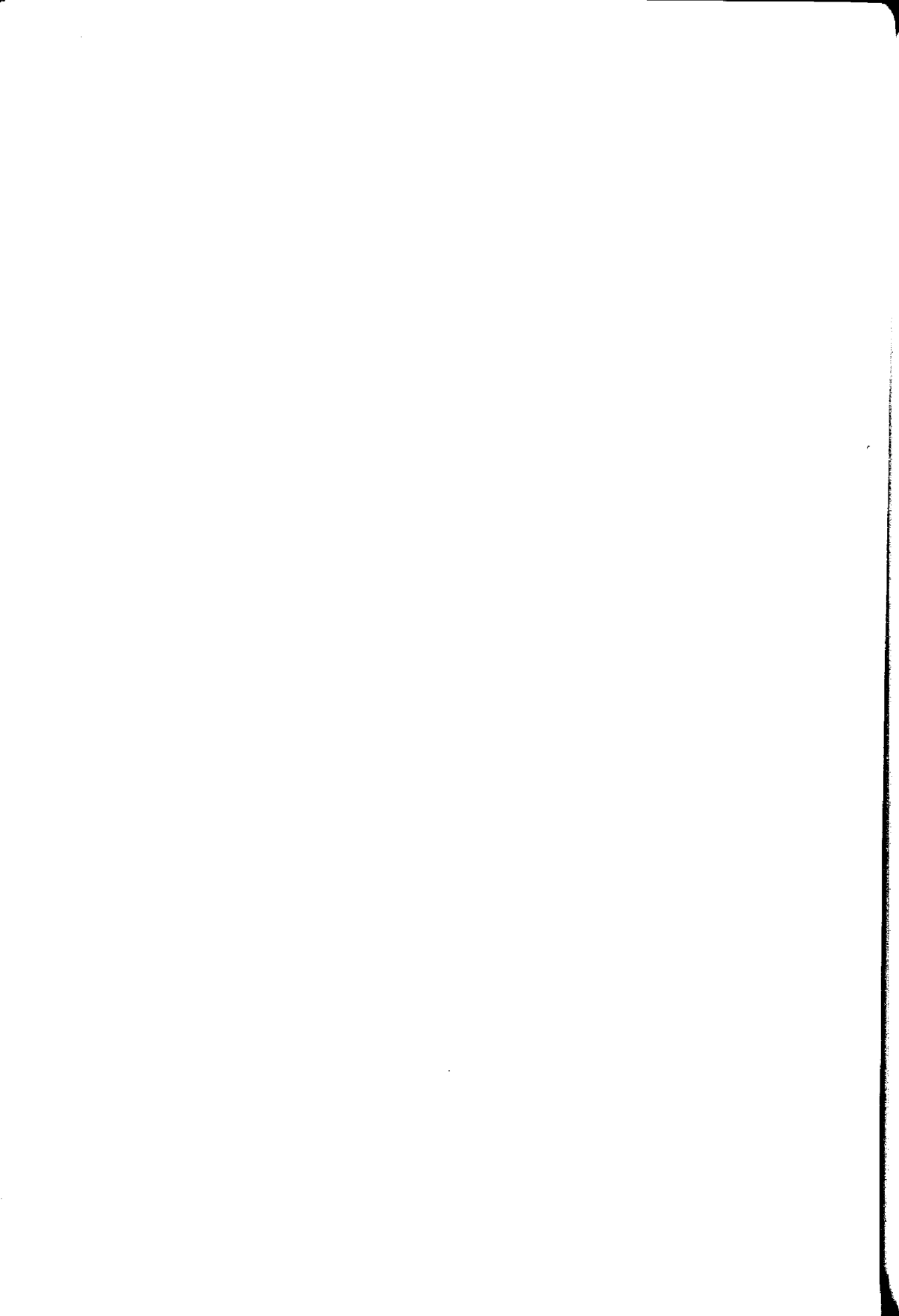
- a) La *condictio indebiti*,<sup>41</sup> concedida cuando se paga por error —solo el error de hecho<sup>42</sup>— una deuda en realidad inexistente. Es dable la reclamación de lo pagado cuando la deuda no existió nunca, o fue cancelada, o se opone a ella una excepción perpetua.<sup>43</sup>
- b) La *condictio ob rem dati re non secuta* o *condictio causa data causa non secuta*<sup>44</sup> de la que hablamos al tratar de los contratos innominados.<sup>45</sup>
- c) La *condictio ob turpem vel iniustam causam*<sup>46</sup> cuyo objeto es reclamar lo entregado a otro para que realice —o para que no realice— un acto reprobado por la moral o por el Derecho —p. ej., para cometer un delito o evitar su comisión, o para obtener la devolución de la cosa entregada en depósito. En cualquier caso, se exige que la torpeza —la actitud inmoral o antijurídica— se dé solo de parte de quien recibe algo con miras a tales fines.
- d) La *condictio sine causa*<sup>47</sup>, ejercitable en los casos de enriquecimiento que carecen de una propia acción, o lo que es lo mismo, de los casos no encajados en ninguna de las categorías anteriores.

- e) La *condictio ex causa finita*, que se otorga cuando la causa jurídica, existente en el momento de verificar la prestación, llega a desaparecer después. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se dota a una hija, frustrándose luego el matrimonio.
- f) La *condictio generalis*,<sup>48</sup> que nace de todo contrato, en concurrencia con las acciones ordinarias.
- g) La *condictio ex lege*, cuyo ejercicio compete cuando es reconocida por la ley una *obligatio* sin indicar la clase de acción correspondiente.<sup>49</sup>

Debe mencionarse también la *condictio furtiva*,<sup>50</sup> que se concede al propietario por razón de la cosa robada, frente al ladrón y sus herederos. La *condictio furtiva* —que no debe confundirse con la acción penal de hurto, con la *actio furti*— está sometida a un régimen propio, es decir, diferente del señalado con referencia a los supuestos anteriores: de un lado, el enriquecimiento que aquí se quiere evitar no se funda en una prestación, y de otro, el robo conserva, por regla general, su condición jurídica de propietario.

### § 108. «Communio incidens»

*Communio incidens* es la comunidad de bienes no derivada de contrato —del contrato de sociedad—, sino de hechos ajenos a la voluntad de los interesados. Según quedó dicho en otro lugar (§ 63), la *actio communi dividundo* regula toda suerte de relaciones de crédito —reparto de daños o de beneficios, reembolso de gastos— surgidas durante el estado de comunidad, y, según la noción clásica, como consecuencia de los particulares actos de gestión. El Derecho justiniano da mayor relieve a semejantes prestaciones personales —*praestationes*—, considerándolas cual obligaciones provenientes de cuasi-contrato.<sup>51</sup>



## CAPÍTULO VIII

# OBLIGACIONES DERIVADAS DE ACTO ILÍCITO

### § 109. Delitos. Nociones generales

1. *Delito y pena. Concepto y evolución histórica.* --Delito es todo acto ilícito sancionado con la *pena*. Los delitos pueden ser *públicos* o *privados*, según se trate, respectivamente, de actos que ofenden al Estado o a un particular. Los primeros, castigados con pena pública —corporal o pecuniaria—, reciben el nombre de *crimina*; los segundos, castigados con pena privada pecuniaria, se conocen bajo las denominaciones técnicas de *delicta* o *maleficia*.<sup>1</sup>

La anterior distinción no se muestra conforme con el concepto moderno del delito —del delito en sentido propio—, en cuanto que éste viene referido a la conducta contraria a una norma dictada en interés del orden social, de la comunidad ciudadana. Hoy día, delito y pena pública son ideas que guardan estrecha relación. Y si en el ámbito de las relaciones entre particulares se habla de delito, conviene advertir que las obligaciones aquí surgidas no tienen carácter de *pena*. El hecho ilícito o delito civil fundamenta un derecho de «indemnización», porque lo que se toma en cuenta no es otra cosa que el daño producido a un patrimonio.

En la época clásica la pena privada, al igual que la pública, tiene carácter punitivo. El delito es una ofensa inferida al individuo, y la pena, por más que sea pecuniaria, cumple una finalidad de expiación. En la época justiniana la pena privada evoluciona en una sanción tendente al resarcimiento del daño, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio. La acción *penal* con su fin de expiación, suele ser transformada ahora en *mixta* —penal y reipersecutoria—, de manera que a una restricción del efecto típico de la *pena* corresponde una mayor consideración del resarcimiento, de la reparación material del daño.

El Derecho romano no conoce el *delictum*, como categoría general y abstracta, sino particulares *delicta*. Dentro del *ius civile* la *obligatio ex delicto* nace de cuatro delitos típicos: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Posclásica es la categoría del cuasidelito,<sup>2</sup> integrada por actos ilícitos que antes persiguiera el Pretor mediante *actiones in factum*, y que ahora vienen atraídos al cuadro de las *obligationes*, como *obligationes quasi ex delicto*.

2. *La acción penal y sus características*. — De los delitos civiles y de los actos ilícitos no delictuales contemplados por el Pretor, nacen acciones *penales*, cuyas características de orden general son las siguientes:

- a) *La intransmisibilidad*. En un primer tiempo, y en consonancia con este carácter *penal* las acciones no son transmisibles, ni activa ni pasivamente. Más tarde tal principio sufre excepciones: del lado activo, la intransmisibilidad queda reducida al estrecho marco de las acciones que los intérpretes llaman *vindictam spirantes*, donde el delito reviste el carácter de ofensa personalísima;<sup>3</sup> en cuanto al heredero del delincuente, se otorga una acción en los límites del lucro obtenido como consecuencia del delito que cometió el difunto.<sup>4</sup>
- b) *La noxalidad*. Si el autor del delito privado es un esclavo o un *filius-familias*, se concede la acción penal con carácter de noxalidad contra el *dominus* o el *pater*, de forma que éstos pueden librarse de la pena pecuniaria mediante entrega de la propia persona del reo al ofendido —*noxae deditio*.<sup>5</sup>

El régimen de la noxalidad se mantiene firme, en lo que concierne al *servus*, hasta la época justiniana. La *deditio* de los *filiifamilias* comienza a decaer en la época clásica y, sobre todo, cuando llega a afirmarse su capacidad patrimonial con el reconocimiento de los peculios. Si logra mantenerse hasta bastante tarde, y más en la teoría que en la realidad, tal se debe al hecho de considerarse intangible —formalmente, cuando menos— el poder paterno. El respeto debido a este poder exigía que, ante un ataque dirigido contra el hijo, se brindase al padre el medio de defenderlo.<sup>6</sup> La legislación justiniana, reconociendo la propia dureza y el contenido odioso de la *deditio* de hombres libres, la declara abolida.<sup>7</sup> En este momento es dable actuar directamente contra los hijos de familia por los delitos que hayan cometido.

La responsabilidad por el hecho delictivo del *filius* o del *servus* no alcanza al *pater* o *dominus* bajo cuya potestad se encuentra en el momento de la comisión del mismo, sino a aquel que se halla investido del poder paterno o dominical en la hora de ser intentada la acción —*noxae caput sequitur*.

Cesa la acción noxal cuando el *filius* o el *servus* salen del poder paterno o dominical, por ejemplo mediante emancipación o manumisión, y entonces el ofendido o perjudicado puede actuar directamente contra él.

La *deditio* del esclavo transfiere al ofendido el dominio sobre el mismo. La *deditio* del hijo constituye a éste en una situación de cuasi-esclavitud denominada *causa mancipii*.<sup>8</sup>

- c) La *acumulación*. La *actio poenalis* no es incompatible con el ejercicio de cualquier otra acción que, naciendo del mismo delito, se encamine a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño. Este principio de la *acumulación* es rechazado en parte por la legislación justiniana.<sup>9</sup>
- d) Las acciones penales sancionadas por el *ius civile* —*furti, iniuriarum, damni iniuriae*— son perpetuas; las estatuidas por el Pretor se extinguen, normalmente, con el transcurso de un año,<sup>10</sup> a contar desde que se cometió el delito, o desde el momento en que el ofendido se encuentra en situación de poder entablarlas.

De la *actio poenalis*, que es la que venimos describiendo, y que se dirige exclusivamente a la imposición de una pena, se distinguen, según nos dice Gayo,<sup>11</sup> la que tiene por objeto el resarcimiento del daño, y aquella otra que mira a la pena y al resarcimiento. Persiguen solamente el resarcimiento las acciones nacidas de contrato, mientras tienden de modo único a una pena las acciones delictuales —*actio furti, actio iniuriarum* y, según algunos juristas, la *actio vi bonorum raptorum*, correspondiendo también junto a ésta la *rei vindicatio* y la *condictio*. La persecución de la pena y del resarcimiento tiene lugar cuando la acción crece *in duplum*, es decir, contra aquel que se obstina en negar el derecho del actor.<sup>12</sup> Acciones que se dan *in simplum*, si media confesión del delincuente, desembocan, cuando éste niega, en una condena por el doble —*in duplum*.<sup>13</sup>

Justiniano llama *reipersecutorias* a todas las acciones reales y a las acciones *ex contractu*;<sup>14</sup> las acciones *ex maleficio*, que para los clásicos eran penales, se distinguen ahora en dos grupos: penales, que se dirigen solo a una pena —y aquí únicamente figura la *actio furti*—, y mixtas, es decir, a la vez penales y *reipersecutorias*. En este grupo figuran la *actio legis Aquiliae* y otras análogas.

Por lo demás, Justiniano considera como pena todo lo que excede de la simple reparación del daño causado al patrimonio.

## § 110. «Furtum»<sup>15</sup>

1. *Concepto*. — Comete hurto —*furtum*—, nos dice Gayo, no solo quien sustrae una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño.<sup>16</sup> Junto a la vieja y estrecha concepción materialista del *furtum*, caracterizada por la *amotio rei* —sacar o remover la cosa del lugar en que se encuentra—, aparece después la más

amplia de la *contrectatio rei*, que abarca todos aquellos casos en que hay un uso o una intromisión no consentida por el propietario. La segunda concepción se sobrepone a la primera, definiéndose en general el *furtum* como: (incluir traducción) —*contrectatio rei alienae invito domino o dolo malo*.<sup>17</sup>

2. *Clases*<sup>18</sup>. — Justiniano trata de meter en un cuadro sistemático los variados casos de *furtum*, distinguiendo la sustracción de la cosa —*furtum rei*—, el uso ilícito —*furtum usus*— y la apropiación indebida —*furtum possessionis*. En el Digesto se lee: «hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con intención de lucro, ya sea de la cosa misma, ya sea también de su uso o de su posesión»<sup>19</sup>.

La *contrectatio* comprende ahora la sustracción —*ablatio*—, el uso ilícito de la cosa ajena —*furtum usus*<sup>20</sup>—, y la apropiación indebida —*furtum possessionis*<sup>21</sup>.

3. *Configuración*. — El *furtum* se configura como delito en razón a las siguientes circunstancias:

- a) Determina una lesión injusta de la *posesión*<sup>22</sup> que otro tiene respecto de una cosa, no importando, por ello, que quien posee —de buena fe— no sea propietario. Por lo demás, no se comete *furtum* frente al propietario no poseedor.

Esta rígida configuración *posesoria* del hurto vino a ser atenuada, admitiéndose, de un lado, que tal delito pueda dañar a quienes tienen la simple detentación de la cosa en virtud de un contrato que lleva aparejada la responsabilidad por *custodia* —comodatario, *fullo*, *sarcinator*<sup>23</sup>—; de otro, se reconoce también como activamente legitimado al propietario no poseedor, cuando al poseedor no le cabe demandar al ladrón. Las acciones de hurto son negadas al ladrón que sufre hurto y al poseedor de mala fe.<sup>24</sup>

De lo dicho resulta que la expresión *invito domino* —en daño o perjuicio del propietario— no puede ser tomada en sentido riguroso, pues las acciones de hurto competen a toda persona que esté interesada en la conservación de la cosa.<sup>25</sup> Por lo demás, cabe la comisión de hurto sobre cosa propia —*furtum rei suae*—, como ocurre cuando el dueño la sustrae a su acreedor pignoraticio,<sup>26</sup> o a quien la posee de buena fe,<sup>27</sup> o al que tiene sobre ella un derecho de retención —*ius retentionis*.<sup>28</sup>

- b) El hurto recae sobre cosa mueble. Ciertamente Sabino admitió la posibilidad de que objeto del hurto fuera también una cosa inmueble,<sup>29</sup> pero tal opinión no llegó a prevalecer.<sup>30</sup> A veces, se puede cometer hurto de una persona libre, como el *filiusfamilias*, la *uxor in manu*, el *iudicatus* —sustraído al acreedor a quien fue adjudicado por sentencia ejecutiva— y el *auctoratus* —gladiador que arrien-

da sus servicios a un empresario.<sup>31</sup>

- c) El elemento subjetivo del *furtum* es el dolo. Los romanos hablan de *dolus malus*: «no se comete hurto sin dolo malo». <sup>32</sup> Hablan también de *affectus furandi*: «no se comete hurto sin intención de robar» <sup>33</sup> y, con más frecuencia, de *furandi animus*, calificando así al dolo en su específica referencia al *furtum*. La expresión justinianea de *animus lucri faciendi* <sup>34</sup> no es algo distinto del *animus o affectus furandi*.
- d) A lo largo de la historia del Derecho romano el *furtum* fue un delito privado. Sin embargo, progresivamente surgen y se afianzan las penas públicas para reprimir las modalidades más graves. A fines de la República, la *ley Cornelia de sicariis* castiga al ladrón armado; luego, la ley Julia, al que sustrae cosas públicas o sagradas, y, en fin, una serie de hurtos cualificados —en atención a las circunstancias de lugar y de tiempo en que se cometen, de los medios adoptados para su ejecución, de la especial naturaleza de la cosa hurtada—, caen pronto bajo la disciplina del procedimiento criminal. Avanzado el Imperio, la víctima puede recurrir, en la mayoría de los casos, y si así lo prefiere, a la justicia penal *extra ordinem* antes que al proceso privado.

4. *Acciones*. —La *actio furti* <sup>35</sup> es infamante y perpetua. Es transmisible a los herederos de la víctima, pero no a los del ladrón, dado su carácter penal. Si el robado es *dominus*, dispone, además, de la *rei vindicatio* y de la *condictio ex causa furtiva*, o *condictio furtiva* <sup>36</sup> como dicen los justinianeos. La *condictio furtiva* es reipersecutoria, y puede intentarse también contra los herederos del ladrón.

En orden al ejercicio de la *actio furti*, la legitimación <sup>37</sup> puede alcanzar al propietario que posee, o al poseedor no propietario, o al simple poseedor, o al detentador, como cabe también un concurso entre ellos. Con referencia al *dominus*, el importe de la pena se traduce, por regla general, en un múltiplo del valor estimado de la cosa —*aestimatio rei*; a los demás corresponde un múltiplo del valor que se considera justo y equitativo —*id quod interest* <sup>38</sup> (§ 117).

### § 111. «Rapina»

La *rapina* —*bona vi rapta*— no constituía, al principio, una figura propia de delito, sino un hurto cualificado por la violencia con que se lleva a cabo la sustracción. El arrebató violento de las cosas ajenas es circunstancia que agrava, naturalmente, el hurto, y por eso se llama *improbis fur* a quien procede de tal forma. <sup>39</sup> En el año 76 a. de C. el pretor Lúculo introduce una acción especial, la *actio vi bonorum raptorum*, de carácter infamante, <sup>40</sup> ejercitable *in quadruplum*, dentro del año, o *in simplum*, si ha transcurrido éste. <sup>41</sup>



Según recuerda Gayo,<sup>42</sup> algunos juristas consideran esta acción en parte penal y en parte reipersecutoria. La mayoría, sin embargo, se inclina por el carácter penal del cuádruplo íntegro, y en términos que la víctima puede intentar, además, la *rei vindicatio* y la *condictio*. Para los justinianos la *actio vi bonorum raptorum* es mixta.<sup>43</sup>

Comprendida como está la *rapina* en el concepto y normas del *furtum*, cabe la concurrencia de la *actio vi bonorum raptorum* con la *actio furti*. En la época clásica, quien ejercita la *actio vi bonorum raptorum* no puede intentar luego la de hurto, mientras que el ejercicio de ésta no impide el posterior de aquélla. Por lo demás, es cuestión controvertida la de si, admitida tal acumulación, la *actio vi bonorum raptorum* competía por el cuádruplo, o por el simple valor de la cosa, en sustitución de la acción reipersecutoria, o por lo que falta sobre lo conseguido con la acción de hurto, es decir, por el duplo.<sup>44</sup> El Derecho justiniano acoge esta última solución.<sup>45</sup>

## § 112. «*Damnum iniuria datum*»

1. *Concepto*. — *Damnum iniuria datum* es el daño causado culposamente en una cosa ajena. Esta figura de delito tiene su origen en la *lex Aquilia de damno dato*, de fecha incierta, quizás entorno al 286 a. de C.<sup>46</sup>

Con la *lex Aquilia* se inicia un proceso de reglamentación uniforme de los casos de daño en las cosas. La práctica pretoria y la actividad jurisprudencial vendrán luego a subsanar y ampliar el deficiente régimen del *damnum* contemplado por dicha ley. Las sutiles decisiones romanas en torno a una especiosa casuística; la atención preferente dispensada por los compiladores a este delito, y, en fin, el hecho de que los viejos términos y conceptos han sido adoptados y desarrollados por la doctrina moderna —se habla hoy de responsabilidad aquiliana o extracontractual—, hacen que la figura delictual ahora examinada destaque entre las demás como la más interesante.

2. *Antecedentes históricos*. — Ya con anterioridad, en el régimen de las XII Tablas, existen algunas disposiciones relativas a los daños causados en las cosas ajenas, pero sin que pueda hablarse de un tipo único de delito. He aquí algunas acciones relativas a casos aislados:

- a) La *actio de pauperie*,<sup>47</sup> concedida contra el dueño del animal que causa daño —*pauperies*— a una cosa ajena. El propietario puede elegir entre el resarcimiento del daño o la entrega del animal. El daño no debe ser consecuencia de un acto imputable al propietario del animal.<sup>48</sup>
- b) La *actio de pastu pecoris*,<sup>49</sup> que se otorga contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno, recayendo sobre él, como en el caso anterior, la obligación de resarcir el daño o entregar el animal.

- c) La *actio de arboribus succisis*,<sup>50</sup> que compete contra quien hace un corte abusivo de árboles ajenos, bajo la pena de pagar venticinco ases por cada árbol cortado.

3. *El régimen de la Lex Aquilia*. — La ley Aquilia<sup>51</sup> tiene tres capítulos, de los cuales el primero y el tercero se refieren a los daños causados en las cosas.<sup>52</sup> En el primer capítulo se dispone que si alguien mata injustamente —*iniuria*— a un esclavo ajeno, o a un cuadrúpedo gregario<sup>53</sup>, debe pagar al dueño el valor máximo que haya tenido la cosa en el año anterior a la muerte.<sup>54</sup>

Las disposiciones del tercer capítulo se refieren a los daños de todo género causados por incendio, fractura o cualquier clase de deterioro a las cosas animadas —esclavos y animales— o inanimadas —. La indemnización del culpable alcanza aquí al valor máximo que tuviera la cosa en los últimos treinta días.<sup>55</sup>

4. *Configuración del daño*. — El daño contemplado por la ley Aquilia presupone:

- a) Comportamiento antijurídico: «*damnum iniuria datum*». La *iniuria* implica culpabilidad en el agente.<sup>56</sup> La culpabilidad se da tanto en el hecho doloso —*dolus malus*—, cuanto en la culpa o negligencia.
- b) Daño producido *corpore corpori*, es decir, directamente por el agente y directamente sobre la cosa.<sup>57</sup> No procede la aplicación de la *Lex Aquilia* a quien deja morir de hambre al esclavo ajeno o le facilita la huida. En el primer ejemplo, porque no actúa la propia mano —el esfuerzo muscular—, en el segundo, porque la actividad corporal no tiene como destinataria la cosa, considerada en su estructura física. La jurisprudencia clásica y el Pretor mantienen firme el principio de la inaplicabilidad de la ley Aquilia cuando no media un acto positivo, siendo insuficiente una omisión para legitimar su ejercicio.

5. *Acciones*. — La *actio legis aquiliae*, acción perseguidora del *damnum iniuria datum*, solo compete al dueño de la cosa dañada. Sucesivamente se conceden *actiones utiles* o *in factum* al poseedor de buena fe,<sup>58</sup> al usufructuario y al usuario, al acreedor pignoraticio y al arrendatario.<sup>59</sup>

La acción de la ley Aquilia es civil y, por tanto, únicamente corresponde a los ciudadanos romanos. Sin embargo, una *formula ficticia* la hizo asequible a los peregrinos, y tanto del lado activo como del pasivo.<sup>60</sup>

La acción es concedida *in simplum* contra quien confiesa, e *in duplum* contra quien se obstina en negar —*adversus infitiantem*.

Para el daño no causado directamente por la propia mano —*non corpore*—, se concedieron *actiones legis Aquiliae utiles*<sup>61</sup> o acciones *in factum* inspiradas en la ley Aquilia<sup>62</sup>. En el Derecho justiniano cabe accionar *in factum* por el daño *non corpori*, y, en general, por cualquier daño no comprendido

en los términos de la vieja ley. La *in factum generalis actio ob indemnitem* permite ahora pedir el resarcimiento de todo daño extracontractual.

§ 113. «Iniuria»<sup>63</sup>

1. *Concepto*. — En sentido amplio, *iniuria* es término expresivo de la antijuridicidad de un acto, de todo acto contrario a Derecho: *quod non iure fit*. En sentido restringido, es una ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona, asumiendo entonces figura de delito.

2. *Tipos de iniuriae*. — En el régimen de las XII Tablas la *iniuria* se refiere únicamente a singulares casos de lesión o violencia corporal:<sup>64</sup> a) mutilación de un miembro o inutilización de un órgano —*membrum ruptum*—,<sup>65</sup> castigado con la pena del talión, a no ser que medie acuerdo de reparación del daño; b) fractura de hueso —*os fractum*— a un hombre libre o a un esclavo, que determina, respectivamente, una pena de 300 o de 150 ases; c) lesiones menores de toda clase —de *iniuriae* hablan las XII Tablas—, que obligan al pago de 25 ases.

El concepto torpe y estrecho de la injuria, junto con lo irrisorio de las penas pecuniarias,<sup>66</sup> que pecan también de rígidas y desiguales, determina una reglamentación pretoria, merced a la cual las normas antiguas son transformadas y acomodadas a las nuevas exigencias.<sup>67</sup>

Dentro del régimen pretorio, corresponde a la persona ofendida la valoración —*aestimatio*— de la injuria recibida, si bien el juez está autorizado para condenar conforme a criterios de equidad —*ex bono et aequo*.<sup>68</sup> En el caso de injurias graves, es el Pretor quien suele hacer la estimación, y el juez, por respeto a éste, no se atreve, de ordinario, a rebajar la condena.<sup>69</sup>

A esta disposición general del Pretor —*generale edictum*—<sup>70</sup> se suman otras particulares por las que se castigan ofensas a la fama y a la dignidad de las personas. Tales son el *convicium* o vociferación que se hace a alguien en contra de lo reglado por las buenas costumbres —*adversus bonos mores*,<sup>71</sup> la *adtemptata pudicitia* o ultraje al pudor de ciertas personas;<sup>72</sup> la *infamatio* o difusión de palabras que levantan mala fama contra alguien.<sup>73</sup> Tenida en cuenta la intención injuriosa y extendida la sanción pretoria a las ofensas verbales, la *iniuria* comprende ahora los varios casos de *contumelia*, de menoscabo de la pública estimación que otro tiene, para ensalzamiento de la propia. La jurisprudencia amplía aún esta noción de la *iniuria*, llegando a referirla, p. ej., a los actos que impiden el uso de una cosa destinada al goce público.<sup>74</sup>

La injuria puede ser grave —*atrox iniuria*—, ya por el propio hecho —*ex facto*—, así en el caso de que alguien sea herido, pegado o apaleado; ya por el lugar —*ex loco*—, como sucede si se hace en el teatro o en el foro; ya por la condición de la persona —*ex persona*—, como ocurre cuando un individuo de baja condición ofende a un magistrado o a un senador.<sup>75</sup>

La injuria hecha a una persona puede afectar también a otra. La ofensa inferida a los hijos en potestad, a la mujer, a la novia o al difunto, es también injuria frente al padre, marido, novio o heredero.<sup>76</sup> En relación con el esclavo, no se considera que padezca injuria, sino que con ocasión de él la sufre el dueño, siempre que la gravedad de la ofensa ponga en evidencia un ultraje para el último.<sup>77</sup>

4. *Acciones*. — La *actio iniuriarum*, acción perseguidora de la *iniuria*, es infamante,<sup>78</sup> y no compete al heredero, como tampoco se da contra él.<sup>79</sup> Junto a ella, el Pretor instituye una *actio iniuriarum aestimatoria*, que permite perseguir toda suerte de atentados contra la integridad física.

En virtud de la *lex Cornelia de iniuriis*, de la época de Sila, ciertos casos de *iniuria* —la *pulsatio*, la *verberatio* y la violación del domicilio<sup>80</sup>— pueden ser objeto de persecución criminal. Los casos de *iniuria* en los que es concedida a la víctima la facultad de elegir entre el ejercicio de la acción privada —*actio iniuriarum*— y la persecución pública, se amplían en el Derecho imperial, hasta llegar, por último, a fijarse la regla de que para toda clase de injurias es dable proceder por vía criminal o por vía civil.<sup>81</sup>

#### § 114. Los actos ilícitos del derecho pretorio (cuasi delitos)

Entre los actos de mayor importancia perseguidos por el Pretor como ilícitos, mediante la concesión de acciones penales *in factum conceptae*, y que luego pasan a engrosar la categoría justiniana de los «cuasi-delitos»,<sup>82</sup> tenemos los siguientes:

1. *Si iudex litem suam fecerit*.<sup>83</sup> — El Pretor otorga una acción *in bonum et aequum concepta*<sup>84</sup> contra el juez que obra dolosamente pronunciando sentencia en fraude de ley.<sup>85</sup> En la época justiniana la responsabilidad viene extendida a la negligencia,<sup>86</sup> pudiendo reducirse la pena a la *vera aestimatio litis*.<sup>87</sup>

2. *Positum et suspensum*.<sup>88</sup> — El Pretor concede una acción —*actio de positis et suspensis*— es contra el *habitor* de una casa que coloca o suspende algún objeto de manera que, con su caída, podría causar daño a cualquier transeúnte. La acción es popular —asequible a todo ciudadano—, prescinde de que medie o no culpa, y se dirige a una condena de diez mil sestercios — diez áureos, en tiempo de Justiniano.<sup>89</sup>

3. *Effusum et deiectum*. — La acción *de effusis et deiectis*<sup>90</sup> es concedida contra el *habitor* de un edificio desde el cual se arroja algo a un lugar de tránsito, ocasionando un daño. Si el daño afecta a una cosa, se responde *in duplum*; si se trata de herida a un hombre libre, la acción se concibe *in bonum et aequum*. En caso de muerte, se otorga una acción popular por la suma de cincuenta mil sestercios.

4. Aparte de la responsabilidad naciente del *receptum*,<sup>91</sup> los navieros, hosteleros y dueños de establos se obligan *in duplum*, mediante *actiones in*

*factum*, por los hurtos y daños que cometen sus dependientes en la nave, en el albergue o en el establo.<sup>92</sup>

Fuera de los casos definidos como cuasi-delitos, son de recordar otros actos ilícitos que guardan relación con la idea de daño o perjuicio patrimonial o moral causados a otra persona. Entre ellos tenemos la violación de sepultura —*sepulchrum violatum*—, perseguible por la *actio sepulchri violati*, castigada con una pena pecuniaria<sup>93</sup>; la corrupción del esclavo ajeno, cuyo castigo se logra mediante el ejercicio de la *actio servi corrupti*,<sup>94</sup> la usurpación injusta de bienes de los contribuyentes por parte de los recaudadores de impuestos;<sup>95</sup> el daño causado por el agrimensor que declara una medida falsa en una controversia de linderos o confines, o con ocasión de la venta o división de una cosa.<sup>96</sup>

## CAPÍTULO IX

# CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

### § 115. Cumplimiento de las obligaciones.

1. *Concepto.* — El efecto primordial de la obligación es su cumplimiento o ejecución. La ejecución o cumplimiento normal, es decir, conforme con el contenido dado por las partes a la obligación en el momento constitutivo, se llama «pago». Los romanos hablan de *solutio*, pero tal término no alude originariamente a este aspecto objetivo y materialista del cumplimiento de la deuda. Al principio, *solutio* —de *solvere*, antítesis de *ligare*— a la liberación del deudor, a la extinción de la *obligatio*, sin tener en cuenta la manera en que se verifica<sup>1</sup>. Junto a tal acepción coexiste otra, de origen más reciente, que atribuye a *solutio* el significado restringido de prestación de lo que es debido: «se dice que paga aquel que hace lo que prometió hacer»<sup>2</sup>. En otro lugar —al tratar de la extinción de las obligaciones— hablaremos de las condiciones del cumplimiento que afectan a los sujetos —activo y pasivo— y al objeto, refiriéndonos ahora tan solo al lugar y tiempo de la prestación.

2. *Lugar de cumplimiento.* — El lugar<sup>3</sup> en que el deudor debe realizar la prestación y el acreedor aceptarla puede venir determinado en razón a diferentes circunstancias:

- a) Determinado por las partes, directa o indirectamente. Tiene lugar una determinación explícita y directa, por ejemplo, cuando el acreedor promete mediante estipulación «dar el esclavo Estico en Roma». El lugar viene determinado indirectamente cuando se deduce de la propia naturaleza de la prestación, p. ej., cuando se trata de la entrega de un inmueble o de la realización de cierto tra-

ba en un punto

- b) Si las partes no han determinado el lugar, hay que distinguir según se trate de una prestación sobre cosas fungibles o bien sobre cosa determinada. En el primer caso, el cumplimiento debe realizarse allí donde el acreedor puede reclamarlas en juicio,<sup>4</sup> esto es, en el *forum domicilii* o lugar de residencia del deudor. Tratándose de una cosa o de una cantidad determinada — *certa species*—, la prestación ha de hacerse en el lugar en que se encuentra, o en aquel en que se encontraría de no haber obrado dolosamente el deudor, transportándola a lugar distinto. No obstante lo anterior, el acreedor está facultado, sin embargo, para pedir que la cosa le sea entregada en otra parte, soportando el riesgo y los gastos.<sup>5</sup>

El acreedor no puede pedir el cumplimiento en lugar distinto del señalado al constituir la obligación, resultando prácticamente inexigible cuando el deudor se encuentre ausente del lugar fijado. El proceso de la época clásica exige la presencia *in iure* del demandado, y de otra parte, una persecución judicial del deudor en lugar distinto del establecido en el acto constitutivo de la *obligatio*, origina una petición no atendible —*plus petitio*. Para evitar tal riesgo, el Pretor otorga una acción ejercitable en el lugar donde se encuentre el deudor —*actio de eo quod certo loco*—, cuya fórmula permite que el juez, al considerar las consecuencias del cambio del lugar, tenga en cuenta el interés de ambas partes.<sup>6</sup>

No es preciso recurrir a la *actio de eo quod certo loco* cuando el crédito es exigible mediante una acción de buena fe, ya que el juez resuelve aquí teniendo en cuenta lo que es exigible entre personas justas y leales, y aprecia, en consecuencia, la situación modificada por las partes.

3. *El tiempo de cumplimiento.* — El tiempo de pago<sup>7</sup> puede ser determinado por las partes o deducirse del propio contenido del negocio. Cuando no se fija término, la prestación se debe en el día mismo en que nace la obligación,<sup>8</sup> a no ser que, habiéndose señalado un lugar para el cumplimiento, o tratándose de la realización de un *opus*, la propia naturaleza de las cosas exija una dilación, de manera que cumpla el deudor cuando razonablemente pueda hacerlo.<sup>9</sup>

## § 116. El incumplimiento de las obligaciones y sus presupuestos<sup>10</sup>

El deudor se vincula al acreedor en orden al cumplimiento de una determinada prestación. El cumplimiento puede resultar objetivamente imposible, y, en tal caso, se disuelve el vínculo —*obligatio resolvitur*. De imposibilidad objetiva no cabe hablar cuando la obligación recae sobre una cosa genérica: la dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor es algo que se aparta del impedimento natural, único que puede libe-

En el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto una *certa res* —obligaciones que imponen como único deber el de entregar la cosa: *dare oportere*—, el deudor responde del incumplimiento cuando la imposibilidad proviene de un acto a él imputable —*factum debitoris*. Se libera, en cambio, cuando la imposibilidad no depende de un acto suyo, o como dicen los romanos, cuando *per eum non stat quominus praestet*. Ni la omisión del deudor acarrea responsabilidad, ni se toma en cuenta, cuando surge ésta, por un acto positivo, el elemento intencional. El heredero que mata o manumite al esclavo que el difunto prometió mediante *stipulatio* o legó *per damnationem*, responde frente al acreedor, aunque ignore la promesa estipulatoria o el testamento. Cuando la imposibilidad del cumplimiento de la prestación deriva del *factum debitoris*, se duda todavía si alcanza responsabilidad a quien realiza el acto positivo ignorando que es deudor.<sup>13</sup>

Con referencia a casos en que la responsabilidad puede resultar inicua, los juristas llegan a admitir algunas exenciones: en materia de obligaciones extracontractuales, sancionadas por una *condictio certae rei* —pago de lo indebido, donación *mortis causa*—, el que adquiere un esclavo que debe restituir a otra persona, solo es responsable de la manumisión del mismo cuando sabe o puede pensar que está obligado a entregarlo.<sup>14</sup>

En el campo de las obligaciones tuteladas por *actiones con intentio incerta* —obligaciones que imponen al deudor un *dare facere*—, es dable tener en cuenta toda clase de actos del deudor, ya que el contenido de la prestación se determina y concreta en vista de las circunstancias. En los *iudicia bonae fidei*, que constituyen los principales casos de *actiones con intentio incerta*, se asegura una responsabilidad con arreglo a las circunstancias del caso particular. El deudor es responsable aquí de todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, importando poco que se trate de un acto positivo o de una omisión.

Sin embargo, resulta difícil para nosotros conocer los límites dentro de los cuales se mueve, histórica y dogmáticamente, la responsabilidad del deudor. Ante todo, conviene advertir que la cuestión de la responsabilidad no es resuelta por los clásicos al dictado de un criterio preciso y uniforme: las infinitas modalidades de la *formula* y los varios elementos que encierra cada tipo de negocio no permiten su engarce en el armazón de un esquema rígido y definitivo. La dificultad aumenta, por otra parte, como consecuencia de las alteraciones hechas por los compiladores justinianos en los textos clásicos, y en torno a las cuales se formulan hoy muy encontradas opiniones.

El deudor responde por dolo, en tanto se libera por caso fortuito. El problema estriba en saber si en la época clásica responde también por *culpa*.

Dolo es la intención o propósito deliberado de observar una conducta que acarrea la imposibilidad de cumplir la prestación. Culpa tanto significa como negligencia y se contrapone a diligencia. Caso fortuito es cualquier evento no imputable al deudor.

Gana hoy estado la opinión de que a un sistema de responsabilidad civil



de carácter objetivo se sobrepone, por obra de los compiladores, un sistema multiarticulado. Centro de este sistema, en el que impera el criterio subjetivo, es la culpabilidad.

Lo cierto es que, en orden al desenvolvimiento histórico de la responsabilidad civil, solo conocemos con bastante certeza el comienzo y el fin: la oposición originaria entre *dolus* y *casus* y el sistema articulado de la Compilación justiniana. En lo restante —sobre todo, en lo que toca al nacimiento y desarrollo del concepto de *culpa*—, reina la oscuridad o, cuando menos, la incertidumbre. Es probable que el concepto de *culpa* surgiera en el campo de los delitos —en el curso de la aplicación de la *lex Aquilia*, precisamente—, y que de aquí pasara al campo contractual. Los fragmentos relativos a dicha ley demuestran que los juristas examinaron con detenimiento el problema de la negligencia, distinguiendo entre ésta y el *dolus* y el *casus*. Verdad es que la *culpa* delictuosa aparece ya formulada en la época de Gayo.<sup>15</sup>

La jurisprudencia de los últimos tiempos republicanos y, sobre todo, de la época clásica, aprecia en las relaciones contractuales una noción de imputabilidad distinta de la que sirve de sustento al dolo. Mientras el dolo implica una infracción intencionada de la obligación contractual, la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación.<sup>16</sup> La culpa es concebida como desviación de un modelo ideal de conducta:<sup>17</sup> el modelo viene representado, unas veces, por la *fides* o *bona fides*, y otras, por la *diligentia* de un *paterfamilias* cuidadoso —*diligens paterfamilias*. Dentro de los *iudicia bonae fidei*, la conducta contraria a la *fides* es asimilada, en su efecto, al *dolus*.<sup>18</sup> Clásica es la *diligentia*, y clásica la medida del *bonus paterfamilias*, por más que sean los justinianos quienes la han elevado a la categoría de concepto técnico y fundamental en la teoría de la culpa.<sup>19</sup>

En determinados casos, el Derecho romano establece una especial responsabilidad, expresada en el «deber de custodia» —*praestare custodiam*. Tal deber va aparejado a situaciones en que la conservación de la cosa se confía a uno de los contratantes. Detentando la cosa un contratante en provecho propio y viniendo obligado a la restitución, la pérdida de la misma le hace incurrir en responsabilidad, una responsabilidad que tiene su fundamento tanto en la propia falta de diligencia —*culpa*—, como en supuestos donde el factor voluntad nada juega. Gayo (3, 205-206) nos habla del *fullo*, del *sarcinator* y del comodatario, que son responsables por razón de la *custodia*, y respecto de las cosas que les fueron entregadas para limpiar o arreglar, mediante un precio, o para tener en uso gratuitamente. Los casos del *fullo* y del *sarcinator* —que no sabemos si tenidos como únicos por Gayo, o si éste los refiere *demonstrandi causa*— fueron extendidos, probablemente, a la *locatio operis faciendi* y a la *locatio rei utendae*, cuando recaen sobre cosas muebles. Tomando por base la singular responsabilidad vinculada originariamente al *receptum*, el *praestare custodiam* se aplica a los *nautae*, *caupones*

y *stabularii* (§ 102), así como al vendedor, por razón de la cosa vendida y

todavía no entregada. En los casos expresados, la responsabilidad alcanza al supuesto de que la cosa sea robada, incluso sin darse falta de diligencia u otra suerte de concurso de la voluntad por parte del custodiante. Y es a éste, y no al dueño de la cosa, como nos dice Gayo, al que se concede la *actio furti*.

El tema de la responsabilidad por *custodia* tiene hoy planteados muchos problemas.<sup>20</sup> Ciertos casos —el del *horrearius*, el del acreedor pignoraticio, el del arrendatario de objeto mueble— son materia de grave discusión. Las alteraciones operadas en los textos por los compiladores justinianos hacen muy difícil el conocimiento del Derecho clásico en lo que toca a esta materia. Desde luego, la responsabilidad por *custodia* entraña, en la época justiniana, una genuina responsabilidad agravada por culpabilidad —de *exactissima diligentia* se habla ahora.<sup>21</sup>

Los compiladores desarrollan y generalizan las doctrinas clásicas, preñadas de decisiones en torno a una informe casuística. Tales doctrinas, que ahora no resultan siempre comprensibles, son desfiguradas muchas veces, cuando no llevadas a términos de pava exageración. En orden a la responsabilidad —y no solo contractual, sino también extra-contractual—, es principio que rige normalmente el de la *culpa*; la *scientia*, la *bona* y la *mala fides* sirven con frecuencia como criterios diferenciadores de los efectos jurídicos.<sup>22</sup>

La Compilación justiniana ofrece un sistema de responsabilidad articulado, con varias graduaciones. El primer grado está constituido por el *dolus*, cuya nota característica es la intencionalidad. El segundo, por la *culpa*, que muestra a su vez las siguientes articulaciones:

- a) *Culpa lata*<sup>23</sup> o negligencia extrema: *lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*<sup>24</sup> (es culpa lata la negligencia excesiva, esto es, no entender lo que todos entienden). La *culpa lata* se equipara, siguiendo precedentes clásicos,<sup>25</sup> al dolo.
- b) *Culpa levis*<sup>26</sup> o inobservancia de la diligencia propia del *bonus o diligens pater familias*, con lo que se entiende el tipo de hombre normal, ordenado y cuidadoso, en la gestión de su hacienda y, por manera general, en la actividad correspondiente a la prestación de que se trate.
- c) *Culpa in concreto*, como dicen los comentaristas, o inobservancia, por parte del deudor, de la diligencia que suele tener en sus propios asuntos —*diligentia quam suis rebus adhibere solet*—,<sup>27</sup> y que, en el particular caso, puede ser menor que la propia del hombre normal. La *culpa in concreto* se contrapone a la que los propios comentaristas denominan *culpa in abstracto*, que se valora tomando por medida la *diligentia* del *bonus paterfamilias*. La *diligentia quam suis* se aplica, por modo especial, a aquellas relaciones en que el deudor debe gestionar o cuidar el interés ajeno cual si fuese propio. Tal ocurre en orden a las obligaciones del tutor y del socio y a la obligación del marido de restituir la dote.

Los varios grados de culpa que hemos señalado no son fruto, probablemente, de la inventiva posclásica, sino desviaciones de normas y distinciones clásicas.<sup>28</sup> Así, por ejemplo, el criterio de las *utilitas contrahentium*,<sup>29</sup> que los juristas romanos no dejan de tomar en cuenta, es ahora objeto de desarrollo, hasta ser erigido en principio general. A tenor de tal criterio, la responsabilidad se limita a la *culpa lata* cuando la relación jurídica se constituye en único provecho —*utilitas*— del acreedor, en tanto se extiende hasta la *culpa levis* cuando la relación mira al provecho exclusivo del deudor o al de ambos. Según lo que parece más probable, el Derecho justinianeo cierra el ciclo de una evolución histórica que, tomando como punto de arranque el *dotus*, amplía sucesivamente la responsabilidad del deudor. Y entendidas así las cosas, no cabe hablar de un corte profundo, radical, entre las normas e ideas que campean en la época clásica y aquellas otras que tienen su explicación en la obra de los compiladores.<sup>30</sup>

El deudor se libera de toda responsabilidad cuando la prestación se hace imposible por un evento que no le es imputable. Hechos naturales —inundación, terremoto, ruina, naufragio, etc.—, hechos jurídicos que sustraen la cosa al comercio de los hombres y actos humanos realizados por terceros con empleo de fuerza irresistible, libran al deudor de todo vínculo. Con relación a tales acontecimientos se habla de *casus* o de *casus fortuitus*.<sup>31</sup> El caso fortuito absoluto es la *vis maior* o evento que ninguna medida de previsión normal hubiera podido evitar.

Las normas que atañen a la responsabilidad son de carácter dispositivo y, consiguientemente, cabe agravarla o aminorarla por convenio de las partes. Sin embargo, se niega eficacia al *pactum de dolo non praestando*, por ser contrario al interés general, que exige la represión de todo acto doloso.<sup>32</sup>

### § 117. Efectos del incumplimiento imputable al deudor

Siempre que el deudor deba responder del incumplimiento, según los criterios que dejamos expuestos, la obligación subsiste —*perpetuatio obligationis*<sup>33</sup>—, y el acreedor puede pedir en juicio la prestación de la cosa debida, cual si ésta no hubiese perecido. A falta de cumplimiento de la prestación, la condena ha de recaer sobre una suma de dinero, cuyo montante determina el propio acreedor, bajo juramento,<sup>34</sup> o directamente el juez.

El contenido de la condena es variable, porque varias son las modalidades de la *formula*.<sup>35</sup> Si la *formula* lleva una *intentio certa*, la condena se centra en el valor común de la cosa, o si se quiere, en el valor que ésta tiene para cualquiera —*quanti ea res est*. En caso de *intentio incerta*, nada impide que entre en juego —y esto es lo normal— el criterio subjetivo, de suerte que la condena mire al valor que tiene la cosa para la propia persona del acreedor —*id quod interest*. Hay casos, sin embargo, en que, mediando circunstancias o elementos de diversa naturaleza, la cláusula *quanti ea res*

est lleva a superar la pauta objetiva, alcanzando la condena al *id quod interest*.

En los *iudicia bonae fidei* la condena tiende a un «*quidquid*» *dare facere oportet ex fide bona*. Condenando en aquello que es justo y equitativo, el «interés» —el *id quod interest*— encuentra aquí su salvaguardia. El «interés» comprende el daño positivo —daño emergente— y las ganancias frustradas —lucro cesante.<sup>36</sup> En todo caso, es preciso que el daño sufrido por el acreedor derive del incumplimiento.

En el Derecho justiniano, y siempre que la obligación recaiga sobre un objeto cuya estimación pueda determinarse con certeza —*in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam*<sup>37</sup>—, la valoración del daño no puede superar el montante —artificial e ilógico, por lo demás— del doble de lo que importa la prestación.

### § 118. Mora<sup>38</sup>

El deudor incurre en *mora* cuando no cumple en tiempo oportuno, y por causa que le es imputable, la prestación debida. Quien retrasa el cumplimiento de una obligación, no la cumple tal como debiera, y si la ejecución tardía no ofrece interés para el acreedor, el retraso implica, en efecto, incumplimiento, con todas las consecuencias que de aquí se derivan, y en los términos que antes quedaron expuestos. Sin embargo, cuando la prestación es posible y el acreedor tiene interés en que ésta se verifique, por más que medie dilación, los efectos de la *mora* no adquieren la amplitud propia del incumplimiento.

Para que haya *mora* es menester que el retraso en el cumplimiento se deba al deudor: *per debitorem stat, quominus praestetur*.<sup>39</sup> Precísase, además, que la obligación sea válida y exigible, esto es, asistida por una acción a la que no se pueda oponer una excepción.<sup>40</sup> La *interpellatio*, la intimación por parte del acreedor para que el deudor cumpla, no es un presupuesto necesario de la *mora*, sino algo que sirve para decidir, en terreno de prueba, la responsabilidad del deudor.<sup>41</sup> Hay casos en que la llamada al cumplimiento es fundamental para que se juzgue culposo el comportamiento del deudor, mas hay otros en que tal no es necesario, hablándose entonces de *mora ex re*.<sup>42</sup> La *mora* sin *interpellatio* tiene lugar cuando la obligación es a término,<sup>43</sup> rigiendo lo que los juristas medievales expresan con la máxima *dies interpellat pro homine*. En las obligaciones nacidas de delito tampoco es necesaria la *interpellatio* para poner de manifiesto la responsabilidad del deudor.<sup>44</sup>

La *mora* agrava la responsabilidad del deudor. Tratándose de obligaciones que recaen sobre una determinada cosa —*certa res*—, la obligación se perpetúa —*perpetuatio obligationis*—, de forma que el deudor no se libera si la cosa perece después de la *mora*.<sup>45</sup> En los *iudicia bonae fidei* cabe exigir al deudor los frutos obtenidos *post moram*,<sup>46</sup> y en las deudas de dinero los inte-

reses de la suma debida desde el día de la mora —*usurae quae officio iudicis praestantur*, como contrapuestas a las *usurae quae sunt in obligatione*.<sup>47</sup>

La mora cesa, según dictados de equidad —*ex bono et aequo*— que se aprecian en cada caso, cuando el deudor ofrece al acreedor el pago íntegro, y el último no tiene una causa justificada para rechazarlo —*emendatio morae*, como dice Paulo,<sup>48</sup> o *purgatio morae*, en el hablar de los comentaristas.<sup>49</sup>

Opuesta a la mora deuditoria —*mora debendi* o *mora debitoris*, *mora solvendi* o *mora in solvendo*— es la llamada mora del acreedor —*mora creditoris* o *mora accipiendi*—, que tiene lugar cuando éste rechaza, sin justa causa, la oferta de pago íntegro y efectivo —real— que le hace el deudor. Rechazada así la oferta, y siempre que se trate de cosa específica, el deudor solo responde de la pérdida de ésta en caso de dolo. Perdida una cosa genéricamente determinada o una suma de dinero, por causa no dolosa, y luego de haber sido hecha la oferta real, el deudor puede oponer la *exceptio doli* a la acción del acreedor.<sup>50</sup>

Cuando la deuda es de dinero, y el deudor la consigna *in publico* —*obsignatio*, *depositum in aede publica*—, queda exento del riesgo, así como de la eventual obligación de pagar intereses.<sup>51</sup> En el Derecho justinianeo el depósito *in publico* extingue *ipso iure* la obligación.

El acreedor puede ser también responsable de los daños y gastos ocasionados al deudor por no haber aceptado la oferta que éste le hizo a su debido tiempo.

## CAPÍTULO X

# GARANTÍA Y REFUERZO DE LAS OBLIGACIONES

### § 119. Garantía de las obligaciones

#### I. Concepto y formas de garantía

El cumplimiento de la obligación puede asegurarse sujetando una cosa, propiedad del deudor, a la acción directa del acreedor —*obligatio rei, res obligata*—, o bien haciendo que otra persona responda de la deuda con el propio crédito —*obligatio personae*. En el primer caso, hablamos hoy de «garantías reales»; en el segundo, de «garantías personales». Las garantías reales —*fiducia, pignus, hypotheca*— y algunas formas de garantía personal han sido explicadas en otras partes del libro,<sup>1</sup> quedando ahora por examinar, dentro de esta última categoría, las constituidas mediante contrato estipulatorio —*sponsio, fidepromissio, fideiussio*—, o por mandato de apertura de crédito —*mandatum pecuniae credendae*.

#### II. La noción de *intercessio*

Los términos *intercedere* e *intercessio* indican, con valor general, la asunción de una garantía. En tal sentido, tanto las garantías personales propiamente dichas, cuanto la novación personal tendente a sustituir el deudor antiguo por otro nuevo —*expromissio*— y la sujeción obligatoria de los deudores solidarios —obligación *in solidum*—, constituyen modalidades de la *intercessio*. La noción de *intercessio* fue elaborada por los juristas con referencia al senadoconsulto Velejano,<sup>2</sup> del año 46 de C., que prohíbe a las mujeres «interceder» prestando garantías reales o personales, colocándose en el puesto del deudor, cuya obligación se extingue,<sup>3</sup> u obligándose personalmente para que no se obligue otra persona, que se beneficia, sin embargo, del contrato.<sup>4</sup>

La prohibición de «interceder» tiende a proteger a la mujer contra una falta de experiencia que la lleve a obligarse por otro creyendo que de aquí no derivarán perjuicios para ella. Consiguientemente, el pago de una deuda ajena no constituye intercesión, como tampoco la donación, la enajenación e incluso la garantía, siempre que ésta se haga con ánimo de liberalidad — *donandi causa*—. La prohibición de interceder no anula el negocio, pero faculta a la mujer para oponerse a la demanda del acreedor con la *exceptio senatus consulti Velleiani*.<sup>5</sup>

### III. Garantías personales.

#### 1. Fianza.

A) *Concepto*.<sup>6</sup> — Entre las varias formas de garantía personal, ocupa un lugar prevalente la *fianza*. Por la fianza una persona se obliga a responder de una deuda ajena con el propio crédito. Semejante obligación es accesoria de la obligación contraída anteriormente por el deudor principal —*obligatio principalis*.<sup>7</sup> Esta existencia *sucesiva* —y no *simultánea*, como ocurre en la solidaridad pasiva— de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango —el deudor principal, en primer plano, y el fiador, en razón accesoria— caracteriza típicamente a la fianza. Sin embargo, la responsabilidad del fiador se manifiesta de modo vario en la historia del Derecho romano: al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como un codeudor, y, por último, se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la coobligación solidaria y el de la accesoriedad; en el *Corpus iuris* encuentra éste su definitiva consagración.

B) *Clases*. — La época republicano-clásica conoce tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. Aparecidas en el orden expuesto, las tres se celebran *verbis*, como toda *stipulatio*, pero tienen un campo de aplicación distinto, y, a veces, también es distinta también su propia naturaleza.

En el Derecho justiniano solo existe una forma de fianza, la *fideiussio*, que es resultado de la fusión de todas. Los compiladores sustituyen sistemáticamente los términos *sponsio* y *fidepromissio* por el de *fideiussio*.

La *sponsio* y la *fidepromissio* solo pueden garantizar obligaciones de carácter estipulatorio. La fórmula verbal de constitución es: *idem dari spondes? (o fidepromittis?)*, con la respuesta del fiador: *spondeo (o fidepromitto)*.<sup>8</sup> La *sponsio* es institución del *ius civile* y, por tanto, únicamente accesible a los ciudadanos romanos; la *fidepromissio* puede ser utilizada por los fiadores extranjeros. Tanto la obligación del *sponsor*, cuanto la del *fidepromissor*, es intransmisible a los herederos.<sup>9</sup>

La *fideiussio* sirve para garantizar toda suerte de obligaciones.<sup>10</sup> Se dife-

rencia así de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, solo aplicables a la garantía de obligaciones contraídas verbalmente. Además, la *sponsio* y la *fidepromissio* se refieren a la misma promesa del deudor: el *sponsor* y el *fidepromissor* prometen el *idem* —*idem spondeo* o *fidepromitto*—, pero no se subordinan a la obligación principal, por lo que, distinguiéndose la estipulación de garantía de la principal, es posible tener por válida aquella en ciertos casos en que ésta es inválida.<sup>11</sup> En cambio, la *fideiussio* acarrea obligación para el garante siempre y cuando el deudor quede *obligatus*, incluso *naturaliter*. Por último, y de modo contrario a lo que ocurre en la *sponsio* y en la *fidepromissio*, la obligación del *fideiussor* se transmite hereditariamente y la acción para hacerla efectiva tiene carácter perpetuo.

La *fideiussio* es accesible a romanos y extranjeros, y se constituye con la fórmula *id fide tua esse iubes?*, y respuesta del fiador: *fideiubeo*.

El *fideiussor* responde de todo cuanto puede reclamarse al deudor principal —*idem debitum*. En ningún caso puede obligarse a más que el deudor principal, aunque sí a menos.<sup>12</sup>

C) *Intervención legislativa*. En la época republicana se dictan varias leyes con miras a regular las relaciones entre cofiadores y entre el fiador y el deudor principal: a) La *lex Apuleia*, posterior al 241 a. de C., dispone que si uno de los varios fiadores paga más de lo que le corresponde, puede dirigirse contra los demás para exigirles el reembolso del excedente.<sup>13</sup> b) La *lex Furia*, que sigue en orden temporal a la anterior, y solo se aplica al *sponsor* y al *fidepromissor in Italia acceptus*, establece que la obligación de garantía se extingue por el transcurso de dos años y que, en el caso de existir varios fiadores, la deuda se ha de dividir entre ellos por partes iguales, sin atender a la circunstancia de que alguno sea insolvente<sup>14</sup> —la insolvencia de cualquiera no se traduce en aumento de la cuota de quien es solvente, sino que perjudica al acreedor. c) La *lex Cicereia*, de fecha incierta, prescribe que el que toma *sponsors* o *fidepromissores*, debe declarar públicamente y de antemano el objeto de la obligación garantizada y el número de los garantes.<sup>15</sup> d) Finalmente, una *lex Publilia*, anterior a la última, concede al *sponsor* que ha pagado al acreedor una acción penal por el duplo, ejercitable frente al deudor garantizado, siempre que no le hubiera reembolsado el dinero dentro de seis meses —*actio depensi*.<sup>16</sup>

D) *Responsabilidad del garante*. — En la época clásica el *fideiussor* responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse, a su elección, contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones.<sup>17</sup> Para soslayar este último inconveniente, se introduce en la práctica la que los modernos llaman *fideiussio indemnitatis*, por virtud de la cual el fiador solo se obliga a pagar la parte de la prestación que el acreedor no logró obtener del deudor principal. Hay que decir, sin embargo, que los romanos no ven aquí una verdadera y propia *fideiussio*, puesto que la obligación del fiador es distinta de la del deudor principal.<sup>18</sup>



E) *Acciones y beneficios a favor del garante*. — El *fideiussor* no dispone, en cuanto tal, de una acción de regreso contra el deudor por el que ha pagado. La jurisprudencia admite, sin embargo, que el fiador pueda exigir el reembolso, sea mediante la *actio mandati*,<sup>19</sup> si ha obrado a instancia del deudor, sea valiéndose de la *actio negotiorum*, si su intercesión ha sido espontánea.<sup>20</sup> Entre varios cofiadores se da, a partir de una constitución de Adriano, el *beneficium divisionis*. Demandado un cofiador, puede exigir al acreedor, mediante *exceptio*, que divida la deuda entre los cofiadores solventes en el momento de la *litis contestatio*. De advertir es que la cuota de cada uno aumenta por el reparto de la que afecta al cofiador insolvente.<sup>21</sup> El carácter accesorio de la *fideiussio* se afirma con Justiniano, al conceder al último el *beneficium excussionis*: el fiador puede exigir que el acreedor se dirija en primer término al deudor principal.<sup>22</sup>

Desaparecido el efecto consuntivo de la *litis contestatio*,<sup>23</sup> la obligación subsiste, frente al deudor principal y frente al fiador, hasta tanto no se verifique el pago. Ahora bien, el fiador que paga tiene derecho a que le sea cedida la acción que correspondía al acreedor contra el deudor —*beneficium cedendarum actionum*.<sup>24</sup>

2. «*Mandatum pecuniae credendae*».<sup>25</sup> — Función de garantía cumple el *mandatum pecuniae credendae* —*mandatum qualificatum*, en la denominación de los comentaristas. Consiste en el encargo que una persona —mandante— hace a otra —mandatario— para que abra un crédito a un tercero. El mandatario, que hace efectivo el préstamo al tercero, puede ejercitar contra el mandante la *actio mandati contraria*, para exigirle que le resarza los daños derivados de la ejecución del mandato.

El mandato de apertura de crédito obedece en la época clásica a las normas del mandato propio y verdadero —es un «negocio con efectos de fiaduría». Afirmada luego, en el Derecho justiniano, la tendencia a ver en la fianza un negocio especial, el mandato de crédito viene asemejado a la *fideiussio*.

Los beneficios de excusión y de cesión de acciones se dan a favor del mandante. Siendo varios los que mandan abrir el crédito, disponen del beneficio de división.

## § 120. Refuerzo de las obligaciones

### I. «*Arrha*»<sup>26</sup>

Las arras —*arrha*— consisten en una suma de dinero u otra cosa que el deudor entrega al acreedor para atestiguar o probar la existencia de un contrato consensual —la compraventa, por lo común— ya perfecto. Ciertamente,

en el mundo romano las arras no son más que una señal confirmatoria de la

conclusión del contrato —*arrha confirmatoria*.<sup>27</sup> De ellas no surge para las partes el derecho de rescindir el contrato, y deben restituirse con independencia de la ejecución de éste.

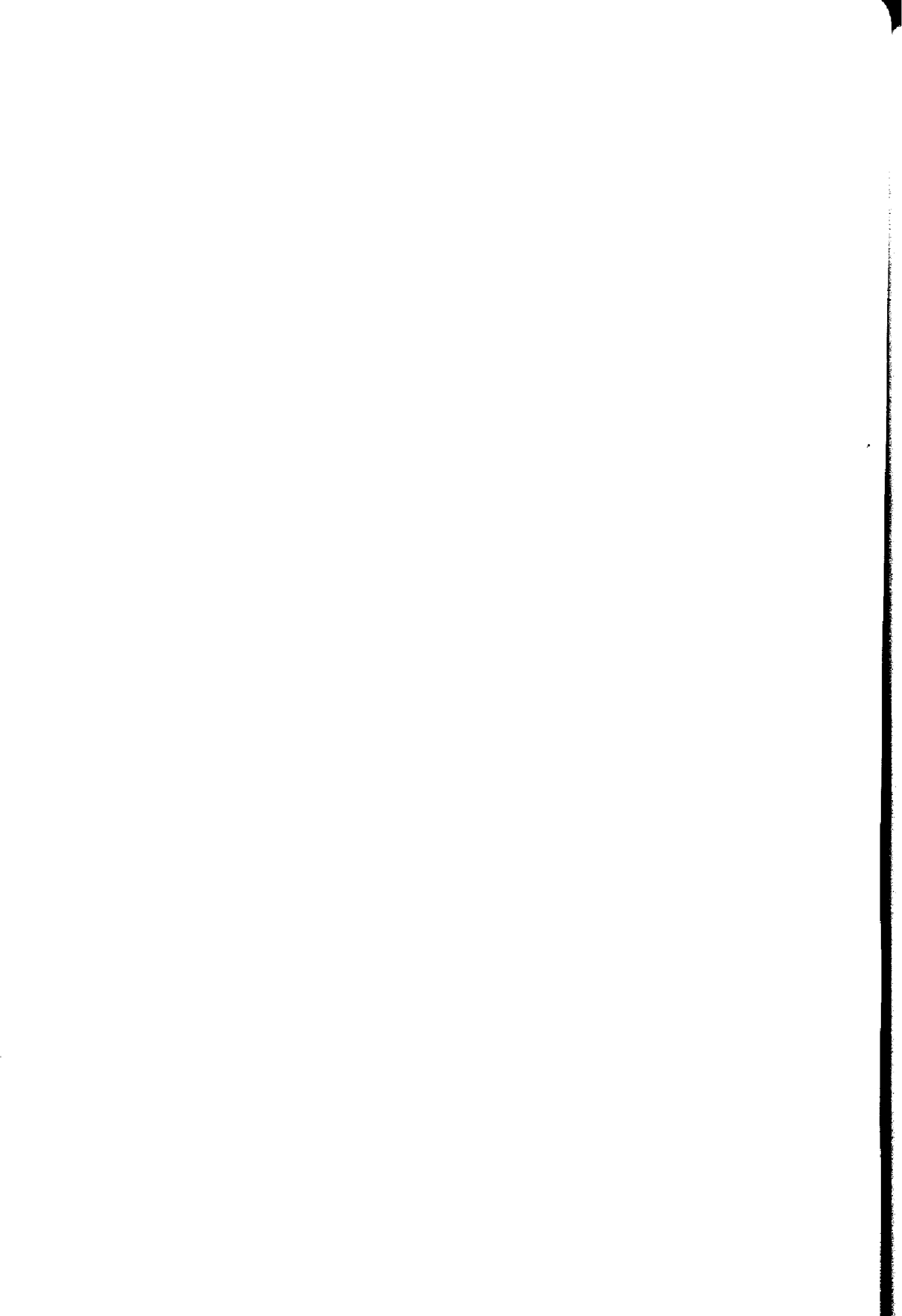
Las arras griegas —ἀρραβίων— cumplen una función penal. Mediando arras, recae una sanción sobre la parte que incumple el contrato: si es el comprador, pierde lo que ha dado, y si es el vendedor, el doble u otro múltiplo de lo recibido. Esta función penal de las arras —*arrha poenitentialis*— es acogida por Justiniano en una constitución del año 528.<sup>28</sup> El comprador y el vendedor pueden apartarse unilateralmente del contrato, y si quien lo hace es el primero, pierde las arras que dio, y si el segundo, está obligado a restituir *in duplum* las recibidas.

## II. Cláusula penal<sup>29</sup>

Es la promesa de verificar una prestación —por lo general, el pago de una suma de dinero— en caso de incumplir una obligación. Para establecer la pena que importa semejante prestación se acude a la *stipulatio —stipulatio poenae—*, o bien al pacto simple, cuando se añade a un contrato de buena fe. Se emplea la cláusula penal con el fin de que el deudor, forzado por la amenaza de la pena, cumpla la obligación asumida —la obligación principal, de la que es accesoria la nacida de la cláusula.<sup>30</sup> Asimismo, sirve para fijar de antemano la responsabilidad del deudor a la hora del incumplimiento, y que, de otro modo, quedaría incierta hasta que el *iudex* pronunciase la condena.<sup>31</sup>

## III. Juramento

El juramento prestado por el menor de veinticinco años respecto de una obligación previamente contraída, sin la asistencia de su curador —*curator*—, hace que pierda el derecho a pedir la *in integrum restitutio*.<sup>32</sup>



## CAPÍTULO XI

# EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

### § 121. Los modos de extinción

#### I. Concepto y modos de extinción

Se llaman modos o causas de extinción de las obligaciones a aquellos hechos jurídicos que determinan su perecimiento o extinción.

El vínculo que entraña la *obligatio* entre el acreedor y el deudor puede desaparecer de raíz, de conformidad con lo previsto por el *ius civile*, hablándose entonces de extinción *ipso iure*. Mediando una causa de extinción civil, el *dare facere oportere* en que consiste la *obligatio* cae por su base, y será inútil, por consiguiente, invocar en juicio la tutela de un derecho. El juez rechaza, en cuanto infundada, la reclamación del acreedor.

No obstante, puede suceder que, subsistiendo la *obligatio*, según el *ius civile*, el Pretor otorgue al deudor la facultad de paralizar, mediante *exceptio*, la *actio* entablada por el acreedor. Y así, junto a la extinción civil, *ipso iure*, se da una extinción pretoria, denominada *ope exceptionis*.

La distinción entre unos y otros modos de extinguir la obligación tiene especial significado en la época clásica: las causas de extinción *ipso iure* pueden ser invocadas en cualquier fase del juicio, en tanto que la *exceptio* ha de ser insertada en la *formula* y, por consiguiente, propuesta *in iure*. En el Derecho justiniano los modos de extinción operan con igual eficacia: «No hay diferencia entre que uno, de propio derecho, no tenga acción, y que la acción quede invalidada por una excepción». Desaparecido el procedimiento formulario, la excepción no se diferencia —al menos en el orden procesal— de cualquiera otra defensa del demandado, y se puede proponer también después de la *litis contestatio*.

## II. Causas de extinción «*ipso iure*»

### 1. Pago<sup>2</sup>

A) *Concepto*. — El pago, del que ya hemos tratado,<sup>3</sup> constituye el modo normal de extinguir la obligación. Realizada la prestación a favor del acreedor —y esto es el pago—, la obligación, cualquiera que sea su objeto, se extingue definitivamente:<sup>4</sup> «Procede la liberación a perpetuidad cuando adquieres definitivamente lo que yo te debía y no pueda ser reclamada la devolución de lo que se pagó». El pago tiene eficacia extintiva siempre que haya correspondencia objetiva entre el contenido de la obligación y el acto del deudor. Significa esto que el deudor ha de observar una determinada forma cuando así lo reclame la naturaleza de la prestación.

Si la obligación consiste, por ejemplo, en la enajenación de una finca, el deudor, en la época clásica, ha de transmitir la propiedad mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, en tanto que si se trata de *res nec mancipi* es suficiente la simple entrega —*traditio*. Cuando la obligación recae sobre un *facere*, la prestación habrá de verificarse de acuerdo con las modalidades convenidas.

### B) Requisitos

- a) El pago debe ser hecho por el deudor, pero puede hacerlo también un tercero, a no ser que, habiéndose considerado especialmente las cualidades o aptitudes del obligado se exija de él, precisamente, el cumplimiento de la prestación. El pago que hace el tercero tiene eficacia liberatoria cuando se da en éste la intención de extinguir la deuda ajena,<sup>5</sup> no importando que el deudor no tenga conocimiento del mismo o que, teniéndolo, lo prohíba: «Porque se halla establecido por el derecho civil que es lícito mejorar la condición de una persona, aun sin su conocimiento y contra su voluntad».<sup>6</sup>
- b) El pago debe ser hecho al acreedor o a un representante suyo — tutor, curador, *procurator*, mandatario, etc. En caso de *stipulatio*, cabe señalar una persona a la que también pueda pagar el deudor. Si el acreedor pregunta: «*prometes darme a mí o a Ticio*», el deudor promitente puede elegir entre pagar al estipulante o a Ticio.<sup>7</sup>
- c) El deudor está obligado a satisfacer el pago *íntegro*<sup>8</sup>. Algunos deudores<sup>9</sup> gozan del llamado *beneficium competentiae*, en virtud del cual solo pueden ser condenados en los límites de sus posibilidades: «condena en aquello que el deudor puede hacer; condena en la medida que las posibilidades lo consientan, no más allá de las posibilidades»<sup>10</sup>.

Es válido el pacto concertado entre el llamado a la herencia y los

acreedores del difunto por el que éstos renuncian a exigir una parte

del crédito: «si antes de adir la herencia alguien pactare con los

acreedores para pagar menos, el pacto ha de ser válido»<sup>11</sup>. Este pacto *ut minus solvatur* tiene por objeto evitar que, estando la herencia cargada de deudas, no llegue a aceptarla el heredero. No aceptando la herencia, y faltando, consiguientemente, un sucesor, los acreedores obtienen la *missio in bona*, y la ejecución patrimonial —*proscriptio, venditio*— se realiza en nombre del difunto.<sup>12</sup>

- d) Si una persona tiene varias deudas con el mismo acreedor, puede imputar el pago de una suma a aquella que prefiera extinguir.<sup>13</sup> Si el deudor nada dice al respecto, y paga una cantidad cuyo montante es inferior al de todas las deudas, está al arbitrio del acreedor determinar por cuál quiere que se haya pagado.<sup>14</sup> A falta de determinación por parte del que paga y del que cobra, rigen reglas especiales, que salvaguardan el interés del deudor. En virtud de ellas, el pago se imputa, respectivamente, a los intereses, al crédito vencido, al crédito más oneroso o más antiguo, antes que al capital, al crédito cuyo vencimiento no ha llegado, al crédito menos oneroso o al más moderno. Si no se dan tales elementos, el pago se imputa proporcionalmente a cada una de las deudas.<sup>15</sup>
- e) El deudor debe satisfacer la prestación debida.<sup>16</sup> Con el consentimiento del acreedor puede hacer una prestación distinta. Es lo que los intérpretes llaman *datio in solutum*.<sup>17</sup> Según refiere Gayo,<sup>18</sup> es cuestión discutida entre los juristas la relativa al efecto que produce el pago de una cosa por otra: los sabinianos consideran que la obligación se extingue *ipso iure*; los proculeyanos otorgan al deudor la *exceptio doli*, cuando el acreedor que ha recibido y aceptado un objeto diferente reclama luego el debido, es decir, aquel que está *in obligatione*. La primera opinión es acogida por Justiniano,<sup>19</sup> quien concede, además, al deudor que no puede procurarse dinero, la facultad de liberarse ofreciendo al acreedor, bajo justa estimación, los bienes inmuebles que posee y que nadie quiso adquirir<sup>20</sup> —*datio in solutum necessaria*.

C) *Prueba del pago*. — La prueba del pago puede hacerse, en la época clásica, de cualquier modo. En el Derecho justiniano la libertad de prueba sufre importantes limitaciones: el pago de deudas resultantes de documento debe probarse con cinco testigos,<sup>21</sup> o bien mediante recibo —*apocha*—, pero éste solo tiene eficacia plena luego de transcurridos treinta días sin que el acreedor lo haya impugnado.<sup>22</sup>

2. *Solutio per aes et libram*. — Es un medio de extinción aplicable a las obligaciones nacidas de los denominados *gesta per aes et libram*, a las provenientes de condena judicial y a los legados *damnatorios*.<sup>23</sup> En presencia de

cinco testigos, cuando menos, y del portador de la balanza —*libripens*—, el deudor hace esta declaración: «Puesto que yo he sido condenado por sentencia...

cia judicial a tantos miles de sestercios, por este título me desato y me libero de ti con este bronce y esta balanza. Yo te peso, de acuerdo con la ley pública, esta primera y última libra». <sup>24</sup> Entonces golpea la balanza con el *raudusculum* y lo entrega al acreedor a manera de pago —*veluti solvendi causa*. <sup>25</sup> Esta forma de liberación sigue una evolución pareja a la de la *mancipatio*, y así, lo que en principio importaba pago efectivo, se convierte luego en pago ficticio —*imaginaria solutio*—, pero que libera, en todo caso, al deudor. Al igual que todos los *gesta per aes et libram*, no existe ya en el Derecho justiniano.

3. *Acceptilatio*.<sup>26</sup> — La *acceptilatio* —de *acceptum ferre*— es un modo de extinguir obligaciones contraídas *verbis o litteris*. Nada sabemos sobre las formas de la aceptilación literal, que desaparece con la *obligatio litteris*, en tanto que nos son conocidas las de la aceptilación verbal. El deudor interroga al acreedor con estas palabras: «¿Has recibido lo que yo te prometí?», y el acreedor responde: «lo he recibido»<sup>27</sup>. Al principio, la *acceptilatio* sigue a un pago efectivo, siendo una forma de declaración del recibo; más tarde, es empleada para la remisión de deudas contraídas *verbis*. En este último momento se otorga fuerza extintiva a la declaración del recibo, y de por sí, esto es, en concepto de *imaginaria solutio*.<sup>28</sup>

Dada su estructura formal, la *acceptilatio* no admite términos ni condiciones.<sup>29</sup> Cabe, sin embargo, que tenga por objeto una deuda sujeta a condición, de forma que el cumplimiento de ésta libera al que promete dinero bajo condición<sup>30</sup>.

La *acceptilatio* sirve para extinguir las obligaciones verbales, estipulatorias, pero no las demás. Si se quiere cancelar obligaciones no derivadas de contratos verbales, es necesario transformarlas antes, por novación, en estipulaciones.<sup>31</sup> Las varias deudas que tenga una persona frente a otra pueden ser transformadas en una estipulación que las abarque conjuntamente, saldándolas luego mediante aceptilación verbal. Para ello se utiliza el formulario ingeniado por el jurista Aquilio Gallo —*Aquiliana stipulatio*.<sup>32</sup>

4. *Consensus contrarius*. — La obligación derivada de contrato consensual puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes —*contrarius consensus, mutuus dissensus*—, si bien solo procede antes de que una de las partes realice la prestación. La regla clásica, aplicable a la compraventa,<sup>33</sup> sería extendida por los compiladores a todos los contratos consensuales.<sup>34</sup> Debe advertirse, por lo que se refiere a la sociedad y al mandato, que ambos contratos pueden disolverse por decisión unilateral.<sup>35</sup>

### 5. *Novación*.<sup>36</sup>

A) *Concepto*. — Novación es la sustitución de una obligación por otra. La novación —*novatio*— importa extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una *posterior stipulatio*.

Ulpiano la define como «la transfusión y conversión de una deuda anterior en otra obligación», añadiendo que la creación de la *nova obligatio* extingue la antigua: «se constituye una nueva, de suerte que se extinga la primera»<sup>37</sup>.

B) *Forma*. — Para realizar la novación solo habría un medio: la *stipulatio*, en una de sus muchas aplicaciones.<sup>38</sup> La voluntad de las partes da vida a la novación, pero ésta exige la forma de la *stipulatio* y solo de ella arranca, por determinación de la ley, el efecto jurídico novatorio. Decaída luego la solemnidad formal de los *verba*, en el Derecho justiniano la extinción de la obligación se infiere sin más de la voluntad de novar, del *animus novandi*.<sup>39</sup> Si falta la intención manifiesta de operar la novación, la *prior obligatio* subsiste, acumulándose a ésta el crédito naciente de la nueva estipulación.<sup>40</sup> Por lo demás, la estructura de la novación sufre un cambio parejo al del instrumento —la *stipulatio*— mediante el cual se lleva a cabo.<sup>41</sup> Ahora, la *stipulatio* se centra en el documento, y los *verba* que se vierten en el mismo pueden expresarse libremente.<sup>42</sup> En consonancia con este movimiento, se llega a admitir la modificación del objeto de la prestación.<sup>43</sup>

C) *Clases*. — La novación puede afectar a los sujetos o al objeto. La novación subjetiva tiende a sustituir la persona del acreedor o la del deudor<sup>44</sup> —*novatio inter diversas personas*. En el primer caso, se habla de «delegación activa» —*delegatio*—: «lo que debes a Ticio, ¿prometes dármele a mí?» En el segundo, de «delegación pasiva» —*expromissio*—: «¿prometes darme lo que Ticio me debe a mí?»<sup>45</sup>

Para la novación entre el mismo acreedor y el mismo deudor<sup>46</sup> —*novatio inter easdem personas*— es necesario que la nueva *stipulatio*, aun versando sobre el mismo objeto, contenga algo nuevo respecto de la precedente, que puede ser un cambio del lugar o del tiempo para el pago, la adición o la eliminación de una condición, etc.

D) *Requisitos*. — La estipulación novatoria presupone la existencia de una *obligatio*, cuyo contenido se transfunde en otra obligación. En todo caso, ha de enunciar la obligación precedente, de la que se nutre la obligación nueva, p. ej., ¿prometes dar los cien que me debes por venta?, o ¿Prometes dar lo mismo que debiste darme en aquellas kalendas?<sup>47</sup>

La estipulación novatoria *sub condicione* no extingue la *prior obligatio* hasta tanto se cumpla la condición.<sup>48</sup> Durante el período de pendencia el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la vieja *obligatio*, so pena de ver paralizada su acción con una *exceptio pacti*.<sup>49</sup>

E) *Efectos*. — Junto al perecimiento de la obligación precedente, la novación también extingue, por regla general, las garantías personales y reales,<sup>50</sup> así como los privilegios inherentes al crédito renovado.<sup>51</sup> De igual modo, dejan de devengarse los intereses.<sup>52</sup>



6. *Concursus causarum*. — Tiene lugar cuando el acreedor adquiere, por otra causa la cosa concreta que le es debida. Según la vieja doctrina, la adquisición en propiedad, por título diferente, de la misma cosa —de la cosa individualmente determinada—, extingue la obligación, porque no se concibe que ésta recaiga sobre lo que ya está en propiedad del acreedor.<sup>53</sup> En el Derecho justiniano —si es que no ocurrió también con anterioridad—, la extinción solo se produce cuando las dos causas de adquisición son *lucrativas*<sup>54</sup> —*concursus causarum lucrativarum*.

7. *Confusión*.<sup>55</sup> — Las obligaciones se extinguen por confusión, esto es, por llegar a darse en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. Ocurre esto, comunmente, a consecuencia de la herencia<sup>56</sup> o de otra adquisición universal.

8. *Muerte y «capitis deminutio»*. — Ciertas obligaciones se extinguen por la muerte de uno de los sujetos. Así ocurre, p. ej., con las obligaciones delictuales, con las derivadas de *sponsio* y *fidepromissio*, con las fundadas en relaciones de confianza o en consideración a las personas —sociedad, mandato.

Causa extintiva es también la *capitis deminutio*, incluso la *minima*. La intervención pretoria desvía, sin embargo, semejante efecto, en los términos que ya hemos señalado anteriormente.<sup>57</sup>

### III. Causas de extinción «*ope exceptionis*»

#### 1. *Compensación*

A) *Concepto*. — La compensación —*compensatio*— tiene lugar cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra éste<sup>58</sup>.

En el Derecho clásico el saldo recíproco de dos créditos contrarios no asume el carácter de principio general y autónomo, tal como sucede en el Derecho moderno. La compensación es un fenómeno procesal,<sup>59</sup> y solo puede tener lugar cuando la estructura de la *formula* permite al juez tener en cuenta el crédito del demandado, condenándole por la sola diferencia, o absolviéndole, si las partidas son iguales. La posibilidad de hacer una valoración conjunta, superando el inconveniente que representa el aislamiento de cada derecho de crédito —cada derecho es específico y, como tal, se individualiza en cada *formula*—, solo se da en casos excepcionales.

#### B) *Casos de compensación*:

- 1) En un *iudicium bonae fidei* el *iudex* puede tener en cuenta las recíprocas pretensiones de las partes, no condenando sin más al deman-

dato cuando el demandante está obligado hacia él por una prestación análoga.<sup>60</sup> No es obligación del juez evaluar las recíprocas obligaciones de las partes, pero tal es lo que parece conveniente en juicio de buena fe.<sup>61</sup>

- 2) Si el banquero —*argentarius*— demanda a un cliente, debe hacerlo descontando lo que a su vez debe a éste —*agere cum compensatio- ne*. Antes de demandar, el banquero ha de fijar por sí mismo la compensación, de modo que la prestación alcance solo a la diferencia entre las diversas partidas.<sup>62</sup> Una petición que excede de la diferencia del saldo acarrea la pérdida de la causa por *plus petitio*.<sup>63</sup> La compensación solo tiene lugar entre deudas del mismo género y de la misma clase,<sup>64</sup> y respecto de lo que ya se debe actualmente.<sup>65</sup>
- 3) El *bonorum emptor* o comprador de la masa de bienes de un concurso debe demandar con descuento —*ageré cum deductione*—, esto es, de manera que se condene al deudor únicamente en lo que resta, una vez deducido lo que debe a éste el concursado.<sup>66</sup> No es necesario que las prestaciones sean de la misma naturaleza,<sup>67</sup> ni que el crédito contrario sea vencido.<sup>68</sup> El descuento no se consigna en la *intentio*, sino en la *condemnatio*, lugar donde una *plus petitio* no ocasiona riesgo.<sup>69</sup>
- 4) Un rescripto de Marco Aurelio establece que el deudor demandado puede oponer la *exceptio doli* a efectos de compensación, en los llamados *iudicia stricti iuris*, y algunas *sacrae constitutiones* disponen que, en el caso de *mutuae petitiones*, la ejecución de una sentencia debe aplazarse hasta que se juzgue la otra demanda.<sup>70</sup>

C) *Requisitos*. — El mecanismo compensatorio de la época clásica actúa en casos concretos y, precisamente, cuando particulares modalidades del *agere* imprimen un tenor singular a la *formula*, o bien cuando la equidad restringe la condena en la razón y medida reclamadas por la *bona fides*. En el Derecho justiniano, desaparecido ya el procedimiento formulario, la compensación se convierte en institución única y de valor general. Se aplica, en efecto, a toda clase de acciones,<sup>71</sup> tanto personales como reales, y siempre que una de las partes pueda oponer a la otra un crédito válido, vencido,<sup>72</sup> líquido —de fácil prueba<sup>73</sup>— y de análoga naturaleza al contrario. Poco importa, por lo demás, que los créditos procedan o no de diferentes causas —*ex eadem o ex dispari causa*.

D) *Efectos*. — En una célebre constitución de Justiniano (C. 4, 31,14) se dice que la compensación opera *ipso iure*. Tal expresión, que aparece sistemáticamente interpolada en varios textos, ha dado lugar, desde la época de los glosadores, a vivas controversias.<sup>74</sup> A nuestro entender, la sola coexistencia de créditos compensables —según los requisitos que acabamos de señalar— determina su recíproca *desvirtuación*. Esto produce los siguientes

efectos desde el momento en que se enfrentan los créditos:

- a) Una y otra parte quedan libres de pagar intereses en la proporción en que concurren los créditos.<sup>75</sup>
- b) Se extinguen las relaciones de garantía.<sup>76</sup>
- c) El que recíprocamente es acreedor y deudor, en los casos en que tiene lugar la compensación, si paga, puede reclamar como indebido lo pagado.<sup>77</sup>

La coexistencia de los créditos compensables lleva tan solo a su desvirtuación: la *extinción* se realiza por la sentencia judicial. Si una de las partes reclama en juicio su crédito, y la otra invoca el crédito contrario, el juez ha de estimar éste como pago, pues «procede que de derecho se haga la compensación del pago»<sup>78</sup>. El demandado, al invocar el crédito contrario, no se procura un derecho de excepción, sino que hace uso de una excepción ya adquirida.<sup>79</sup> La excepción compensatoria es un medio defensivo legal, y es deber anejo al *officium iudicis* el tomarlo en consideración, sin necesidad de que el demandado haga una especial advertencia.<sup>80</sup> Al juez no se le otorga libertad para admitir o rechazar compensaciones: se le manda que admita las compensaciones, advirtiéndole que, a los efectos de evitar una dilación perjudicial a la demanda, solo tenga por tales las que están sujetas al límite fijo de la causa líquida.<sup>81</sup>

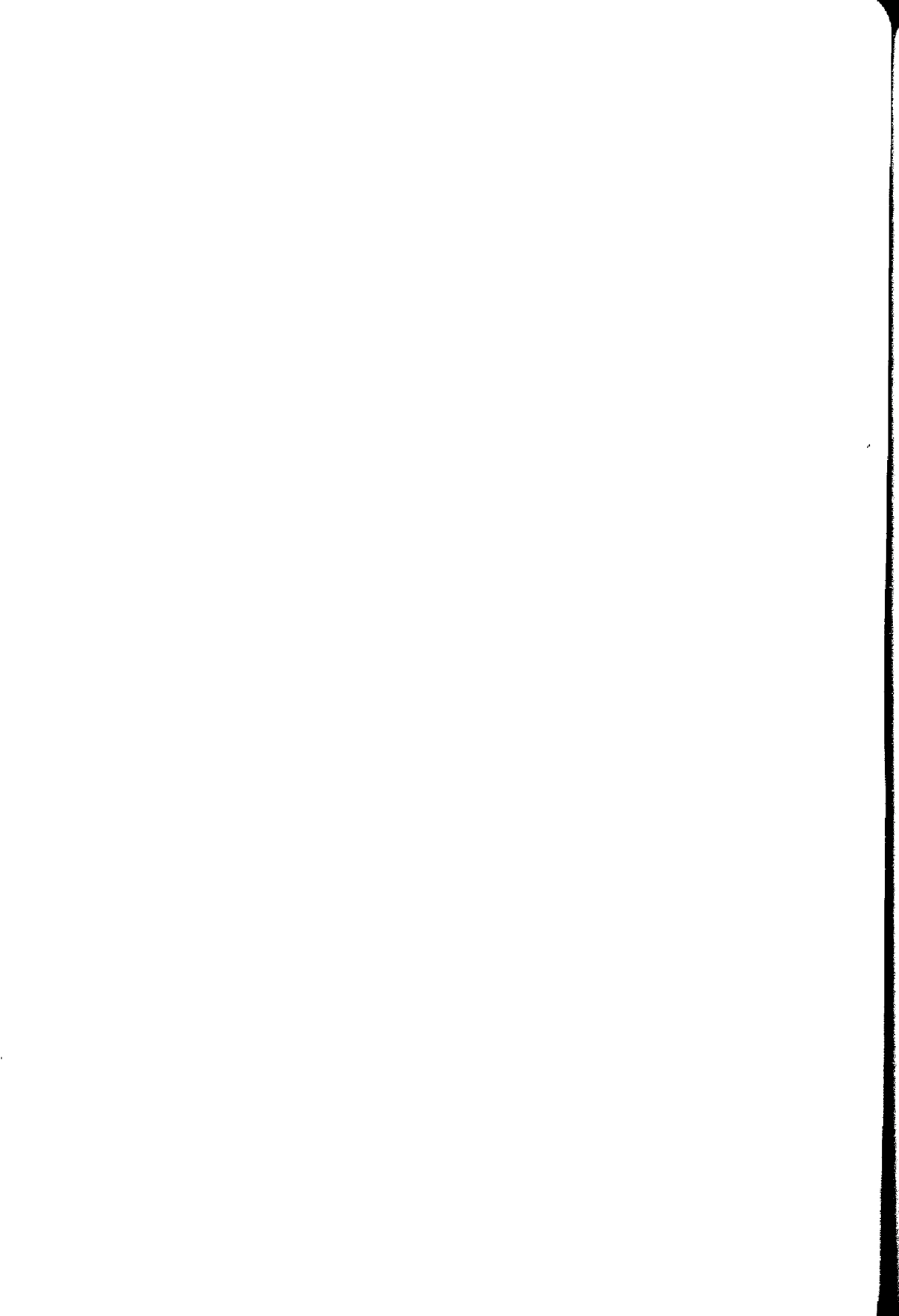
## 2. *Pactum de non petendo*.<sup>82</sup>

A) *Concepto*. — Es el acuerdo no formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación. Lo mismo que la *acceptilatio*, cumple una función liberatoria —de remisión de la deuda—, pero se diferencia de ella en que no destruye de raíz —*ipso iure*— la obligación.

B) *Efectos*. — El *pactum de non petendo* da lugar a la *exceptio pacti conventi*, mediante la cual el deudor, sin negar la obligación —*obligatio pacto convento non tollitur*—, se opone a la acción por la que se reclama la prestación perdonada. A diferencia también de lo que ocurre con la *acceptilatio*, los efectos del pacto puro y simple de perdón pueden sujetarse a término o a condición e incluso revocarse por un pacto de naturaleza contraria —*pactum de petendo*.

C) *Clases*. — La eficacia del pacto puede limitarse al solo deudor —*pactum de non petendo in personam*— o extenderse también al heredero, al fiador y al codeudor solidario —*pactum de non petendo in rem*. La distinción, así concebida, es justinianea; en la época clásica el *pactum de non petendo* no favorece al heredero, salvo mención especial —*mentio heredis*—, ni al codeudor solidario, sino únicamente al fiador, como deudor

3. *Praescriptio longi temporis*. — Entre las causas de extinción *ope exceptionis* figura la *praescriptio triginta annorum*, establecida por Teodosio II,<sup>83</sup> y en virtud de la cual fenecen todas las acciones no ejercitadas durante treinta años.<sup>84</sup>



## CAPÍTULO XII

# TRANSMISIÓN DE LOS CRÉDITOS Y DE LAS DEUDAS

### § 122. Transmisión de los créditos<sup>1</sup>

Fuera de la sucesión a título universal —*hereditas* y *bonorum possessio*, sobre todo—, no se concibe una transmisión de las relaciones obligatorias. Se opone a ello el propio carácter personal de la obligación romana, o si se quiere, la atadura de la propia persona que ésta implica.

Gayo nos dice que las obligaciones, sea cual fuere su clase, no son susceptibles de transmisión por *mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio*. Si una persona quiere hacer a otra acreedora de lo que a ella es debido, no puede conseguirlo por ninguno de los modos según los cuales se transmiten las cosas corporales, sino que precisa recurrir a una novación con cambio de acreedor —«delegación activa».<sup>2</sup> Además de que aquí no hay una propia y verdadera transmisión del crédito —una cesión, en sentido jurídico—, debe advertirse que el resultado práctico apetecido solo puede lograrse con el consentimiento del deudor, que ha de prometer al nuevo acreedor el *idem debitum*.

Introducido el procedimiento formulario, la carencia de cesión puede salvarse mediante la representación procesal: el acreedor que quiere ceder a otro el crédito del que es titular, le otorga mandato para obrar judicialmente contra el deudor —*debitor cessus*. El procurador obra en nombre del mandante, pero en beneficio propio —*procurator in rem suam*. La *intentio* de la *formula* viene concedida a nombre del mandante; la *condemnatio*, a favor del representante procesal. Semejante procedimiento no está libre, sin embargo, de varios inconvenientes: antes de la *litis contestatio* el mandante puede exigir el crédito, y, por otra parte, si revoca el mandato o fallece, la autorización se extingue. Solo cuando se ha formalizado la *litis contestatio*, el *procurator* se convierte en *dominus litis*, dándose los efectos del proceso en su propia cabeza.

Ya dentro de la época clásica, la cesión del crédito comienza a hacerse posible sin necesidad de recurrir al mandato para demandar.

*agendum*. Una constitución de Antonino Pío confiere al comprador de una herencia una «acción útil» *suo nomine* contra los deudores hereditarios.<sup>3</sup>

Otras constituciones otorgan «acciones útiles» al comprador de un crédito,<sup>4</sup> al marido en caso de constitución de dote consistente en un crédito<sup>5</sup> y al legatario de crédito.<sup>6</sup>

La cesión puede fundarse en las más variadas causas: compraventa, donación, constitución de dote, etc. Cedido el crédito a título oneroso, el cedente responde de su existencia —*verum nomen*—, pero no de la solvencia del deudor —*bonum nomen*.<sup>7</sup>

En el Derecho posclásico y justiniano están prohibidas algunas cesiones: la cesión de créditos litigiosos;<sup>8</sup> la *cessio in potentiolem*,<sup>9</sup> esto es, a persona de posición social superior, para excluir un tráfico perjudicial al deudor;<sup>10</sup> la cesión al tutor de créditos tenidos frente al pupilo.<sup>11</sup>

Una constitución de Anastasio (C. 4, 35, 22), completada por Justiniano (C. 4, 35, 23; 24), y tendente a librar al deudor de ilícitas especulaciones, establece que puede liberarse pagando al cesionario la misma suma que éste satisfizo al cedente como precio a la adquisición del crédito.

De ordinario, la cesión es voluntaria. A veces, se habla —el lenguaje es de los pandectistas— de *cessio necessaria*. Tal ocurre, p. ej., en el caso del vendedor a quien ha sido robada la cosa antes de la entrega, y que se libera de responsabilidad cediendo al comprador las acciones que le competen frente al ladrón.

### § 123. Transmisión de las deudas

La transmisión de las deudas solo se podía realizar, al principio, mediante novación, en la figura de la *expromissio*. Este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suam* —es decir, en perjuicio propio—, pero legitimado pasivamente lo era solo el deudor antiguo: el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso.

---

LIBRO CUARTO  
DERECHO DE FAMILIA





## CAPÍTULO I

### LA FAMILIA ROMANA

**I.** *Nuestras pautas, nuestros criterios, nuestras clasificaciones no valen para ordenar y ponderar, en forma debida, el Derecho privado romano. De una parte, y como ya se ha dicho, tal Derecho privado no lo es respecto de quienes hoy día decimos «individuos» u «hombres singulares»; de otra, su fuente y discurso no responden a determinaciones estatales.*

*En rigor, una exposición certera —ajustada— del Derecho privado romano obligaría a hacer que todo —herencia, derechos reales, obligaciones— se explicase desde la interioridad del derecho familiar.*

*Por muchos siglos de historia romana el Derecho privado conserva su genealogía familiar. En Roma, la «individualidad» no es una noción primaria u original. Lo será tras un proceso lento, que ni siquiera culminará en la época de Justiniano. Tal como se ha dicho certeramente,<sup>2</sup> «el Derecho romano, durante toda la época verdaderamente romana, es el derecho de los patresfamilias».*

**II.** *La coexistencia, en el orden privado, de normas de razón estatal —las menos— con normas familiares propiamente dichas —las más— prueba que el Estado no llega nunca a cambiar el esquema de la familia romana por otro acorde con nuestra concepción moderna. Nunca podrá negarse que en la familia romana se dan instancias, principios y formas de socialidad no confundibles con las que son propias de la familia natural.*

*Todo podrá hacerse menos tratar de aparejar o aproximar la familia romana a la «sociedad doméstica» presente en las modernas consideraciones. De un lado, una y otra cuentan con disciplina jurídica distinta; de otro, la familia romana encuentra gran apoyatura en determinaciones extrajurídicas.*

**III.** *La familia —la antigua, sobre todo— constituye un fuerte consorcio, una fuerte corporación, resultante «del juego de fuerzas de naturaleza jurídica y extrajurídica».<sup>3</sup>*

*Las fuerzas de razón extrajurídica, cifradas singularmente en la huma-*

todo un sistema de conceptos jurídico-políticos, cuales son los relativos al poder absoluto, omnicompreensivo y autónomo del señor o jefe, a la subordinación del individuo —*filiusfamilias* o *servus*—, al vínculo efectivo que une a todos entre sí y con relación al soberano.

Al surgir la *civitas*, como grupo político unitario y supremo, la gran familia —la *familia communi iure*— se atrofia, pero de ella toma sus notas de unidad y de vigor la *familia proprio iure dicta*.

### § 125. Poderes del «*paterfamilias*»<sup>13</sup>

La *manus*,<sup>14</sup> el poder unitario del *paterfamilias*, comprende en sí diversas potestades: a) sobre la mujer —*manus maritalis* o *potestas maritalis*—; b) sobre los hijos —*potestas* o *patria potestas*—; c) sobre los esclavos —*dominica potestas*—; d) sobre los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias* —*mancipium*.

El poder del *paterfamilias* sobre las personas libres y no libres de la casa a él sometidas era originariamente absoluto<sup>15</sup>. La vida de la familia es regulada por el *pater* de modo soberano,<sup>16</sup> semejándose su poder al que tiene el magistrado sobre los *cives*.

No caben relaciones de derecho privado entre el *paterfamilias* y los *fili-familias*, como no puede hablarse de pretensiones de éstos frente a aquél, ni de un derecho a los alimentos, o de un derecho de la hija a la constitución de dote.<sup>17</sup> Pero si el *paterfamilias* se presenta como el único titular de derechos privados, no debe creerse que los demás individuos desaparecen en la familia al someterse a la *potestas* de aquél. El *paterfamilias* actúa autónomamente en el gobierno de la familia, pero no independientemente. Su autonomía no es personal, sino funcional o institucional.<sup>18</sup>

La antigua familia es una pequeña comunidad soberana: «nuestros mayores consideraron la casa como una pequeña república», dice Séneca.<sup>19</sup> La sucesiva intervención estatal, en consonancia con las nuevas concepciones sociales, acabó por destruir al viejo mundo de conceptos sobre el que descansaba la familia.

La intervención legislativa,<sup>20</sup> que se inicia en el siglo I de Cristo, viene a suavizar el viejo régimen del poder absoluto del *paterfamilias*. Con Justiniano, la norma ética se convierte en imperativo jurídico, llevando a la letra de la ley el principio de que la patria potestad debe consistir en la piedad.<sup>21</sup>

### § 126. Modos de entrar en la familia

Se entra a formar parte de la familia por nacimiento y por acto jurídico. Lo último, en las formas de la adopción y de la *conventio in manum*.

## I. Nacimiento<sup>22</sup>

El nacimiento es el modo normal de entrar en la familia. Se hace miembro familiar el procreado en matrimonio romano —*iustae nuptiae*— por individuo varón de la familia, sea *pater* o *filius*.<sup>23</sup>

Del hijo concebido en *iustae nuptiae* se dice que es *iustus*. Se tiene por *iustus* el hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Es posible, sin embargo, que el marido reconozca como hijo al nacido antes de los 182 días, y que no lo haga respecto del nacido después, alegando ausencia, enfermedad u otra causa.<sup>24</sup> En ningún caso se considera *iustus* al nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio.<sup>25</sup>

Los clásicos llaman también *fili naturales* a los *iusti*, distinguiéndolos así de los adoptivos. Los hijos *non iusti*, es decir, los nacidos fuera de matrimonio, reciben la denominación de *spuri* o *vulgo concepti*. En el Derecho justinianeo se llama *legitimi* a los hijos *iusti*, en tanto son *naturales* los habidos en concubinato y *spuri* los que nacen de uniones no estables.

## II. Adopción<sup>26</sup>

Adopción es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Según que el adoptado sea un *alieni iuris* o un *sui iuris*, se distingue la adopción en dos formas: *adoptio* y *adrogatio*.

1. *Adoptio*. — La *adoptio* o *datio in adoptionem* es un acto jurídico creado por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las XII Tablas que proclama la libertad del *filius* vendido por tres veces mediante *mancipatio*, la jurisprudencia pontifical sienta las bases de un procedimiento<sup>27</sup> de gran complejidad que permite conseguir el oportuno resultado práctico.

La *adoptio* no está sujeta a otros requisitos que los nacientes de su propia naturaleza. Así, p. ej., no está permitido que adopten las mujeres, ya que es negado a éstas el ejercicio de la *patria potestas*.

La *adoptio* antigua, modelada de acuerdo con los principios inspiradores de la familia agnaticia, determina la adquisición de una *potestas* nueva, con la plena extinción de la precedente. El adoptado, en efecto, se desliga de la familia originaria, para unirse en nombre, agnación, religión, *gens*, tribu, etc., con la familia en la que es recibido. Sin embargo, la influencia de las normas de la familia natural se hace sentir luego en este campo, tomando nuevo carácter las condiciones y los efectos de la adopción. De un lado, las relaciones o derechos de tipo público se independizan de la *adoptio*, a la vez que se tiende a evitar el cambio de *nomen*; de otro, llega a imperar en la práctica la regla de que el adoptante sea de mayor edad que el adoptado —*maior natu*. El influjo de las costumbres helénicas, donde no existe una *patria potestas* en

el genuino sentido romano, contribuye en gran manera a dar un nuevo significado a la institución.

En la época justiniana la *adoptio* se verifica de acuerdo con un procedimiento simple: el adoptante, el adoptado y el padre de éste se presentan ante la autoridad judicial competente, tomándose nota de la declaración concorde del antiguo y del nuevo *pater*. En cuanto al hijo, no es necesario que manifieste su consentimiento, sino que basta con que no contradiga.<sup>28</sup> El adoptante, según el nuevo régimen, debe tener, cuando menos, dieciocho años más que el adoptado: «la adopción imita a la naturaleza y sería monstruoso que el hijo fuese mayor que el padre».<sup>29</sup> También se exige que el adoptante no se halle imposibilitado fisiológicamente para procrear.

Justiniano distingue dos clases de adopción: la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera es la hecha por un ascendiente del adoptado, y produce los mismos efectos que la clásica, de forma que el *filius* se desliga totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia; la segunda deja al adoptado bajo la potestad de su padre natural, y solo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante.<sup>30</sup> Puesto que la *adoptio minus plena* no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar, para consuelo de la pérdida de sus hijos.<sup>31</sup>

2. *Adrogatio*.<sup>32</sup> — La *adrogatio* implica la absorción de una familia por otra. El *adrogatus*, sujeto *sui iuris*, sufre una *capitis deminutio*, que le convierte en *alieni iuris*. El arrogado, así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante,<sup>33</sup> que adquiere también su entero patrimonio —sucesión universal *inter vivos*.<sup>34</sup>

Al principio, la arrogación ha de cumplirse según determinadas formas y garantías, teniendo en cuenta que acarrea una grave alteración del régimen familiar. El acto se lleva a cabo *populi auctoritate*, es decir, ante los comicios curiados, presididos por el Pontífice, que interroga —*rogatio*— al arrogante, para que diga si quiere que el arrogado se haga *filiusfamilias* suyo; al arrogado, para que declare si se muestra conforme con esto, y al pueblo, para que declare su aprobación.<sup>35</sup> Decaída la asamblea curiada, hacia fines de la República, el *populus* es representado por los treinta lictores, dirigiéndose entonces las interrogaciones al arrogante y al arrogado.<sup>36</sup>

En la época imperial, la nueva forma por rescripto del príncipe —*per principale rescriptum* o *imperatoris auctoritate*— acaba sustituyendo a la vieja de la *adrogatio per populum*. La arrogación puede verificarse ahora en las provincias, ante el gobernador.

Desde antiguo la arrogación está sujeta a requisitos más precisos y seguros que los exigidos para la *adoptio*. Sobre todo, fue tendencia bien pronunciada la de procurar evitar que el arrogante hiciese de la *adrogatio* objeto de especulación. A este respecto, son de señalar las medidas fijadas por Antonio Pío para tutela del arrogado, y que se resumen así: el arrogante debe restituir el patrimonio al arrogado en el caso de que lo emancipe; el arrogado

tiene derecho a la cuarta parte de los bienes del arrogante —*quarta divi Pii*—, cuando éste lo emancipe sin justa causa o lo desherede; el arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado, de haber muerto *sui iuris*.

Otros requisitos de la *adrogatio*, tal como aparecen disciplinados en la última época, son los siguientes: el arrogado debe manifestar su consentimiento de un modo expreso; el arrogante ha de tener, cuando menos, sesenta años; no puede arrogar quien tiene hijos o está en condiciones de poder tenerlos, como tampoco cabe que sea arrogada, a no ser de modo excepcional, una persona de mejor posición económica que el arrogante; no está permitido arrogar a más de una persona. Ciertas excepciones, fundadas en justas causas —*iustae causae*—, permiten todavía salvar el tenor de estas reglas.

### III. «*Conventio in manum*»<sup>37</sup>

La *conventio in manum* es el acto por el que ingresa la mujer en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. La entrada en la nueva familia puede situarla en el lugar de hija —*filiae loco*—, si el nuevo *paterfamilias* es su marido, o de nieta —*neptis loco*— si el propio marido se encuentra bajo la potestad de su padre —*in patris potestate*.

La *conventio in manum* puede tener lugar de tres modos: *farreo*, *coemptio* y *usu*.

La *confarreatio* es una ceremonia religiosa, celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter —*flamen dialis*— o el Pontífice Máximo, con pronunciamiento de palabras solemnes —*solemnia verba*. El rito se sustancia —y de aquí viene el nombre del acto— en la ofrenda de un pan de trigo —el *panis farreus*.

La *coemptio* consiste en una compra fingida de la mujer, en la forma de la *mancipatio*.

A falta de algunos de estos actos —el religioso de la *confarreatio* o el puramente civil de la *coemptio*—, puede adquirirse la *manus* sobre la mujer mediante el *usus*, que no es sino la usucapión o adquisición por la posesión aplicada a este caso. El marido adquiere la *manus* sobre la mujer cuando ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año. No obstante, la mujer puede evitar tal consecuencia, permaneciendo alejada de la casa del marido durante tres noches consecutivas —*trinoctii usurpatio*—,<sup>38</sup> con ánimo de interrumpir el *usus*.

La *confarreatio* se empleaba ya muy poco en la época de Cicerón. En los tiempos de Tiberio era raro encontrar nacidos de matrimonio acompañado de *confarreatio*. Este mismo emperador abolió sus efectos civiles.

En la propia época de Cicerón tenía escaso empleo la *coemptio*. Según parece, casi solo se utilizaba para fines distintos del único que tema en su origen, y, precisamente, *tutelaevitandae causa* y *testamenti faciendi causa*,

esto es, con miras respectivamente, a que la mujer se libere de la grave tutela agnaticia y a que pueda hacer testamento.<sup>39</sup>

En la época de Gayo, el *usus* estaba, en parte, derogado por las leyes y, en parte, olvidado por falta de costumbre.<sup>40</sup>

Bajo la presión de las nuevas concepciones sociales, la *conventio in manum* desaparece totalmente en el siglo III de C. Su desaparición trajo como consecuencia el que la mujer perteneciese a una familia distinta de la del marido y de los propios hijos, pero comenzó pronto a afirmarse su condición de esposa, señalándose a su favor un derecho de sucesión y de alimentos.

### § 127. Extinción de la «patria potestas» y de la «manus»

Según hemos visto antes, se extingue la *patria potestas*, con la consiguiente salida de la familia propia para ingresar en otra, mediante la adopción y la *conventio in manum*. Junto a estos casos, hay otros<sup>41</sup> en los que tal ruptura no determina el ingreso en una nueva familia, sino la constitución de la persona en cabeza independiente. De entre tales casos, destaca por su singular importancia el de la emancipación.<sup>42</sup>

En las épocas antigua y clásica, la emancipación es un acto de liberación de la *patria potestas*, según la propia voluntad del *pater*, y de conformidad con el procedimiento creado por la jurisprudencia pontifical para llevar a cabo la adopción. Si un *pater* quiere librar al *filius* de su potestad, lo emancipa por tres veces a persona de su confianza, con el encargo de manumitirlo. La tercera manumisión lleva consigo la adquisición de la libertad, pero el manumisor adquiere el derecho de patronato sobre el *filius*, así como la tutela, si éste es impúbero.<sup>43</sup> Todavía puede el *pater* evitar tales consecuencias, haciéndose remanunciar al *filius* tras la tercera venta, para ser él quien luego lo manumita. De tal modo, ya no es un extraño el patrono, y el *pater* se erige en tutor legítimo, en lugar del tutor fiduciario.<sup>44</sup> Interpretando literalmente la palabra *filius* del precepto decenviral —*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (si el padre ha vendido al hijo por tres veces, sea el hijo libre del padre)—, se consideró que para la emancipación de las mujeres y de los nietos fuese bastante una sola *mancipatio*.<sup>45</sup>

Junto a esta vieja y complicada forma, todavía vigente en la época posclásica, aparece la emancipación anastasiana, que tiene lugar por rescripto del príncipe —*per rescriptum principis*—, y es aplicable en caso de ausencia del hijo.<sup>46</sup> Justiniano sienta la regla de que la emancipación tenga lugar ante la autoridad judicial competente, estando presente el hijo. Abolida ahora la más vieja forma de emancipación, se declara en vigor la establecida por Anastasio, aplicándose al caso de que el hijo sea *infans*, y resulte imposible, por consiguiente, su comparecencia en juicio.

La emancipación es un acto dependiente de la voluntad del padre. Hay casos, no obstante, en que éste puede ser obligado a emancipar, y así sucede:

1.º, cuando el padre hace al hijo objeto de malos tratos;<sup>47</sup> 2.º, cuando el impúber que fue adoptado se ha hecho púber y desea ser emancipado;<sup>48</sup> 3.º, cuando la emancipación del hijo figura como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor.<sup>49</sup>

El desenvolvimiento alcanzado en la época posclásica por el régimen de los peculios, da lugar a importantes reglas de orden patrimonial. El hijo adquiere la propiedad del peculio adventicio, otorgándose al padre la mitad en usufructo, como premio de la emancipación —*praemium emancipationis*.<sup>50</sup>

En virtud de una disposición introducida por Valentiniano, es dable revocar la emancipación cuando el que adquirió la libertad tiene comportamiento ingrato.<sup>51</sup>

Por lo que se refiere a la extinción de la *manus*, ésta puede tener lugar por *diffarreatio*,<sup>52</sup> o ceremonia religiosa igual a la *confarreatio*, pero de efecto contrario, y por la venta fingida de la mujer a un tercero —o a la persona bajo cuya potestad se encontraba con anterioridad al matrimonio—, que luego la manumite —*remancipatio, dimissio ex manu*.<sup>53</sup>

## § 128. Agnación, cognación y afinidad<sup>54</sup>

Agnación —*adgnatio*— es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina,<sup>55</sup> es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido. Cognación —*cognatio*— es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común, y tanto puede darse en la línea masculina como en la femenina.<sup>56</sup> Generalmente, coinciden la agnación y la cognación, y así, p. ej., los hijos de un mismo *paterfamilias* son entre ellos, a la vez, *adgnati* y *cognati*. Hay casos, sin embargo, en que tal no ocurre: la mujer *in manu*, por ejemplo, es *cognata* respecto de su familia originaria, y *adgnata* en relación con la de su marido.

La sucesión legítima y el llamamiento a la tutela son regulados por el *ius civile* de acuerdo con la *adgnatio*. La *cognatio* es tomada en cuenta por el mismo *ius civile* en materia de impedimentos matrimoniales. El Derecho honorario y la legislación imperial prestan mayor atención al parentesco de sangre, cerrándose el curso de la evolución jurídica con su exaltación definitiva.

La familia está compuesta de *ascendientes* y *descendientes* y de *colaterales*. Los primeros forman la *línea recta*, es decir, la de personas que descienden unas de otras —padres, hijos, nietos, etc. La *línea colateral* es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común —hermanos, primos, etc. En ambas líneas el *grado* de parentesco se determina haciendo el cóm-

puto de las generaciones: «tantos grados como generaciones».<sup>57</sup>



## § 129. La «patria potestas» y las relaciones patrimoniales. Los peculios<sup>69</sup>

Titular de derechos patrimoniales solo puede serlo el *paterfamilias*: «el hijo no puede tener nada suyo», se lee en el Digesto.<sup>60</sup> Cuanto el hijo adquiere, sea por negocios que lleve a cabo, sea por disposiciones de terceros —p. ej., por actos *mortis causa*— que lo hagan destinatario de sus bienes, pasa a engrosar el patrimonio del *paterfamilias*.

La originaria incapacidad patrimonial del *filiusfamilias* entró en quiebra al afirmarse el régimen de los peculios. El peculio, en su primera figura, es una pequeña suma de dinero o una pequeña masa de bienes<sup>61</sup> concedida por el *pater* al *filiusfamilias*<sup>62</sup> en goce y administración —*libera administratio peculii*. El *filius* puede disponer libremente del peculio, pero no donarlo.<sup>63</sup> La concesión del peculio se entiende revocable en todo momento.<sup>64</sup> A la muerte del *filius*, retorna automáticamente al *paterfamilias*.

Junto a esta primera figura de peculio, llamado por los modernos *peculium profectivum*<sup>65</sup>, aparecen otras durante la época imperial, tendentes a asegurar la capacidad patrimonial de los *filiifamilias*.

De la época de Augusto data el *peculium castrense*, integrado por los bienes que adquiere el *filius* en su condición de soldado —*in castris*<sup>66</sup>. El hijo militar dispone con libertad de tal peculio.<sup>67</sup> Puede manumitir válidamente, considerándose al manumitido como liberto suyo,<sup>68</sup> y puede también hacer donaciones *mortis causa*<sup>69</sup>. En el caso de que muera el *filius*, antes que el *pater*, y sin haber otorgado testamento, los bienes pasan al último, pero no *iure hereditarii*, sino *iure peculii*, es decir, cual si ya le hubiesen pertenecido en propiedad.<sup>70</sup> El Derecho justiniano altera semejante régimen, al disponer que, muriendo el hijo intestado, procede la sucesión legítima de los hijos y de los hermanos, siendo llamados los *parentes* en tercer grado.<sup>71</sup>

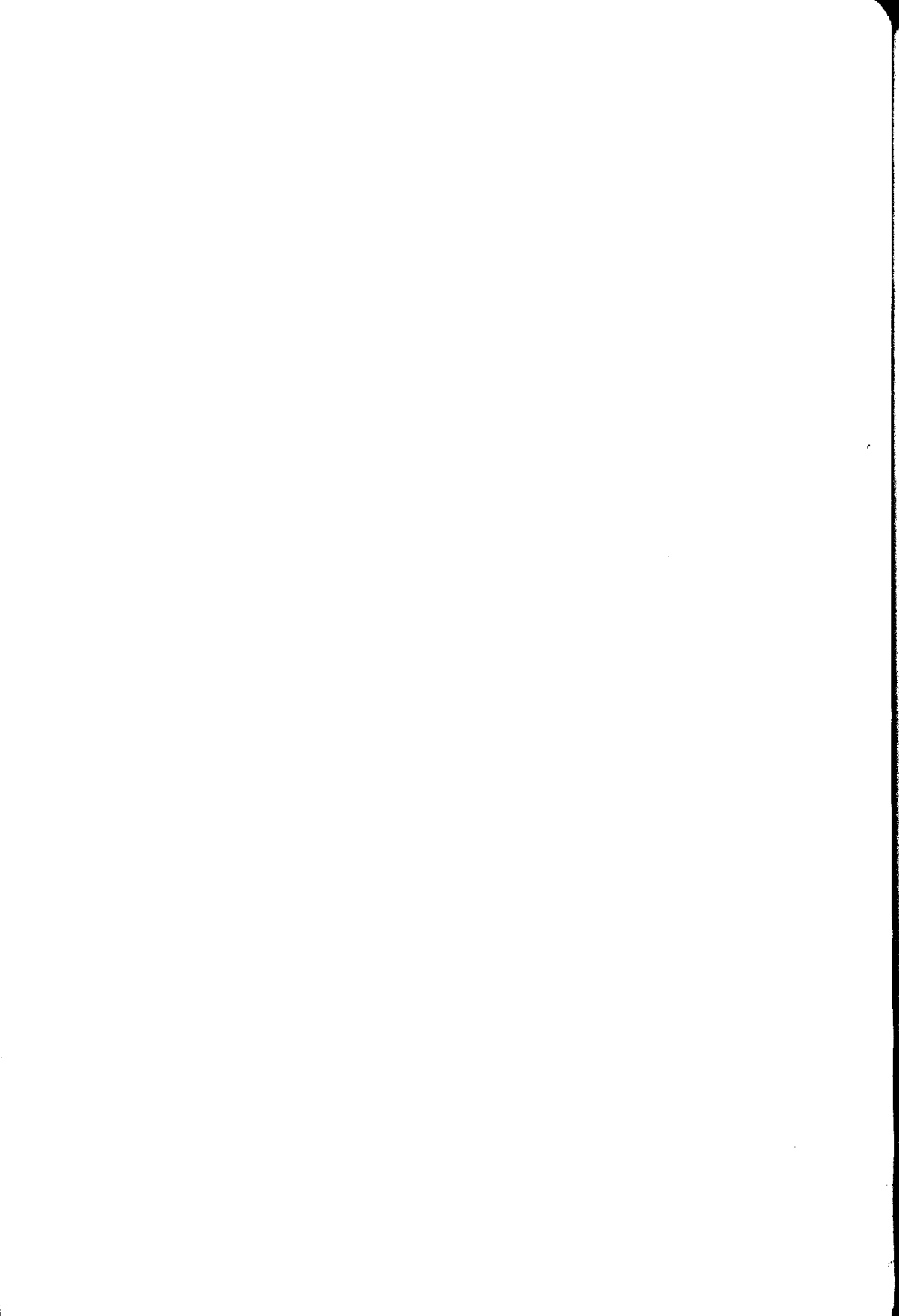
La legislación de Constantino da vida a otras dos formas de peculio: el *peculium quasi castrense*<sup>72</sup> y el *peculium adventivum*. El primero está constituido, en primer momento, por los bienes que adquiere el hijo como funcionario de la corte imperial,<sup>73</sup> y más tarde también por los provenientes del ejercicio de cualquier cargo público, de la profesión de abogado, de la carrera eclesiástica, de las donaciones hechas por el emperador o la emperatriz.<sup>74</sup>

Otra disposición de Constantino acentúa aún más la capacidad patrimonial del los *filiifamilias*. Nos referimos a aquella en virtud de la cual se reservan al hijo los bienes adquiridos de la madre —*bona materna*—, ya sea por herencia testamentaria o legítima. Respecto de tales bienes el *pater* es formalmente el propietario, pero se le prohíbe la libre disposición.<sup>75</sup> Emperadores posteriores extendieron tal régimen a los bienes procedentes de los ascendientes maternos —*bona materni generis*<sup>76</sup>—, en cuanto adquiridos gratuitamente —es decir, por herencia, legado o donación—, así como a los lucros nupciales y a las donaciones esponsalicias.<sup>77</sup> Con relación a estos bienes el derecho del *paterfamilias* se sustancia en el usufructo.

En el Derecho justiniano triunfa la idea de que la propiedad corresponde al *filius*, teniéndose al *pater* por un simple administrador y usufructuario.<sup>78</sup> Siéntase ahora la norma de que solo pertenecen en propiedad al *pater* los bienes procedentes del mismo, o adquiridos con medios por él suministrados —*ex re patris*— en tanto que los obtenidos por el propio *filius*, ya sea con su trabajo, ya como consecuencia de la liberalidad de un tercero, quedan en dominio del *filius*, correspondiendo únicamente al *pater* el derecho de administración y usufructo —*peculium adventicium*.<sup>79</sup>

En la época justiniana, el régimen de los peculios puede resumirse así:

- a) Pertenecen en propiedad al *filius* todos los bienes no procedentes del *pater*, reservándose a éste un derecho de administración y usufructo. Tal derecho le es negado en el caso del *peculium adventicium irregulare*.
- b) Sigue siendo de propiedad del *pater* lo que éste entrega al *filius* —*peculium profecticum*. Rigen aquí las viejas normas del *ius civile*.



## CAPÍTULO II

### MATRIMONIO

#### § 130. El matrimonio<sup>1</sup>

##### I. Concepto del matrimonio

Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. Las fuentes nos suministran dos definiciones del matrimonio. La primera es la de Modestino, según el cual, «el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano»<sup>2</sup>. Guarda relación con ella esta otra que acogen las Instituciones de Justiniano: «Matrimonio es la unión de hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble»<sup>3</sup>. Ambas definiciones nada nos dicen sobre la naturaleza jurídica del matrimonio —y la verdad es que los romanos no entraron en la preocupación o en el intento de asignarle valor y función de categoría jurídica— pero revelan fielmente su esencial característica.<sup>4</sup>

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado del sometimiento de la mujer al poder marital —*manus maritalis*—, en términos de formar parte de la familia del marido. Tal no significa, sin embargo, que existieran un matrimonio *cum manu* y un matrimonio *sine manu*. El matrimonio no tiene más que una figura y la *manus* no afecta, en modo alguno, a su propia esencia. Lo único que varía es la posición de la mujer, que puede ser la de *uxor in manu* o la de *sine in manum conventione uxor*.<sup>5</sup>

##### II. Elementos

A) *Elemento objetivo*. — El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*. No es necesaria, por lo demás, una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa,<sup>6</sup> y

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

B) *Elemento subjetivo*. — Sobre este elemento objetivo de la convivencia prevalece el subjetivo de la intención, de la *affectio maritalis*.<sup>8</sup> Tal resulta claramente de lo que dicen dos conocidos aforismos: «El matrimonio no nace de la cohabitación, sino del consentimiento»<sup>9</sup>; «No es la unión carnal la que determina el matrimonio, sino la afección matrimonial»<sup>10</sup>.

A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento *inicial* sino que es preciso el *continuo* o *duradero*. Además, no está sujeto a formalidades de ninguna especie, cuales serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento.<sup>11</sup>

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

El matrimonio romano fue siempre monogámico,<sup>12</sup> y dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social.<sup>13</sup>

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

### III. *Requisitos*

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

- 1.º Capacidad natural. No pueden contraer matrimonio los impúberos, es decir, los varones y las mujeres cuya edad, respectivamente, es inferior a los catorce y los doce años.<sup>14</sup>
- 2.º Capacidad jurídica —*conubium*. Se exige ser libre y ciudadano, es decir, tener el *status libertatis* y el *status civitatis*. No es matrimonio, sino *contubernium*,<sup>15</sup> la unión de esclavos. De modo análogo, está excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Singular importancia tiene la ciudadanía. Por Derecho romano, no es matrimonio la unión de persona romana con persona extranjera, salvo que medie una especial concesión.<sup>16</sup> Nada evita, sin embargo, que tal unión sea considerada como matrimonio por la ley del Estado al que pertenece la persona extranjera. La propia ley romana hubo de tener en cuenta las uniones

entre ciudadanos y peregrinos, al objeto de regular la situación de los hijos nacidos de ellas. Según una *lex Minicia*, del siglo I a. de C., el que nace de estos matrimonios tiene la condición jurídica del progenitor no ciudadano.<sup>17</sup> Semejantes uniones son llamadas por los romanos *matrimonia iniusta*.<sup>18</sup>

Hasta la *lex Canuleia*, del 445 a. de C., no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos. El viejo principio que negaba la condición de *iustae nuptiae* a las uniones entre ingenuos y libertos, parece que cayó en desuso hacia la segunda mitad de la República, y solo fue restablecido por Augusto en orden a los matrimonios entre libertos y personas de rango senatorial.<sup>19</sup>

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

- 3.º Consentimiento de los esposos<sup>20</sup> manifestado de modo continuo y sin forma alguna, a tenor de lo que ya hemos dicho antes. No puede contraer matrimonio el que sufre enajenación mental —*furiosus*<sup>21</sup>—, ni se tiene por válido el contraído con violencia.<sup>22</sup>
- 4.º Consentimiento del *paterfamilias*, cuando los contrayentes no son *sui iuris*.<sup>23</sup> La jurisprudencia llegó a decidir que el *pater* da siempre su consentimiento, si no muestra evidentemente su disenso.<sup>24</sup> Basta, por tanto, el silencio, es decir, la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.

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

La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 a. de C., dispuso que en el caso de que el *paterfamilias* se negase, sin motivo justificado, a otorgar el consentimiento, pudieran recurrir al magistrado los futuros contrayentes.<sup>25</sup> Semejante facultad es reconocida también por el Derecho justinianeo.

En orden a las mujeres *sui iuris*, el Derecho clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la *tutela mulierum*, el Derecho nuevo exige para las mujeres menores de veinticinco años, incluso si son viudas, el consentimiento del padre, y, a falta de éste, de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial, si mediaran disensiones.<sup>26</sup>

#### IV. Impedimentos

Motivos de varia índole —éticos, políticos, sociales, religiosos— determinaron una suerte de requisitos que se caracterizan por estar formulados de modo negativo. Tales son los que los modernos denominan «impedimen-

tos»,<sup>27</sup> y se distinguen en «absolutos» y «relativos», según que produzcan incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien solo con referencias a determinadas personas.

A) *Impedimentos absolutos:*

- 1.º El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.<sup>28</sup>
- 2.º La esclavitud de uno de los cónyuges.<sup>29</sup>
- 3.º El voto de castidad y las órdenes mayores, en el Derecho nuevo.<sup>30</sup>

B) *Impedimentos relativos:*<sup>31</sup>

- 1.º El parentesco<sup>32</sup> de sangre o cognación. En la línea recta, está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito;<sup>33</sup> en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive —hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino<sup>34</sup>.  
El parentesco de adopción —*adoptiva cognatio*— constituye también impedimento, si bien cesa, tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación.<sup>35</sup>
- 2.º El parentesco espiritual. Según norma justiniana, está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.<sup>36</sup>
- 3.º La afinidad. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno.<sup>37</sup> A esa prohibición de matrimonio entre los parientes de la línea recta, se suma la establecida por el Derecho cristiano en orden a los cuñados.<sup>38</sup>
- 4.º La tutela. En virtud de un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, se prohíbe, bajo la pena de nulidad, el matrimonio entre el tutor, su *paterfamilias*, sus descendientes y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas.<sup>39</sup>
- 5.º La viudedad reciente. En el Derecho clásico la mujer no puede contraer nupcias antes de los diez meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época posclásica tal período se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio.<sup>40</sup> Tal norma tiene por fin evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio. La prohibición cesa, en todo caso, si la mujer da a luz antes de los diez meses o del año.<sup>41</sup>

V. *Efectos del matrimonio*

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

Bajo ciertos aspectos, marido y mujer no están en pie de igualdad, sino que ésta se subordina a aquél<sup>42</sup>. Al marido compete la defensa de la esposa, confiriéndole la ley la acción de injurias por razón de las ofensas inferidas a la misma. El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer a todo tercero que la retenga indebidamente.

Entre cónyuges no es dable ejercitar las acciones penales e infamantes.<sup>43</sup> En el Derecho justiniano, cuando menos, marido y mujer gozan recíprocamente del *beneficium competentiae*. Ambos, en fin, tienen derecho a los alimentos<sup>44</sup> y a la sucesión hereditaria.

#### VI. Legislación matrimonial de Augusto<sup>45</sup>

Con el fin de acrecentar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueña de la sociedad romana en los comienzos de la época imperial, dicta Augusto la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del año 18 a. de C., y la *lex Papia Poppaea*, del 9 de C. Entre otras disposiciones, se establece que los hombres mayores de veinticinco años y menores de sesenta y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta tienen la obligación de contraer matrimonio, sin que el divorcio o la viudedad sean razones bastantes para eludir la ley. Disuelto el matrimonio por divorcio, el hombre debe casarse inmediatamente; a la mujer, según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de dieciocho meses y de dos años —*lex Papia Poppaea*.<sup>46</sup>

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

En favor de quienes cumplen con tales prescripciones se otorgan beneficios de varia índole: a) queda libre de la tutela la mujer que goza del *ius liberorum*, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro; b) se exime de determinadas cargas —*munera*— a quien tiene tres hijos en Roma, o cuatro en Italia, o cinco en las provincias; c) se puede ocupar un cargo público antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo, descontándose un número de años igual al de los hijos.

Los que permanecen solteros —*caelibes*— y los casados sin hijos —*orbi*— son sancionados con la *incapacitas* sucesoria —los primeros, en absoluto; los segundos, en media parte— respecto de personas a quienes no estén unidos por parentesco dentro del sexto grado. Los bienes que no pueden adquirirse a causa de *incapacitas* se llaman *caduca*, y pasan a los herederos y legatarios que sean padres o, en defecto de éstos, al *aerarium* —al Fisco, desde Caracalla.<sup>47</sup>

El sistema de penas implantado por la leyes augusteas queda sin efecto a partir de Constantino y sus sucesores.



## VII. Segundas nupcias

Según se ha dicho antes, la legislación augustea conmina con la incapacidad sucesoria a quienes no contraen segundas nupcias. La legislación cristiana, por el contrario, considera desfavorablemente el paso a un nuevo matrimonio. A partir de Constantino se dictan normas que implican, de una parte, una sanción para el que ha contraído segundas nupcias —*parens binubus*—, y de otra, una defensa en pro de los hijos del primer matrimonio.<sup>48</sup>

La Novela 22 prescribe las siguientes penas por razón de segundo matrimonio —*poenae secundarum nuptiarum*: a) los *lucra nuptialia* —todo lo adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto, y tanto la dote y la donación nupcial, cuanto los bienes provenientes de donaciones o de cualesquiera disposiciones de última voluntad— pasan en propiedad a los hijos del primer matrimonio, reservándose al cónyuge bínubo el simple usufructo; b) el cónyuge bínubo no puede dejar a la madrastra o al padrastro una cuota superior a la recibida por el menos favorecido entre los hijos del primer matrimonio.<sup>49</sup>

Las enajenaciones de los *lucra nuptialia* por parte del cónyuge bínubo son nulas, como nulas se hacen las verificadas con anterioridad al segundo matrimonio.<sup>50</sup>

### § 131. Disolución del matrimonio

El matrimonio se disuelve:

- 1.º Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2.º Por la *capitis deminutio maxima* de cualquiera de los esposos. En la época clásica la *captivitas* disuelve el matrimonio, sin que se reanude *iure postliminii*. Al retornar el cónyuge prisionero, podrá unirse en nuevo matrimonio con el cónyuge que quedó libre, pero nunca continuar el antiguo. Según la legislación justiniana, el cónyuge libre no puede contraer nuevas nupcias hasta tanto haya transcurrido un quinquenio desde el tiempo de la cautividad, y siempre que no se tengan noticias del *captivus*.<sup>51</sup> En otro caso, es decir, si no dándose ambos requisitos, contrajera matrimonio, se produce un divorcio *sine causa*, incurriendo en las penas consiguientes. La esclavitud en concepto de pena —*servitus poenae*—<sup>52</sup> fue abolida por la legislación justiniana, con el fin, precisamente, de que se mantuviera firme el matrimonio.
- 3.º Por la *capitis deminutio media*, que acarrea la pérdida de la ciudadanía. Según el Derecho clásico, la deportación<sup>53</sup> disuelve el matrimonio. No ocurre así en el Derecho justiniano.<sup>54</sup>

- 4.º Por sobrevenir un impedimento. Tal ocurre, p. ej., cuando el padre del marido adopta a la mujer de éste, por manera que los cónyuges se convierten en hermanos. Se podía evitar que sobreviniese el incesto —*incestum superveniens*—, emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio. El Derecho justiniano sienta el principio de que si alguien quiere adoptar a su yerno o a su nuera, debe antes emancipar a la hija o al hijo.<sup>55</sup>
- 5.º Por divorcio,<sup>56</sup> es decir, por pérdida de la  *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos. El matrimonio se basa en el consentimiento, de forma que, si falta éste, cesa sin más el vínculo.

El *divortium*<sup>57</sup> lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma alguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito —*per litteras*— o por medio de mensajero —*per nuntium*.

La *lex Iulia de adulteriis*, del año 18 a. de C., estableció que el repudio debiera notificarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberos.<sup>58</sup> Sin embargo, no debe entenderse que el matrimonio subsiste cuando no ha sido observada dicha prescripción legal. Así pues, la ley se limita a exigir la forma solemne para el caso de que el divorcio sea querido por una sola parte, haciendo recaer sobre ésta, cuando no la observe, el peso de ciertas penas.

Hacia fines de la República fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándole a declararlas libres.<sup>59</sup>

Por mucho tiempo el divorcio no constituyó un hecho frecuente en la sociedad romana. En cambio, su difusión alcanza límites extremos con la corrupción de costumbres que invade a Roma en la hora de la expansión mundial. Según refiere Suetonio, Augusto estableció cierta limitación —de la que, por lo demás, nada sabemos— a la libertad de divorcio: *divortiis modum imposuit*.<sup>60</sup> Es en la época cristiana cuando se inicia una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del divorcio<sup>61</sup>.

El divorcio por común consentimiento —*communi consensu*— es siempre libre.

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

Dentro del régimen justiniano<sup>62</sup> hay que distinguir cuatro figuras de divorcio:

- a) *Divortium ex iusta causa*, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley. Entre la *iustae causae* figurarán como más relevantes: 1.º El adulterio declarado de la mujer; 2.º El alejamiento de la casa del marido; 3.º Las insidias al otro

cónyuge; 4.º La falsa acusación de adulterio por parte del marido;

- 5º. La relación asidua del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.
- b) *Divortium sine causa*, cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley.
  - c) *Divortium communi consensu*, es decir, por el simple acuerdo común.
  - d) *Divortium bona gratia* o divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge: impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra.

Tratándose de divorcio *ex iusta causa*, el cónyuge culpable es castigado con la pérdida de la dote —o de sus derechos sobre ella— y de la donación nupcial, y, si ni una ni otra se hubiesen constituido, con la de una cuarta parte de los bienes.

Iguales penas se aplican al que se divorcia *sine causa*, y a ambos cónyuges en el *divortium communi consensu*. Justino II, sucesor de Justiniano, declara libre de toda sanción al divorcio por mutuo consentimiento.<sup>63</sup>

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

## § 132. Esponsales<sup>64</sup>

### I. Concepto

Se definen los esponsales como la promesa recíproca de futuro matrimonio: «los esponsales son mención y promesa de futuras nupcias»<sup>65</sup>. Tal promesa se contraía antiguamente mediante mutuas *sponsiones*,<sup>66</sup> en las que eran partes el *paterfamilias* de la novia y el futuro marido y el *paterfamilias* de éste.<sup>67</sup> Incumplida la obligación naciente de la *sponsio*, cabía exigir judicialmente el pago de una suma de dinero. Pronto, sin embargo, se estableció el principio de que fuese suficiente el simple consentimiento,<sup>68</sup> proscribiéndose toda coacción, incluso indirecta, que pudiera mover a los prometidos a contraer matrimonio. En este sentido, se declara ineficaz cualquier cláusula en la que se prometa una suma a título de pena —*stipulatio poenae*.<sup>69</sup>

### II. Capacidad

Por lo que se refiere a la capacidad, se tienen en cuenta los mismos requisitos e impedimentos que se dan en materia de matrimonio. Cabe incluso que se contraigan los esponsales sin haber alcanzado la pubertad,<sup>70</sup> aunque en el Derecho justinianeo es preciso tener cumplida la edad de siete

años.<sup>71</sup> Nada se opone a que la viuda haga promesa matrimonial sin que haya transcurrido el año de luto.<sup>72</sup> Ni hay inconveniente alguno en señalar condiciones o términos.

### III. Efectos

Los esponsales dan lugar a una situación personal que la ley toma en cuenta bajo varios aspectos. En el Derecho justiniano —y dada la alteración de los textos clásicos por obra de los compiladores, resulta difícil distinguir con certeza lo viejo de lo nuevo—, los esponsales producen, entre otros, los siguientes efectos: 1.º, una *quasi adfinitas* entre los parientes de ambos prometidos, que sirve de impedimento para el matrimonio; 2.º, el no poder contraer otra promesa de futuro matrimonio, so pena de incurrir en infamia, antes de disolver el vínculo precedente; 3.º, el derecho del novio a ejercitar la acción de injurias por las ofensas inferidas a la novia;<sup>73</sup> 4.º, el deber de fidelidad de la novia.<sup>74</sup>

### IV. Extinción

Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios —*repudium*.

### V. Arras sponsalicias

El Derecho posclásico acoge la institución oriental de las *arrahae sponsaliciae*.<sup>75</sup> Habiéndose cambiado estas arras, rige la norma de que la parte que incumple la promesa, sin que haya mediado justa causa, pierde las propias, y viene obligada a devolver las que recibió, a razón del cuádruplo —Derecho prejustiniano— o del duplo —Derecho justiniano—. El menor solo debe restituir el *simplum*.<sup>76</sup>

## § 133. Concubinato<sup>77</sup>

Concubinato es la unión estable de hombre y mujer sin *affectio maritalis*. Este aspecto negativo hace que no se confunda con el matrimonio, cuya existencia, por lo demás, hace patente el *honor matrimonii*. La nota de estabilidad lo distingue, a su vez, de la simple relación sexual. El concubinato no fue castigado por la ley, como tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social. A su difusión contribuyeron, en gran medida, las leyes matri-

moniales de Augusto. Así, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, al prohibir el matrimonio con determinadas mujeres.<sup>78</sup>

Durante la época clásica el concubinato no es objeto de una disciplina jurídica. Lo es, en cambio, bajo los emperadores cristianos, a fin de tutelar los intereses de la familia legítima: las donaciones y los legados a la concubina y a los hijos habidos con ella, vienen prohibidos o limitados.<sup>79</sup> Por lo demás, se procura inducir al matrimonio, premiándolo con la legitimación de los hijos naturales —legitimación *per subsequens matrimonium*.<sup>80</sup>

Justiniano otorga trato favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de *inaequale coniugium*.<sup>81</sup> Abolidas las prohibiciones augusteas, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*.<sup>82</sup> Se extienden al concubinato los requisitos del matrimonio —monogamia, edad de doce años en la mujer— y los impedimentos de parentesco y afinidad.

### § 134. Filiación natural y legitimación<sup>83</sup>

Son *naturales*, en sentido técnico —posclásico—, los hijos habidos en concubinato. Tales hijos siguen la condición de la madre, de conformidad con el hecho cierto de la procreación. No obstante, la legislación posclásica introduce la *legitimación* en favor de los hijos de concubina. La legitimación adopta tres formas:

- 1.<sup>a</sup> *Per subsequens matrimonium*. — Tiene lugar, como indica la expresión, cuando se toma por mujer a la concubina. Una constitución de Constantino,<sup>84</sup> así como otra posterior de Zenón,<sup>85</sup> concedieron, con carácter transitorio, la legitimación de los hijos habidos con mujer ingenua por subsiguiente matrimonio. Tras adquirir carta de estabilidad con Anastasio,<sup>86</sup> es abolida por Justino,<sup>87</sup> y declarada vigente de nuevo por Justiniano.<sup>88</sup>
- 2.<sup>a</sup> *Per oblationem curiae*. — Una constitución de Teodosio II y Valentiniano III<sup>89</sup> autorizó a los padres que no tuvieran hijos legítimos para donar o dejar por testamento todo el patrimonio a los hijos naturales, siempre que fuesen inscritos éstos entre los decuriones, si eran varones, o se diesen en matrimonio a decuriones, si se trataba de mujeres. Tal acto no traía consigo la legitimación, pero pronto se admitió que los hijos naturales ofrecidos a la curia sucediesen al padre por vía intestada, y, últimamente, Justiniano sancionó la patria potestad confiriendo también la legitimación en el caso de que hubiera hijos legítimos. El legitimado *per oblationem curiae* solo adquiere la condición de hijo legítimo respecto del padre.<sup>90</sup>
- 3.<sup>a</sup> *Per rescriptum principis*. — Esta legitimación, creada por Justiniano, se concede siempre que, no existiendo hijos legítimos, fuese imposible el matrimonio con la concubina.<sup>91</sup>

## § 135. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

En el curso histórico del Derecho romano cabe distinguir tres regímenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción, propio del matrimonio que va acompañado de la *manus*; un régimen de separación, en el matrimonio «libre», y el régimen dotal.

### I. Régimen de absorción de bienes

Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiera la mujer durante el matrimonio. Bajo todos los aspectos; la *uxor in manu* tiene la consideración de una *filia*.

### II. Régimen de separación de bienes

Tratándose de matrimonio «libre» —*sine manu*—, la mujer conserva, siempre que sea *sui iuris*, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación, etc., o por su propio trabajo. Tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual, por lo demás, dispone de ellos con entera libertad. Cabe que los confíe en administración a su marido, hablándose entonces de bienes extradotales<sup>92</sup> o parafernales.<sup>93</sup>

En orden a los bienes parafernales,<sup>94</sup> el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer. Si hace un uso no autorizado por ésta, responde de la pérdida que pueda producirse.

Disuelto el matrimonio, el marido viene obligado a la restitución de los bienes parafernales. Dispone la mujer, a tal respecto, de la *rei vindicatio*; de la *condictio*, si los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste adquiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la particular relación contractual —depósito, mandato— que haya mediado entre una y otro.

El Derecho justiniano se muestra favorable a considerar los bienes parafernales aportación al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Cuando menos, si no hay lugar a confundirlos con la dote, cumplen la misma finalidad que ésta.<sup>95</sup>

En relación con el matrimonio «libre» rigen las siguientes normas:

- a) Según la regla atribuida a Q. Mucio Scévola, jurista de fines de la República, todas las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumen hechas por el marido, salvo prueba en contrario.

Tal es la *praesumptio Muciana*, cuyo verdadero significado originario no ha sido bien esclarecido.<sup>96</sup>

- b) Las donaciones entre cónyuges —*donationes inter virum et uxorem*— están prohibidas. Se justifica la prohibición, al decir de las fuentes, por la necesidad de evitar que se ponga precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro.<sup>97</sup>

### III. Régimen dotal<sup>98</sup>

#### 1. Concepto y evolución histórica de la dote

Dote —*dos* o *res uxoria*— es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales —*ad sustinenda onera matrimonii*.<sup>99</sup>

La dote surgió en el ámbito del matrimonio acompañado por la *manus*, y al objeto de compensar, en alguna medida, la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna. Posteriormente pasó al matrimonio «libre», con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos del hogar doméstico.<sup>100</sup>

Tanto si el matrimonio va acompañado de la *manus*, como si no, los bienes se consideran de propiedad del marido.<sup>101</sup> Dado, sin embargo, que la adquisición definitiva por parte de éste no pareció siempre justificada, y mucho menos cuando el divorcio se puso a la orden del día, entró en la práctica la costumbre de que el marido prometiese al constituyente, mediante convención estipulatoria, la restitución de la dote, para el caso de que se disolviera el matrimonio. De tal promesa estipulatoria nacía la *actio ex stipulatu*.

Ya en los finales de la República tomó estado la idea de que el marido solamente adquiere la propiedad de la dote en cuanto pesan sobre él las cargas del matrimonio. Por obra de la interpretación jurisprudencial, según parece probable, se introdujo entonces una *actio rei uxoriae*, por la que la mujer, si acaecía el divorcio, podía exigir judicialmente la restitución. Sobre las bases de esta disciplina jurídica se cimenta el régimen clásico de la dote, concebida como aportación al sostenimiento del peso económico del matrimonio.<sup>102</sup> Finalmente, la propiedad del marido sobre los bienes dotales queda reducida a términos de simple ficción; en la realidad, su condición respecto de ellos no es otra que la de un usufructuario.

En los primeros tiempos, la constitución de dote era un deber moral, o mejor aún, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. De un deber jurídico, de una obligación legal de dotar, no puede hablarse hasta la época posclásica, y quizás hasta Justiniano.<sup>103</sup>

En el Derecho justiniano tal obligación recae sobre el padre y, en casos excepcionales, sobre la madre.<sup>104</sup>

## 2. Formas de constitución de la dote

A) Por entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran —*dotis datio*—, que se cumple a través de los oportunos y acostumbrados modos de transmisión.<sup>105</sup> Puede ser constituyente cualquier persona, de la cual la recibe el marido o alguien en quien éste delega —*delegatio dandi*.

B) Por la obligación, contraída mediante negocio jurídico, de entregarlos. La constitución obligatoria tiene lugar de dos formas: *dictio dotis* y *promissio dotis*. La *dictio dotis* es la típica, y se sustancia en una declaración solemne del constituyente, que solo puede ser la mujer misma, si es *sui iuris*, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer, que intervenga por mandato de ésta.<sup>106</sup> La *promissio dotis* es una promesa de dote en la forma de la *stipulatio*.

C) Por convención privada de forma —*pollicitatio dotis*—, de acuerdo con una constitución de Teodosio II.<sup>107</sup>

D) De forma tácita. En el Derecho justiniano se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la dote que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.<sup>108</sup>

E) Mediante documento. En la última época lo corriente es que se recurra al documento —*instrumentum dotale*— para la constitución de la dote.

La dote suele constituirse antes del matrimonio, pero también es posible después, salvo en el caso de la *dictio*. En la época clásica, tanto la constitución obligatoria —*dictio dotis* y *promissio dotis*—, como la real —*datio dotis*—, se entienden supeditadas a la *condicio iuris* de que subsiga el matrimonio —*si nuptiae fuerint secutae*.<sup>109</sup> Tal condición actúa con efecto suspensivo, en el primer caso, y resolutorio, en el segundo. El Derecho justiniano modifica parcialmente este régimen, al disponer que en la *datio dotis* verificada con anterioridad al matrimonio la voluntad del constituyente decide si el marido adquiere o no inmediatamente la propiedad. Si el constituyente es la mujer, se presume que la *datio dotis* acarrea la inmediata adquisición.

Según que el constituyente sea el ascendiente paterno que ejerce la potestad sobre la mujer, o una persona distinta, comprendida la propia mujer, se distingue la dote, respectivamente, en *profecticia* y *adventicia*.<sup>110</sup> La *dos adventicia* se llama también *dos recepticia*, cuando el constituyente se reserva su restitución para el caso de que se disuelva el matrimonio.<sup>111</sup>

## 3. La dote durante el matrimonio

La dote, jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él, si es *filius*, la *patria potestas*. Conferida en propie-



dad —en plena y perpetua disponibilidad— al marido o a su *paterfamilias*, se entiende siempre que es al primero de éstos a quien se otorga, y con miras a una finalidad que se explica por razón del matrimonio.<sup>112</sup>

La institución discurre por nuevos derroteros cuando prende entre los juristas —ya entre los mismos juristas republicanos— la idea de que la dote, desde el punto de vista económico —como asignación, renta o salario—, es *res mulieris*.<sup>113</sup> Al calor de tal idea se establece la obligación legal de restituir la dote cuando llega a disolverse el matrimonio. La dote, en cuanto capital, debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyos los frutos<sup>114</sup>.

Como ya hemos apuntado antes, en esta última época sigue reconociéndose formalmente la propiedad del marido sobre la dote. Sin embargo, su condición, en la práctica, no pasa de ser la de un usufructuario, al modo que lo es el padre sobre los bienes de los hijos.<sup>115</sup>

Las cosas dotales suelen ser objeto de valoración —*aestimatio*— en el momento de constituirse la dote —*dos aestimata*.<sup>116</sup> La valoración se hace *taxationis causa*, cuando se trata de fijar de antemano la medida de la responsabilidad del marido en caso de falta de restitución, o *venditionis causa*, si el fin que se persigue es que el marido responda con el equivalente en dinero, y no con los mismos objetos.<sup>117</sup> En el segundo caso, los juristas reconocen una verdadera venta de la dote, considerándose al marido como deudor del precio.

#### 4. Restitución de la dote<sup>118</sup>

Disuelto el matrimonio, es obligada la restitución de la dote. A tal fin, existen en la época clásica dos acciones: la *actio ex stipulatu*, si media promesa restitutoria del marido, en la forma de la *stipulatio*, y la *actio rei uxoriae*, si no se ha celebrado ésta.

La *actio ex stipulatu* solo permite reclamar lo taxativamente convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según ley.<sup>119</sup>

Una obligación legal de restituir, con independencia de cualquier convención, tiene lugar al ser introducida, en los comienzos del siglo VI de Roma, la *actio rei uxoriae*<sup>120</sup>, que permite al juez pronunciar en cada caso lo que será mas justo y conveniente.<sup>121</sup>

En la época posclásica se reconoce eficacia al simple pacto de restitución concertado entre el marido y el constituyente en el momento de la *datio dotis*, otorgándose al segundo la acción tuteladora de los contratos innominados —*actio praescriptis verbis*.<sup>122</sup>

Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, la dote *adventicia* queda en poder del marido, salvo en el caso de que haya sido convenida, mediante *stipulatio*, la restitución al constituyente — *dos recepticia*.<sup>123</sup> En poder del marido queda también la dote *profecticia*, pero solo en el caso de que el constituyente haya muerto antes que la mujer.<sup>124</sup>

Si la disolución del matrimonio tiene lugar por muerte del marido<sup>125</sup> o por divorcio, la dote, sin distinción alguna, debe ser restituida. Puede pedir la restitución la mujer,<sup>126</sup> si es *sui iuris*, o su *pater*, con el consentimiento de ella,<sup>127</sup> en otro caso. Muerta la mujer después de divorciada, solo compete la *actio* a sus herederos o a los del *pater* cuando el marido está incurso en mora.<sup>128</sup>

Siempre que comprenda cosas fungibles, la dote debe devolverse en tres anualidades —*annua bima trima die*—, a menos que se haya convenido la devolución inmediata. La dote integrada por bienes de otra clase ha de ser restituida al momento.

El marido goza de<sup>129</sup> de forma que no puede ser condenado más allá de los límites de su activo patrimonial. Además, se le otorga, en determinados casos, la facultad de hacer ciertas deducciones o retenciones,<sup>130</sup> entre las que destacan la que obedece al número de hijos habido durante el matrimonio o la que tiene justificación en razón a los gastos efectuados por el marido para conservación de la dote.

Justiniano introduce notables modificaciones en materia de dote<sup>131</sup> y, sobre todo, por lo que respecta a la obligación de restituir. La dote debe ser restituida por el marido o sus herederos, a la mujer o a sus herederos. Sobre los últimos tiene preferencia el *paterfamilias* constituyente, siempre que se trate de dote *profecticia*, y sobreviva él a la disolución del matrimonio. El marido solo puede lucrar la dote cuando se ha concluido un pacto especial en el momento de constituirla.

Se declara abolida la *actio rei uxoriae*, y se otorga a la *actio ex stipulatu* valor general, de forma que pueda ejercitarse con independencia de toda convención. La *actio ex stipulatu*, llamada en el Digesto *actio dotis* o *de dote*, es transformada en acción de buena fe.<sup>132</sup>

Se mantiene el *beneficium competentiae* en favor del marido, si no ha procedido dolosamente en la administración de los bienes dotales,<sup>133</sup> y quedan suprimidas las *retentiones*.<sup>134</sup>

Los inmuebles deben ser restituidos inmediatamente; las demás cosas, en el término de un año.<sup>135</sup>

El derecho de la mujer en orden a la restitución se halla garantizado con una hipoteca legal sobre los bienes del marido, que es privilegiada frente a las constituidas con anterioridad al matrimonio.<sup>136</sup>

Además de la *actio ex stipulatu*, la mujer dispone de una *vindicatio utilis*, encaminada a la restitución de los bienes dotales existentes en el patrimonio del marido.<sup>137</sup>

### § 136. Donación nupcial<sup>138</sup>

Frecuente es en Roma que el novio haga donaciones a la novia con ocasión de los esponsales, pero ni revisten gran importancia desde el punto de

vista patrimonial o económico, ni adquieren significación alguna en lo jurídico. Otra cosa ocurre en los pueblos orientales del Imperio, donde está arraigada esta costumbre de hacer donaciones a la novia en correspondencia a la dote —ἀντίδορα, contradote—, y, sobre todo, con el fin de asegurar a la mujer un patrimonio para el caso de que se disuelva el matrimonio.<sup>139</sup> Esta práctica, con lo que tiene de jurídica, toma asiento en la legislación posclásica, siguiendo varia suerte desde Constantino<sup>140</sup> a Justiniano.

En el Derecho justiniano la donación antenuptial —*donatio ante nuptias*— tiene el significado de contrapartida de la dote.<sup>141</sup> Ya el antecesor de Justiniano —Justino— permitió que se aumentasen tales donaciones después de contraído matrimonio,<sup>142</sup> y ahora, con un espíritu más amplio, se llega a admitir la posibilidad de otorgarlas *ex novo* durante la vida conyugal.<sup>143</sup> De aquí proviene el cambio de la vieja denominación por la de *donatio propter nuptias*.

El matrimonio no celebrado por culpa de la novia, justifica la reclamación de la *donatio*, otorgándose al novio y a sus herederos una *condictio* o una *utilis in rem actio*. Asimismo la *donatio* puede ser reclamada cuando no se celebre el matrimonio por muerte de cualquiera de los novios.

Celebrado el matrimonio, el marido pierde la donación si sobreviene el divorcio por su culpa. Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer adquiere, con carácter definitivo, la donación, según la medida de lo pactado, o en la totalidad, si no medió pacto.<sup>144</sup>

Durante el matrimonio se considera al marido como propietario de los bienes objeto de donación, si bien le está prohibido enajenar los inmuebles.<sup>145</sup> La viuda, mientras no pasa a segundas nupcias, es usufructuaria de todos los bienes, correspondiéndole también una cuota de propiedad en concurrencia con sus hijos. Si, teniendo hijos, contrae nuevo matrimonio, la *donatio* se divide entre éstos por partes iguales, de manera que ella quede excluida de toda participación.<sup>146</sup>

Según el Derecho de las Novelas, la *donatio propter nuptias* no está sujeta a inscripción del acto —*insinuatio*.<sup>147</sup>

El acercamiento, aunque que no sea pleno, entre dote y donación nupcial se manifiesta en todos los órdenes. Aparte de lo dicho, baste señalar que pesa sobre el padre, en igual razón y medida, la obligación de constituir dote a favor de la hija y donación nupcial a favor del hijo; el deber de colación afecta de idéntica manera a ambos casos; la donación nupcial presupone el matrimonio, y, en fin, las sanciones establecidas para los supuestos de divorcio y segundas nupcias atañen tanto a la dote como a la *donatio propter nuptias*.

### CAPÍTULO III

## TUTELA Y CURATELA

#### § 137. Esencia y origen histórico de la tutela y de la curatela

Tutela y curatela son dos poderes sobre las personas que, aun siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio. La falta de tal capacidad puede ser total o parcial, y fundada en razones de edad, de sexo, de enfermedad mental o de tendencia a la dilapidación.

El impúber y la mujer quedan sujetos a tutela al morir el *paterfamilias* bajo cuya *potestas* se encuentran.

La tutela<sup>1</sup> es definida por Servio como «la fuerza y potestad sobre persona libre, otorgadas por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad, < o sexo > no puede defenderse por sí mismo»<sup>2</sup>.

En los tiempos antiguos la tutela es atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho mismo de que falte entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. *Paterfamilias* y tutor son una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La que más tarde se llamaría *familia communi iure* no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. Y si esto ocurrió de tal manera, parece lo más probable que la tutela no se configurase como *vis ac potestas* subsistente por sí, sino como uno de los atributos de la *manus*. La diversificación solo tuvo lugar en época histórica.

Tutela y herencia se muestran en íntima conexión.<sup>3</sup> Los llamamientos a la tutela y a la herencia se conciben de acuerdo con un común determinante: la naturaleza del grupo familiar. Tutor es, en primer término, el *heres* designado en testamento, y, a falta de designación, o existiendo solo impúberes o mujeres, asume la tutela el *proximus adgnatus*.

En los orígenes, no otro distinto del *heres* es el que ejerce la *vis ac potestas*, porque únicamente él tiene poderes familiares. Y si en el Derecho histó-

rico fue posible investir en la tutela a persona distinta del *heres*, todavía se mantuvo por largo tiempo la idea de que solo el *paterfamilias* está autorizado para nombrar tutor, y en el acto del testamento, por el cual se provee a instituir heredero.<sup>4</sup>

Al entrar en quiebra la unidad compacta de la *familia communi iure*, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo fisonomía y denominación propias.

Ambas formas de tutela no sirven, en principio, a una función asistencial o protectora del incapaz. *Tutela impuberum* y *tutela mulierum* se confieren por ley al *proximus adgnatus*, es decir, al más próximo heredero varón del tutelado. El llamamiento del *proximus adgnatus*, ya sea a la herencia, ya a la tutela, deriva de su posición en la familia. Solo al correr del tiempo, y por obra de una continua acción estatal, la tutela pierde su viejo carácter de potestad inherente a semejante posición, así como toda nota de interés personal. En la época posclásica la tutela es un oficio oneroso —*onus tutelae*—, a la vez que un deber público —*munus publicum*.

La curatela tiene por objeto exclusivo la gestión o administración del patrimonio del incapaz. Diferenciase así de la tutela, cuya nota esencial y característica es la asistencia y cooperación del tutor a los actos jurídicos que celebre el pupilo —*auctoritatis interpositio*. De aquí la máxima según la cual *tutor datur personae, curator re*<sup>5</sup> (el tutor se da para la persona, el curador para una cosa o causa). Cierta es todavía que en el curso de la evolución histórica, tutela y curatela llegan casi a confundirse.

La curatela aparece disciplinada en las XII Tablas, pero su verdadero desenvolvimiento data de tiempos más recientes. En todo caso, no puede decirse que su régimen ofrezca carácter de unidad. No solo en el ámbito del derecho familiar, sino también fuera de él, existe una serie de *curatores* a quienes se encomienda la gestión de ciertos asuntos concernientes a personas que se encuentran en determinada situación —*curator ventris, absentis, bonorum, hereditatis iacentis*, etc.

## § 138. Tutela de los impúberes

### I. Especies de tutela y poderes del tutor

La tutela de los impúberes puede fundarse en la voluntad del testador —tutela testamentaria—, en la determinación de la ley —tutela legítima— o en el nombramiento del magistrado —tutela dativa.

1. La tutela testamentaria es, al principio, la ordenada en testamento por el *paterfamilias* respecto de los hijos que, estando bajo su *patria potestas*, se convertirán, tras la muerte de aquél, en *sui iuris*. También se admite el nombramiento de tutores a los póstumos, siempre que, naciendo en vida del *pater*, entren bajo su *potestas*.<sup>6</sup>

La doble exigencia de que la tutela sea deferida por el *pater* y en testamento, viene atenuada sucesivamente: de un lado, se otorga validez al nombramiento hecho por la madre, los parientes próximos, el padre natural, el patrono y un extraño, siempre que instituyan heredero al impúber y, según regla general, sea confirmado el tutor, previa la oportuna investigación —*ex inquisitione*—, por el magistrado;<sup>7</sup> de otra, se llega a admitir la validez del nombramiento hecho fuera de testamento o sin observancia de la forma legal.

2. Tutela legítima<sup>8</sup> es la deferida a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamientos que rige en materia de sucesión *ab intestato*. Las XII Tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina —*adgnatus proximus*<sup>9</sup>—, y, en su defecto, a los *gentiles*. Desaparecida luego la clase de los *gentiles*, el llamado a la tutela legítima, en el curso de la época clásica, no es otro que el *adgnatus proximus*. Justiniano encomienda la tutela a los cognados, de conformidad con el orden sucesorio *ab intestato* establecido en Novela 118.<sup>10</sup>

Tutela legítima es también la *tutela patronorum*, creada por obra de la *interpretatio*, sobre la base de la relación que media entre tutela y herencia. Dado que las XII Tablas nombran sucesores *ab intestato* del liberto al patrono y a sus hijos, se admite por los juristas que el patrono y sus hijos vengan llamados a la tutela de aquél.<sup>11</sup>

3. La tutela dativa<sup>12</sup> fue introducida por la *lex Atilia*, anterior al 186 a. de C., siendo extendida a las provincias por las leyes *Iulia* y *Titia*,<sup>13</sup> para atender a los casos en que el impúber careciese de tutor testamentario y legítimo. El nombramiento del tutor —*tutor Atilianus*, según la denominación clásica— se hace por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe, o por el gobernador provincial.<sup>14</sup> Una disposición de Claudio encomendó la designación a los cónsules, y otra de Marco Aurelio y Lucio Vero creó al efecto un pretor especial, el *praetor tutelaris*. Según el Derecho justiniano, son competentes para designar tutor el *praefectus urbi* o el pretor, en la capital, y en las provincias los presidentes de las mismas o bien los magistrados locales y los obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.<sup>15</sup>

## II. Incapacidades y excusas<sup>16</sup>

Al principio, son incapaces para ejercer la tutela los *filiifamilias* y las mujeres. Luego, cuando la tutela perdió su carácter de *vis ac potestas*, se admitió la posibilidad de que ejercieran el cargo de tutor los *filiifamilias*.<sup>17</sup> En el Derecho posclásico, la madre y la abuela tienen también acceso a la tutela de sus descendientes, siempre que se comprometan bajo juramento a no contraer nuevas nupcias.<sup>18</sup>

Al tutor testamentario le es permitido librarse definitivamente de la

El tutor legítimo puede transferir a un extraño la tutela, en la forma de la *in iure cessio*, si bien se reintegra *ipso iure* en ella cuando el cesionario — *tutor cessisius*— muere o sufre una *capitis deminutio*. De otra parte, la muerte o la *capitis deminutio* del tutor legítimo determina el paso de la tutela al agnado ulterior.<sup>19</sup>

El tutor dativo solo puede eximirse de la tutela aduciendo razones graves que le impidan ejercer el cargo —*excusatio*— o indicando a otra persona más idónea —*potioris nominatio*<sup>20</sup>. Esta última facultad desapareció en el Derecho justiniano.

El régimen de las *excusationes* fue extendido, en la misma época clásica, a la tutela testamentaria, y más tarde, en el siglo IV, a la legítima. Entre las numerosas *excusationes*, figuran como más importantes las siguientes: ejercicio de cargos públicos o de oficios de pública utilidad —magistrados, miembros del *consilium principis*, profesores, sacerdotes—; razones personales —edad de setenta años cumplidos, pobreza extrema, enfermedad grave, ignorancia—; cargas familiares o cuasi-familiares —tener tres hijos o tres tutelas o curatelas.<sup>21</sup>

Diferentes de las *excusationes* son las incapacidades propiamente dichas. Sin embargo, se desarrollaron gradualmente y, en general, las nuevas incapacidades comienzan siendo razones de excusa. De aquí proviene el lenguaje vacilante de los textos justinianos a propósito de los locos, sordos, mudos, ciegos, enfermos graves y crónicos, personas enemistadas con el padre del pupilo, etc.<sup>22</sup> El Derecho justiniano declara incapaces para el desempeño de la tutela a los menores de veinticinco años,<sup>23</sup> que en la época clásica podían excusarse, a los obispos, a los monjes<sup>24</sup> y a los acreedores y deudores del pupilo, con excepción de la madre y de la abuela.<sup>25</sup>

### III. Funciones del tutor y limitaciones en el ejercicio de la tutela

#### 1. Funciones

Las funciones del tutor se resumen en la *auctoritas interpositio* y en la *gestio* del patrimonio pupilar.

- a) *Auctoritatis interpositio*. — Si el pupilo ha salido de la infancia y no se encuentra en situación de ausencia, el tutor, presente en el acto o negocio de que se trate, le presta su asentimiento. El tutor complementa la deficiente capacidad del impúber, o lo que es lo mismo, le capacita para actuar «por sí». No obstante esto, los actos realizados por el pupilo *infantia maior* sin la asistencia del tutor —*auctoritatis interpositio*—, son válidos en la parte que importan ganancia y nulos en la desfavorable —*negotium claudicans*.<sup>26</sup> A partir de Antonino Pío, el pupilo que actúa sin la *auctoritas tutoris* se hace responsable en los límites del enriquecimiento.<sup>27</sup>

Cabe nombrar varios tutores para un solo pupilo, como es dable también la designación de un tutor para un negocio concreto o para determinados asuntos.<sup>28</sup> Si se trata de varios tutores testamentarios, es suficiente, según el Derecho clásico, la *auctoritas* de uno solo, mientras que se requiere la de todos los legítimos o dativos. En el Derecho justinianeo basta, por lo regular, la *auctoritas* de uno.<sup>29</sup>

- b) *Gestio*. — La *negotiorum gestio* tiene lugar en los casos de *absentia* e *infantia* del pupilo, así como siempre que se prefiera recurrir a ella. Presupone la administración de los negocios del impúber como si fuesen propios: no se trata, ciertamente, de cooperar con éste en los actos jurídicos, sino de celebrarlos sin su propia presencia, recayendo los efectos de los mismos en cabeza del tutor. Es el tutor quien se constituye, según los principios de la representación indirecta, en situación de propietario, de acreedor o deudor.<sup>30</sup>

De conformidad con lo dicho, el tutor no puede llevar a cabo aquellos negocios que necesariamente han de ser concluidos por el titular del derecho. Tal ocurre, p. ej., con la aceptación de herencia —*aditio hereditatis*—, que solo puede ser hecha por el pupilo, asistido por el tutor —*tutore auctore*.

Tratándose de actos que es necesario ejecutar en nombre propio, y siempre que el pupilo sea *infans*, y se excluya la posibilidad de interponer un esclavo suyo, que adquiriría directamente para él, hay que esperar a que salga de la infancia. Es entonces cuando el pupilo, ya *infantia maior*, podrá llevar a cabo, *tutore auctore*, tales actos.<sup>31</sup>

Ya en la época clásica se llega a admitir la posibilidad de que las acciones correspondientes al tutor o contra el tutor se ejerciten, con el carácter de «útiles», por el pupilo o contra el pupilo.<sup>32</sup>

Corresponde al tutor proveer a la educación, instrucción y manutención del pupilo, pero solo en el sentido de asignar a tales efectos las cantidades necesarias.<sup>33</sup>

En consonancia con la originaria naturaleza de la tutela, el tutor es considerado como *dominus* del patrimonio pupilar.<sup>34</sup> El tutor puede realizar toda suerte de negocios de disposición: enajenar y pignorar los bienes, colocar los capitales, hacer y recibir pagos, etc. Pronto, sin embargo, la gestión tutelar queda sujeta a la observancia de determinadas formas, y así, p. ej., el tutor que no confecciona un inventario del patrimonio pupilar, incurre en dolo y se le hace responsable, consiguientemente, del daño eventual sufrido por el impúber.<sup>35</sup> Otras obligaciones propias de su oficio son la de emplear el capital, a ser posible, en fincas, o prestarlo a interés; la de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos inseguros; la de vender las cosas que perecen con el tiempo.<sup>36</sup>



2. *Limitaciones en el ejercicio de la tutela.* — A las normas expuestas sobre las funciones del tutor, se suman otras que introducen ciertas limitaciones:

- a) La jurisprudencia y la práctica judicial sientan el principio de que las donaciones hechas por el tutor no deben perjudicar al pupilo.<sup>37</sup>
- b) En la época de Claudio se obliga a los tutores —no a los testamentarios, ni tampoco a los dativos nombrados *ex inquisitione*— a prestar garantía —*satisdatio rem pupilli salvam fore*<sup>38</sup>— como medio de asegurar que los bienes de los pupilos no sean consumidos o menoscabados.<sup>39</sup>
- c) Por disposición de Severo, se prohíbe la enajenación de los predios rústicos o suburbanos, salvo si media autorización del padre del pupilo, dispuesta en testamento o en codicilo, o del magistrado.<sup>40</sup> Esta prohibición se extiende después, por obra de la jurisprudencia, a la enajenación de un fundo superficiario o poseído de buena fe, y a la constitución de gravámenes sobre los bienes pupilares;<sup>41</sup> y por una disposición de Constantino, a la enajenación de toda clase de bienes, con excepción de los de poca valía que puedan deteriorarse.<sup>42</sup>
- d) Tal régimen es mantenido por Justiniano,<sup>43</sup> quien sujeta también a la vigilancia del magistrado los actos menores de gestión —colocación de capitales, cobros, pagos, etc.<sup>44</sup> Cualquier enajenación verificada con descuido de lo estatuido, es declarada nula.<sup>45</sup> El pupilo tiene una hipoteca legal y general sobre los bienes del tutor, en garantía de sus créditos.<sup>46</sup>

#### IV. *Responsabilidad del tutor*

La responsabilidad del tutor varía según las épocas y las diversas clases de tutela.

Las XII Tablas sancionan dos remedios: a) La *accusatio suspecti tutoris* y la *actio rationibus distrahendis*.<sup>47</sup> La primera es una acción popular, que lleva aparejada la nota de infamia, y se dirige contra el tutor testamentario que obra dolosamente. En la época imperial se llega a la remoción del cargo, y no ya solo de la administración, mediante el nombramiento de un nuevo tutor por el magistrado.<sup>48</sup> Por último, es permitida la remoción sin *accusatio*, siempre que el tutor sea inepto o traiga en abandono la gestión. Dentro del Derecho justiniano, puede dirigirse la *accusatio* contra toda clase de tutores, quienes incurrn en infamia solo en caso de haber obrado con dolo.<sup>49</sup>

b) La *actio rationibus distrahendis* es de carácter penal y tiende a proteger al pupilo contra las sustracciones del tutor legítimo.<sup>50</sup> La pena se cifra en el doble del valor de la cosa sustraída. En el Derecho justiniano se ami-

nora su carácter penal, pudiendo dirigirse contra cualquier tutor, y no ya solo contra el legítimo.

Hacia fines de la República se introduce, como acción general, la *actio tutelae*.<sup>51</sup> De carácter infamante, se ejercita por el pupilo al término de la tutela. Creada con relación al tutor dativo, se extendió después a los demás tutores.

Al principio, el tutor solo responde del dolo, pero más tarde le alcanza también la culpa —la *culpa in concreto*. Se precisa, en orden a la exigencia de responsabilidad, que el tutor haya dado comienzo a la gestión.<sup>52</sup> En la época imperial los magistrados pueden obligar a los tutores nombrados por ellos —tutores dativos— a que no permanezcan en situación de pasividad. Contra el tutor dativo inoperante se concede, bajo Marco Aurelio, una *actio utilis tutelae*.<sup>53</sup>

Por razón de los desembolsos hechos por el tutor durante el desempeño de su cargo, se le otorga una acción, llamada *actio tutelae contraria* en los textos justinianos.<sup>54</sup>

#### V. Extinción de la tutela y cese del oficio de tutor

La tutela se extingue por la llegada del pupilo a la pubertad,<sup>55</sup> así como por la muerte o la *capitis deminutio* —incluso la *minima*— del mismo.<sup>56</sup>

Cesa el oficio de un tutor, para dar comienzo el de otro, en los casos siguientes: a) muerte o *capitis deminutio maxima o media*;<sup>57</sup> b) cumplimiento de la condición resolutoria o llegada del término *ad quem* fijados por el testador;<sup>58</sup> c) *excusatio a coepta tutela*, en los casos en que se admite;<sup>59</sup> d) remoción del tutor sospechoso.<sup>60</sup>

### § 139. Tutela de las mujeres

En la época clásica las mujeres *sui iuris* están sometidas a la común *tutela impuberum*, si son impúberes, o a la especial y perpetua *tutela mulierum*, si han alcanzado la pubertad. Se exceptúan las ingenuas y libertas que, por tener tres o cuatro hijos, respectivamente, gozan del *ius liberorum*, conferido por la *lex Iulia*.<sup>61</sup>

Tras la quiebra de la antigua comunidad familiar, la *tutela mulierum* no tiene justificación. Es consecuente con la *naturalis ratio*, confiesa Gayo, que el que no ha alcanzado la plena edad esté gobernado por el tutor, pero ninguna razón puede convencer suficientemente en lo que se refiere a la tutela de las mujeres. La invocación que suele hacerse —agrega el propio jurista— de la *levitas animi*, se funda más en lo aparente que en lo verdadero, ya que las mujeres de plena edad cumplen los negocios por sí mismas, y en algunos casos la interposición de autoridad por parte del tutor es pura fórmula, si es que éste no obra contra su voluntad, es decir, obligado por el Pretor.<sup>62</sup>

Al principio, la tutela de las mujeres podía ser testamentaria o legítima. La primera, es la ordenada en testamento por quien ejerce la patria potestad o la *manus* sobre la mujer; la segunda, tiene lugar a falta de tutor testamentario, y compete a los agnados y gentiles, o al manumisor y sus hijos.<sup>63</sup> La tutela dativa,<sup>64</sup> introducida más tarde, procede a falta del tutor testamentario y del legítimo, y solo es conferida por el magistrado a instancia de la mujer, bajo la exigencia de que el tutor propuesto se halle presente.

El tutor no actúa en ningún caso como *negotiorum gestor*, pues la mujer administra *por sí* su propio patrimonio. La función del tutor no es otra que la de prestar su *auctoritas* —y estando siempre presente— a los siguientes actos celebrados por la mujer: 1.º, enajenación de *res mancipi*;<sup>65</sup> 2.º, *in iure cessio*;<sup>66</sup> 3.º, *acceptilatio*;<sup>67</sup> 4.º, *aditio hereditatis*;<sup>68</sup> 5.º, testamento;<sup>69</sup> 6.º, manumisiones;<sup>70</sup> 7.º, constitución de dote;<sup>71</sup> 8.º, asunción de toda clase de obligaciones;<sup>72</sup> 9.º, *legis actio e iudicium legitimum*;<sup>73</sup> 10.º, *conventio in manum* mediante *coemptio*;<sup>74</sup> 11.º, permiso a la liberta para quedar en conubio con un esclavo ajeno.<sup>75</sup>

Carente de razón de ser, la tutela entra pronto en franca decadencia. Aun antes de desaparecer, se ingeniaron varios medios para liberar a la mujer de la tutela agnaticia. Y así, en la misma época republicana se admitió la posibilidad de que el marido bajo cuya *manus* se encuentra la mujer confiase a ésta la facultad de elegir, tras la muerte de aquél, el propio tutor —*tutor optivus*—, pudiendo renovar la elección cuantas veces quisiera.<sup>76</sup>

La *lex Iulia et Papia Poppaea* declaró libres de tutela a las mujeres «ingenuas» que fuesen madres de tres hijos, y a las libertas con cuatro.<sup>77</sup> Los tutores legítimos pudieron ser constreñidos, bajo instancia de la mujer, y siempre que mediaran motivos graves, a prestar su *auctoritas*; los demás tutores —*tutores alterius generis*— debían prestarla en todo caso, es decir, aunque faltaran razones de peso.<sup>78</sup> Finalmente, la *lex Claudia* abolió la tutela legítima de los agnados.<sup>79</sup>

Todavía se menciona la tutela de las mujeres en una constitución de Diocleciano,<sup>80</sup> pero es probable que desapareciera en seguida, ya que en el Código teodosiano no queda ninguna huella.

## § 140. La curatela<sup>81</sup>

Las formas más viejas de curatela son la *cura furiosi* y la *cura prodigi*.

Las XII Tablas encomiendan la curatela del *furiosus*, siempre que carezca de *paterfamilias* y de tutor,<sup>82</sup> a los agnados y a los gentiles.<sup>83</sup> A falta de curador legal, o en el caso de que éste sea inepto, se provee, en la época clásica, al nombramiento por el magistrado.<sup>84</sup> La curatela testamentaria no existe, pero si a un loco su padre le designa curador en el testamento, el Pretor puede confirmarlo.<sup>85</sup> En el Derecho justiniano solo subsisten la curatela testamentaria —en el sentido antes dicho— y la *dativa*.<sup>86</sup>

El curador «cuida» de la persona del *furiosus*, a la vez que administra su patrimonio. Su función a este respecto es la de un *gestor*, y no ya la de interponer aquella *auctoritas* que es característica de la tutela.<sup>87</sup>

Régimen semejante al de la *cura furiosi* es el de la *cura prodigi*, que se remonta asimismo a las XII Tablas. Recae sobre los pródigos<sup>88</sup> a quienes se declara incapacitados para disponer libremente de su patrimonio —*interdictio*.<sup>89</sup> Es encomendada a los agnados y gentiles, y, en defecto de éstos, a persona designada por el magistrado, quien puede tener también en cuenta la indicación hecha en testamento.

El origen de la *cura minorum* se pone en relación con la *lex Plaetoria*<sup>90</sup> o *Laetoria*<sup>91</sup> de *circumscriptione adolescentium* —año 191 a. de C., aproximadamente.<sup>92</sup> Dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzan la plena capacidad a los catorce años, dicha ley estableció una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de esa edad y menores de la de veinticinco. Aunque no se sabe si fue la propia ley la que instauró el *curator*, o bien la creación de éste se debió al Pretor, para venir en ejecución de ella, es lo cierto que se acostumbó a requerir la asistencia de un tercero, que garantizase moralmente a la otra parte contra el riesgo de una eventual impugnación del negocio.

A la protección legal se suma luego la del Derecho honorario. El Pretor, en efecto, concedió al menor una *exceptio legis Plaetoriae*, para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio. Si éste hubiese sido llevado a términos de ejecución —y siempre que del mismo derivara para el menor algún daño o desventaja, incluso sin mediar engaño intencionado—, otorgaba el Pretor una *in integrum restitutio propter aetatem*.<sup>93</sup>

El *curator* era solicitado voluntariamente por el menor, y para un particular negocio. Tan solo en el proceso podía exigir la parte contraria que se hiciera el nombramiento del mismo.<sup>94</sup>

A partir de Marco Aurelio<sup>95</sup> se instaura la figura del *curator* estable, que viene así a sustituir al designado para cada negocio. Con todo, se mantiene firme a lo largo de la época clásica la idea de que el menor tiene la plena capacidad de obrar, considerándose al *curator* como un gestor voluntario.

En la época posclásica, bajo la influencia de las costumbres de los pueblos del Oriente helénico, que no distinguen entre impubertad y minoría de edad, se tiende a valorar la función del *curator*, a la vez que se le otorga carácter de permanencia.

En el Derecho justinianeo el *curator* es un administrador estable, y el menor ha de contar con él en todo caso. Cuando no es el *curator* quien concluye los negocios, como representante legal del menor, sino el menor mismo, precisa éste la cooperación de aquél, al modo de lo que ocurre cuando el tutor presta su *auctoritas*.

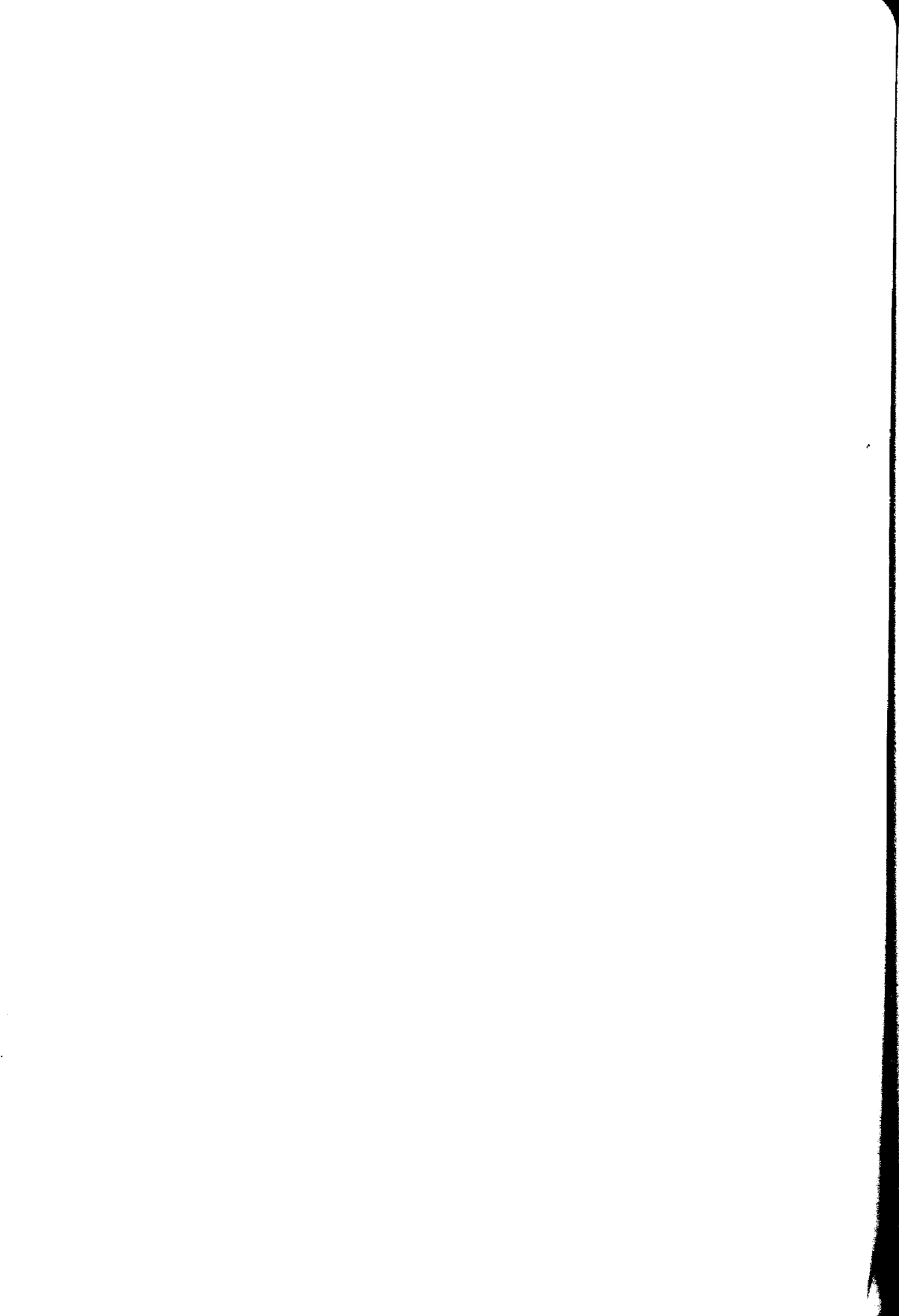
Muchas normas que atañen a la tutela son ahora extendidas a la curatela. Así, p. ej., las referentes a las *excusationes*,<sup>96</sup> a la remoción del curador —

se habla de *actio suspecti curatoris*—, a la garantía de la gestión —el *curator* ha de prestar una *satisdatio rem adolescentis salvam fore*—, a la prohibición de enajenar los fundos rústicos. Se afirma el principio de que la plena capacidad de obrar se alcanza a los veinticinco años,<sup>97</sup> y lo mismo es *defensor minoris* el tutor que el curador.

La acción naciente de la gestión es la *actio negotiorum gestorum*, a la que Justiniano califica como *utilis*, cuando no la llama *iudicium curationis* o *utilis curationis causa actio*.

---

LIBRO QUINTO  
SUCESIONES Y DONACIONES



## CAPÍTULO I

# EL DERECHO HEREDITARIO

*Concíbase como se quiera la familia romana, resulta cierta la tendencia a evitar su desaparición o quiebra. La familia, una, se hace continua por la herencia. La herencia significa la continuidad de la unidad familiar, con todo el mundo de significaciones que ésta abriga, y no solo, por tanto, de lo que atañe a lo patrimonial.*

*Todo el mundo de creencias afincadas en la hora primera, eminentemente religiosa, insta a la marcha continua, hacia adelante, sin fractura o quiebra, de la familia, ya por el vehículo de la hereditas, ya del consortium inter fratres, ya del propio del fideicommissum familiae relictum.*

*Se piense en la familia a la manera que aquí ha sido entendida, o se piense solo en el patrimonio, como hacen los más de los estudiosos, no cabe duda de que la historia habla a favor de un mantenimiento, sea de la primera, sea del segundo, sea de ambas cosas. Como habla de que el que en vida es soberano —titular de máximos poderes— goza de libertad para otorgar disposiciones testamentarias en la razón y medida que estime convenientes.*

*Si se prescinde del instituto de la «legítima», afirmada en época adelantada, bien cabe decir que la sucesión testamentaria prevalece sobre la intestada a lo largo de toda la historia del Derecho romano. El favor testamenti logra la mejor acogida en la disciplina jurídica y en la doctrina, y sea por guardar consideración a la voluntad del testador —titular de derechos o poderes concebidos en línea de máxima libertad—, sea por razones que encuentran su asiento en la peculiar naturaleza del viejo organismo familiar.*

### § 141. Introducción

Una interpretación materialista de numerosos pasajes de la historia jurídica romana nos hizo creer por mucho tiempo que todo el Derecho privado



giraba en torno a la noción de patrimonio. El patrimonio venía a ser el *prototypón* trascendental, bajo cuyos dictados e influencias se moldeaban las más variadas clases de instituciones.

Las investigaciones del Derecho comparado prueban que en las etapas primitivas de distintos pueblos ocupan un lugar preferente, no los derechos patrimoniales, sino los derechos personales.

La familia, la herencia, la propiedad y las obligaciones asumen en los orígenes romanos unas características consonantes con la estructura familiar. Las hoy no bien llamadas *relaciones de potestad personal y de propiedad* guardan entonces estrecha conexión, en cuanto representan dos aspectos de una misma potestad, del *imperium* ejercido por el *paterfamilias* sobre las personas y cosas a él sometidas.

La moderna categoría de los *derechos patrimoniales*, donde se comprenden los derechos reales y los derechos de obligación, como contrapuestos a los derechos de familia, no se da en el antiguo Derecho romano. Allí, los derechos de familia y los derechos reales no representan sino el lado interno de la *potestas* ejercida por el *paterfamilias*. Y la obligación se refiere a relaciones entre *patres* o jefes de las comunidades familiares.

El Derecho sucesorio tiene un fundamento familiar, aunque el objeto de la herencia, en época histórica, no sea otro que el patrimonio. Como hemos dicho antes, la familia se vincula por la herencia a una continuidad. La fórmula hereditaria romana hace posible la marcha continua de la familia, así en su espíritu como en su patrimonio. La disgregación de la familia no era, cuando menos para los viejos romanos, ni querida ni normal.

Sometiéndose las relaciones patrimoniales a un juego de movilidad que llevará a incesantes crisis y mudanza, el traspaso de las mismas se hizo siempre de acuerdo con la estructura familiar.<sup>3</sup> Cabalmente, la originalidad del Derecho hereditario romano estriba en que, pese a sus profundas transformaciones —tantas y tales, y a lo largo de toda la historia romana, que acaso no sean igualadas en cualquier otra esfera del Derecho privado—, nunca fue ajeno a los dictados de dicha estructura.

## § 142. Evolución histórica de la «hereditas»<sup>4</sup>

La familia primitiva —precívica— es un organismo político. La disciplina más rigurosa, el mantenimiento del orden en el interior y la capacidad para la defensa en el exterior, son fines políticos supremos de las agrupaciones familiares, a los que no se anteponen los de otra suerte, tales como los económicos.

La familia a la que convienen tales caracteres no es sino el grupo agnático, que coincide, probablemente, con la *gens*. Abrigando en su seno a todos los agnados, es de creer que la *familia communi iure*, como luego sería llamada, mantuviese firme su unidad política a la muerte del jefe, bajo la potes-

tad de otro jefe designado por el predecesor. Mas, surgido el Estado, éste se arroga las fundamentales tareas de la acción política, y aquellas vastas y potentes comunidades familiares o gentilicias pierden su razón de ser. La muerte del jefe da lugar entonces a la escisión de la familia en tantos grupos menores cuantos son los *filiifamilias* inmediatamente sujetos a su potestad, salvo la facultad que tienen éstos de mantener indiviso el patrimonio familiar.<sup>5</sup> Y así, de la gradual disgregación de la *familia communi iure* —que permanece en edad posterior, pero solo como sobrevivencia histórica del tipo de familia más antiguo—, trae su forma y vigor la *familia proprio iure dicta*, de tipo más reciente.<sup>6</sup>

Considerando la naturaleza política de la primitiva familia romana y teniendo en cuenta que ésta no se dividía en otros grupos o familias, sino que el elemento personal y patrimonial se mantenía unido, se sienta la tesis de que el heredero era el *sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio*,<sup>7</sup> sobre la gran familia agnaticia.<sup>8</sup>

Con el testamento, es decir, con la designación del nuevo jefe —del que asumirá la jefatura tras la muerte del *paterfamilias*— se evita la disgregación de la familia. De aquí su importancia social, que la fuerza del conservadurismo romano —de la tradición hecha vida— mantendrá firme en la plenitud de la historia.

Por el testamento el *paterfamilias* designa entre los *sui* al más digno para continuar la jefatura política de la familia. En cualquier caso, se nombra a un *suus* y solo a un *suus*: un principio inmanente a la originaria estructura de la *hereditas* es el de que no se concibe una transmisión de poderes a personas extrañas al grupo.

Si el *paterfamilias* no tiene entre los *sui* a uno que sea digno para asumir la soberanía del grupo, puede recurrir a la *adrogatio*. Pero la *adrogatio*, importando la creación de un *suus*, no es de por sí un testamento, sino el presupuesto del testamento.

En el *ius civile* la sucesión regular y prevalente es la testamentaria,<sup>9</sup> como resulta de la misma calificación negativa dada a la sucesión intestada: «*successio ab intestato*». En las XII Tablas (V, 4-5)<sup>10</sup> se dice: «Si muere intestado el que carece de heredero familiar, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles»<sup>11</sup>.

Las bases del viejo ordenamiento han cedido con anterioridad a las XII Tablas, y éstas no hacen sino reflejar tan profunda transformación. No solo la herencia se ha transformado de política en patrimonial, sino que también se ha afirmado el principio de poder instituir libremente a un sujeto extraño a la familia,<sup>12</sup> si bien la costumbre reacciona contra ello.<sup>13</sup>

Frente a una exclusión de los *filiifamilias* y *adgnati* emancipados, o que hubieran sufrido cualquier suerte de *capitis deminutio minima*, así como de los cognados, se instaura luego, merced a la actividad pretoria, un nuevo sistema, fundado en principios de equidad, y acorde con el concepto moderno de sucesión en el patrimonio: la *bonorum possessio*.

La *bonorum possessio* no surge como sistema contrapuesto al civil. Su fin primero no es otro que el de ampliar la base de los llamamientos hereditarios, de acuerdo con la nueva significación asumida por los testamentos y con las cada vez más imperiosas ideas acerca del parentesco cognaticio.<sup>14</sup> De una parte, se amplía el orden sucesorio civil —intestado—, mediante una ficción que equipara los *emancipati* a los *sui*; de otra, se coordina el sistema pretorio con el sistema civil, para quedar un *sistema único* de sucesión, dividido en cuatro clases: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*. Una consecuencia natural de la nueva ordenación es la de admitirse las delaciones sucesivas, incluso entre los varios grados del rango legitimario.

En la herencia pretoria las vocaciones hereditarias no responden a la posición que los llamados ocupan en la familia, sino a la razón del parentesco. Y siendo cierto que tales llamamientos se cifran en derechos subjetivos de carácter patrimonial, cabe su renuncia. Es más, mientras la *hereditas* se impone obligatoriamente a los *sui heredes*, cuando no son extraños o voluntarios, la *bonorum possessio* es concedida en tanto en cuanto se solicita del magistrado, y si para la primera rige el principio de la aceptación personal, para la segunda se admite la adquisición por medio de representante.

A la obra pretoria, favorecedora de los principios de la familia natural, siguió la legislación imperial, encaminada a desterrar los vínculos civiles o agnaticios, a asegurar para ciertos herederos, no ya su simple nombramiento o desheredación, sino la asignación de una *portio legitima* o *debita*, y, en fin, a limitar la facultad de legar.

En la época posclásica son modificados el viejo Derecho civil y el Derecho pretorio, hasta llegar a una fusión y confusión de ambos sistemas. Con las Novelas 118 y 127 se instaura un nuevo orden sucesorio, donde triunfa rotundamente el principio de la cognación. El derecho de los legitimarios se coloca en primer plano, por fuerza de razones morales, cediendo hasta el máximo la posición preeminente que a lo largo de tantos siglos venía ocupando el testamento. Desaparecen poco a poco las viejas solemnidades que acompañaban a la institución del heredero —*heredis institutio*—, y, en general, las antiguas formas testamentarias.

### § 143. Concepción dogmática de la herencia

El verbo latino *succedere*, sinónimo de *subire*, no significa simplemente «seguir», sino seguir o continuar en una situación, donde importa más la carga asumida por el sucesor que el posible beneficio obtenido.<sup>15</sup> *Succedere* no es término expresivo de una derivación o dependencia: el sucesor entra —*succedit*— en una posición, lisa y llanamente.

Si trasladamos el significado gramatical al campo jurídico, vendremos a la consecuencia de que *succedere* no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación. Tanto en el Derecho público —piénsese en las

magistraturas—, como en el derecho privado de la herencia, *successio* no significa otra cosa que reemplazo en la posición jurídica.<sup>16</sup>

En el Derecho romano antiguo y clásico no se concibe otra forma de *successio*, ya sea *inter vivos*, ya *mortis causa*, que la sucesión universal. La sucesión universal *inter vivos* tiene lugar en casos típicos y determinados.<sup>17</sup> La sucesión universal *mortis causa* se realiza por la herencia.

Las características fundamentales de ambas formas de sucesión universal pueden resumirse en los siguientes términos:

- 1.º El sucesor se coloca en la misma posición jurídica del antecesor.
- 2.º El sucesor adquiere un patrimonio en bloque y de modo mediato, esto es, como consecuencia de la adquisición de una potestad —*manus, patria potestas, dominica potestas*— o de un título —el título de *heres*.
- 3.º Del antecesor pasan al sucesor toda suerte de derechos, incluso los que de otro modo serían intransmisibles.

La sucesión particular no existe, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*. Cuando se transmite una cosa singular, en una u otra forma, no cabe hablar más que de adquisición. El adquirente de cosa singular no reemplaza al transmitente en su posición jurídica.<sup>18</sup> El legatario, en efecto, no es sucesor, sino adquirente directo.

En los antiguos tiempos romanos *hereditas* y *familia* se muestran en íntima relación. El heredero no es más que un sucesor en el *ius*, en la posición jurídica unitaria que asumía el antecesor respecto de la familia. Tal posición jurídica se cifra en una potestad, indistintamente ejercida sobre personas y cosas, colectivamente vinculada a relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales.

El patrimonio, que solo se adquiere en virtud de la *successio*, no es allí lo relevante. En efecto, puede existir un heredero, puede darse una situación sucesoria, en el sentido dicho, cuando el antecesor carece de activo patrimonial, o solo tiene pasivo, o, en fin, ha donado a un tercero el entero patrimonio.<sup>19</sup>

El heredero clásico es *sucesor*, mientras que el legatario es adquirente. Por eso, éste no responde de las deudas, sino que lo hace el heredero, cual respondería el antecesor. El legatario se coloca frente al heredero en la misma situación en que estaría frente al difunto.

El legatario clásico no *succedit*, como no sucede nadie que no sea heredero. El legatario clásico *adquiere* del heredero, único y verdadero sucesor en el genuino sentido romano. Y «no sucede ni al heredero ni al difunto, porque la sucesión a título singular es un concepto extraño a los jurisconsultos romanos».<sup>20</sup>

Frente a la única forma de *sucesión* que concibieron los clásicos, frente a la sucesión universal —*successio*, simplemente—, que implica un reempla-

zo en la posición jurídica del antecesor y la consiguiente adquisición del patrimonio en bloque, surge en época posclásica la *adquisición de derechos singulares* —*successio in singulas res*, en la denominación posclásica, o sucesión a título particular, en el derecho nuevo. A tal forma de adquisición —y no de sucesión, en el castizo sentido romano— fue contrapuesta por los justinianos la *successio*, bajo la calificación de *successio in universum ius*.<sup>21</sup> La *hereditas*, en cuanto *universitas*, se identifica con el *patrimonium*, y se concibe la responsabilidad por las deudas como una consecuencia de la adquisición de éste.<sup>22</sup>

No todas las relaciones jurídicas que se dan en cabeza del difunto pasan al heredero.<sup>23</sup> Intransmisibles son las pertenecientes al Derecho público —magistraturas, cargos, etc.— y, dentro del Derecho privado, las que se vinculan a la persona, como ocurre, en el orden familiar, con la *patria potestas*, la *manus* y la tutela, y en el patrimonial, con el usufructo, el uso y la habitación. En este último orden son también intransmisibles la posesión; las *obligationes ex delicto*; las obligaciones de garantía del *sponsor* y del *fidepromissor*; las relaciones que descansan en la recíproca confianza de las partes —mandato, sociedad; el arrendamiento de servicios; la herencia deferida, pero todavía no adquirida.

#### § 144. «*Bonorum possessio*»<sup>24</sup>

Como hemos señalado antes, junto a la herencia civil —*hereditas*— existe la herencia pretoria, la *bonorum possessio*. Consiste ésta en la posesión de las cosas hereditarias, conferida por el Pretor a determinadas personas, y con fines que responden a los viejos principios de la familia agnaticia, o a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial. Merced a la actividad pretoria, desenvuelta aquí con gran amplitud, el sistema sucesorio del *ius civile* viene confirmado —*bonorum possessio iuris civilis confirmandi gratia*—, integrado o suplido en sus deficiencias —*bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia*— y corregido —*bonorum possessio iuris civilis corrigendi gratia*.

La obra del Pretor no tiene por objeto, al principio, reformar el derecho sucesorio civil, sino regular la posición de las partes en una controversia hereditaria. La *bonorum possessio* no es sino la adjudicación provisional de las cosas hereditarias a fin de facilitar la instauración del proceso,<sup>25</sup> cuando es dudosa o equívoca la situación de hecho sobre la que este mismo ha de centrarse. Importa en tal caso que el Pretor designe al que ha de poseer la herencia y ha de ocupar, por tanto, la posición más favorable de demandado.

Tras una indagatoria sumaria, el Pretor confiere la posesión a aquel que considera como heredero y que, si no lo es, perdiendo en el proceso principal subsiguiente, donde se discute sobre el fondo, habrá de restituir la herencia, a no ser que en el intervalo la haya usucapido *pro herede*. Por no ser definitiva la adjudicación del patrimonio hereditario —que puede recobrarlo el

heredero, ejercitando a tiempo la *hereditatis petitio*— en el lenguaje de los clásicos se habla de *bonorum possessio sine re*.

En la época clásica la función del Pretor se hace fundamentalmente correctora, confiriendo los bienes hereditarios a personas que el Derecho civil no contempla como herederos. Para que tal concesión o adjudicación no resulte inútil, el magistrado otorga su protección frente a los herederos civiles, sea negando a éstos el ejercicio del derecho que les asiste —*denegatio actionis*—, sea facultando al *bonorum possessor* para oponer una *exceptio doli* a la *hereditatis petitio*. Y así, junto a la *bonorum possessio sine re*, aparece otra denominada *cum re*.

Al principio, el *bonorum possessor* puro y simple no prevalece sobre el heredero civil: la adjudicación de las cosas hereditarias es provisional —*sine re*—, salvo que él mismo sea al propio tiempo heredero civil o falten por completo herederos civiles. Poco a poco los varios casos —aunque no todos<sup>26</sup>— de *bonorum possessio sine re* se vuelven *cum re*, de modo que del enfrentamiento entre heredero civil y *bonorum possessor* resulta victorioso este último.

La *bonorum possessio* puede ser conferida de conformidad con el testamento —*bonorum possessio secundum tabulas*—; a falta de éste —*bonorum possessio sine tabulis* o *ab intestato*—, o contra lo dispuesto en el testamento —*bonorum possessio contra tabulas*.

El sistema pretorio tiene continuidad en la legislación imperial. Solo en las constituciones de los inmediatos predecesores de Justiniano comienza a borrarse la distinción entre la *hereditas* y la *bonorum possessio*. En la *Compilación* ambos sistemas aparecen fundidos, por más que externamente se aprecien todavía las diferencias.

### § 145. Delación de la herencia

«Delación» es el llamamiento hecho a una o varias personas para adquirir una determinada herencia. La herencia es «deferida» u ofrecida; los romanos hablan de *deferre hereditatem* y de *vocare ad hereditatem*, y afirman, justamente, que «se entiende deferida la herencia que uno puede conseguir mediante adición —o acto de aceptación».<sup>27</sup>

La herencia se «defiere» por testamento y por ley. La delación es testamentaria cuando la designación de la persona llamada a heredar se hace por voluntad del causante, expresada en testamento; es intestada cuando la vocación hereditaria viene determinada por una disposición del Derecho objetivo, y para el caso de que falte el testamento o de que, existiendo éste efectivamente, sea inválido. Con referencia a una y otra, respectivamente, se habla hoy día de sucesión testamentaria y de sucesión legítima, pero tal lenguaje no se muestra conforme con la terminología romana. Para los romanos, tanto es *legítima* la herencia intestada cuanto la testamentaria, ya que ambas tienen su disciplina y reconocimiento en el *ius civile*. *Legítima here-*

*ditas* es la herencia civil, en contraposición a la *bonorum possessio* o sucesión pretoria.<sup>28</sup>

La delación testamentaria prevalece sobre la intestada. Según un antiguo principio romano, la sucesión testamentaria y la sucesión intestada son absolutamente incompatibles.<sup>29</sup> Tal principio tiene su desarrollo práctico en las siguientes normas:

- 1.<sup>a</sup> En tanto haya testamento, no procede una delación *ab intestato*: «Mientras se pueda adir la herencia testamentaria no se defiere abintestato».<sup>30</sup>
- 2.<sup>a</sup> Si con anterioridad a la transmisión faltara uno de los herederos, y no se hubiese proveído a nombrarle sustituto, se produce un acrecimiento en favor de los demás coherederos testamentarios.
- 3.<sup>a</sup> Cuando el heredero es instituido solo en una parte del patrimonio —*pro parte*—, la restante acrece a aquélla.

De la antigua y natural disposición de semejante principio nos da testimonio Cicerón: «Respecto de un patrimonio no puede haber varios herederos por causas distintas, y nunca se ha dado que, con relación al mismo patrimonio, haya un heredero por testamento y otro por ley».<sup>31</sup>

La incompatibilidad de ambas formas de sucesión hay que buscarla en el carácter originario de la *hereditas*: la *hereditas* primitiva<sup>32</sup> tiene por objeto el traspaso de la potestad política familiar, una e indivisa, y tal traspaso no puede verificarse conforme a *dos títulos diferentes*. Cuando en tiempos históricos la herencia no sirve ya a la vieja finalidad, y es posible nombrar a varios herederos, el *título* que se les concede conjuntamente ha de ser el mismo, como derivado de una misma fuente. Si lo importante es el *título de heredero* y lo secundario y consecuente la adquisición del patrimonio, la institución testamentaria elimina toda vocación intestada y, por tanto, cualquier pretensión respecto de los bienes.

Surgida a comienzos del Imperio la llamada «sucesión legítima contra el testamento», la regla de la incompatibilidad entre ambas formas de sucesión —nadie puede morir en parte testado, en parte intestado—, sufre importantes derogaciones. Así, en ciertos casos de invalidez parcial del testamento, es posible la coexistencia de herederos testamentarios y *ab intestato*.<sup>33</sup>

Extraños al Derecho romano son los llamados «pactos sucesorios»,<sup>34</sup> es decir, las convenciones por las que una de las partes se compromete a instituir a la otra, o el presunto heredero dispone o renuncia en beneficio de otro a la herencia de persona viviente.<sup>35</sup> No obstante, se admite en el Derecho justinianeo la validez del pacto acerca de la herencia de un tercero, siempre que éste otorgue su consentimiento y muera sin revocarlo.<sup>36</sup>

Presupuesto necesario de todo llamamiento es la muerte de una persona.<sup>37</sup> Es preciso, además, que el causante o *de cuius* goce de capacidad jurídica, por lo que no pueden tener herederos los extranjeros, los esclavos,<sup>38</sup> y los

*filiifamilias*. Sin embargo, la incapacidad de estos últimos es superada en el transcurso de los tiempos, con el reconocimiento de los peculios.

El llamamiento del heredero a la herencia se verifica a la muerte del causante. Tal es la regla normal, que tiene varias excepciones: *a)* Sujeta la institución a condición suspensiva, la herencia se defiere al cumplirse ésta; *b)* En el caso de sustitución, el llamamiento a favor del sustituto solo procede cuando no entra en la herencia el primer instituido; *c)* Declarado inválido o ineficaz el testamento, luego de haber muerto el causante, la delación legítima coincide con tal declaración; *d)* En el caso de delación pretoria *ab intestato*, el llamamiento de las clases sucesivas tiene lugar tras la renuncia a la herencia de las clases precedentes.

El llamado *ab intestato*, siempre que no sea *heres necessarius*,<sup>39</sup> —pues adquiere la herencia sin posibilidad de repudiarla— puede verificar, antes de la adición de la herencia, una *in iure cessio hereditatis*<sup>40</sup>. Si antes de la adición de la herencia— cuando tal proceda —la cualidad de *heres* no se ha fijado definitivamente en cabeza de una persona determinada, debe admitirse la *sustitución* en cuanto que la delación tiene un *destinatario fungible*, cuyo título vocacional viene determinado por una situación familiar, por un *status familiae*.<sup>41</sup>

Si el heredero «voluntario» fallece antes de adir la herencia, la vocación, el llamamiento a heredar, no se transmite a sus propios herederos.<sup>42</sup> Sin embargo, tal principio sufre importantes derogaciones en el curso histórico del Derecho romano, hasta llegar a afirmarse, con Justiniano, la norma contraria.<sup>43</sup> Así, p. ej., la llamada *Transmissio Theodosiana*, que tiene lugar si el descendiente instituido por un ascendiente muere antes de la apertura del testamento y se verifica a favor de sus propios descendientes.<sup>44</sup>

## § 146. Acrecimiento<sup>45</sup>

Se dice que hay acrecimiento cuando, correspondiendo a varias personas una misma cosa, el derecho *íntegro* de cada uno no sufre la limitación resultante del concurso de las demás. El acrecimiento no es una figura particular, sino una institución general, apreciable en la herencia —testamentaria e intestada—, en el legado, en el condominio y en la colegialidad magistratual de los tiempos de la República.

El acrecimiento tiene lugar, por lo que ahora nos interesa, en la sucesión testamentaria y en la intestada.

### I. El acrecimiento en la sucesión testamentaria

Procede en dos supuestos:

- 1.º Cuando el testador dispone únicamente de una parte de la herencia. En tal caso, el heredero *pro parte* adquiere el todo.<sup>46</sup> Se explica esta



solución por la regla «nadie puede morir en parte testado, en parte intestado». Siendo incompatibles la sucesión testamentaria y la intestada, mientras haya una persona que ostente el título de heredero no cabe un llamamiento de los herederos *ab intestato* respecto de la porción a la que no alcanzó la disposición del testador. La adquisición del patrimonio depende del título de heredero, y tal título, que es por naturaleza universal, no lo tiene más que la persona a la que, según nuestro supuesto, solo se le asignó una parte.

- 2.º Cuando el testador llama a todos los instituidos al todo. Si todos son llamados a la totalidad de los bienes, a cada uno corresponde un derecho *íntegro*, y ocurrirá que, si algunos de ellos no concurre a la adquisición por premoriencia, renuncia o incapacidad, el poder de los concurrentes se expande automáticamente al todo.<sup>47</sup> Antes de concurrir a la adquisición, cada uno tiene un derecho potencialmente absoluto; después, cada uno tiene derecho a la cuota que resulta del propio concurso: a menor número de herederos, mayor es la cuota de participación de cada uno.<sup>48</sup>

La conjunción —*coniunctio*— sirve para determinar cuándo procede el acrecimiento. Bajo este aspecto, se entiende siempre que no se da a favor de todos los herederos, sino tan solo a favor de los llamados conjuntamente con la persona que no concurre a la adquisición.

Según Paulo, la *coniunctio* puede ser de tres clases: «La conjunción puede ser de tres clases, pues puede verificarse en la cosa por sí misma, en la cosa y por las palabras, o tan solo por las palabras».<sup>49</sup>

- a) *Coniunctio re tantum*. — Tiene lugar cuando varias personas son instituidas en la misma porción —*re*— y en proposiciones distintas: «Ticio sea heredero en una mitad; Seyo sea heredero en la parte que instituí a Ticio; Sempronio sea heredero en una mitad».
- b) *Coniunctio re et verbi*. — El testador instituye a varias personas en la misma porción —*re*— y en la misma proporción —*verbis*—: «Ticio y Mevio sean herederos en una mitad».
- c) *Coniunctio verbis tantum*. — Se verifica llamando a varias personas en la misma proposición, pero no en la misma porción: «Ticio sea heredero, Gayo y Mevio sean herederos por partes iguales».

## II. El acrecimiento en la sucesión intestada

En la sucesión intestada el acrecimiento tiene lugar en todo momento, esto es, siempre que varias personas son llamadas a la misma herencia. El acrecimiento importa una expansión sobre el objeto, en virtud de una posición que hace partícipe, por fuerza de un título personal —el título de *heres*—,

en una comunión que se proyecta virtualmente sobre la cosa entera. Lo mismo que en la sucesión testamentaria, el acrecimiento se perfila aquí desde el punto de vista del llamamiento de todos al todo —llamamiento solidario, *in solidum*.

### III. Régimen del acrecimiento

Tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada, el llamamiento universal de cada uno está limitado por el llamamiento universal de los demás. Si los llamados son Ticio y Mevio, la premoriencia, la incapacidad o la renuncia de Ticio determina que Mevio haga suya la totalidad de la herencia. No se da ya el impedimento para que el derecho *íntegro* de Mevio logre su plena extensión. No se da ya la restricción material, numérica, porque ha desaparecido la razón exterior que la hubiera determinado.

De lo dicho resulta que el acrecimiento no importa un derecho de acrecimiento, sino un «derecho de no decrecimiento», con lo que se entiende que cuanto se adquiere tiene lugar por el título ya existente y no por un título nuevo.<sup>50</sup>

El acrecimiento es forzoso. Se verifica *ipso iure*: el coheredero aceptante no puede renunciar a lo que es extensión del único llamamiento, y no ya una delación nueva; le alcanza aun sin su conocimiento, y sin que sea menester que sobreviva al momento de producirse. El acrecimiento se verifica, por tanto, a favor del heredero, siempre que el primero haya aceptado la herencia.

El régimen preciso —lógico— del acrecimiento viene trastocado en tiempos de Augusto, con la *lex Iulia et Papia Poppaea*. La ley augustea, dando actuación a una política demográfica, declara incapaces de heredar, a título de pena, y en parte o en todo, a los *caelibes* —solteros—, *orbi* —casados sin hijos— y *patres solitarii* —viudos sin hijos. Las participaciones de tales personas se consideran «caducas», sustrayéndolas al acrecimiento de los herederos testamentarios. En concepto de premios o recompensas vienen a incrementar —ahora puede hablarse de «incremento», en un orden de cosas que se aparta totalmente del acrecimiento propio y verdadero— el patrimonio de las personas que tienen hijos, o bien pasan al Fisco. Los *caduca* se destinan, en primer lugar, a los *heredes patres*; en segundo, a los *legatarii patres*; en último caso, al *aerarium* —al Fisco, a partir de Caracalla.

El acrecimiento propio y verdadero, el acrecimiento tradicional —*vetus ius*—, se mantiene, sin embargo, en ciertos casos: a favor de los descendientes o parientes dentro del tercer grado instituidos en testamento;<sup>51</sup> en las sucesiones *ab intestato*; en el testamento militar.

La adquisición de los bienes «caducos» tiene lugar *cum onere*, esto es, con cargas,<sup>52</sup> y por ello se permite al interesado rehusar la prima que importan.

Justiniano deroga el régimen de la caducidad, si bien mantiene el principio de que el acrecimiento se verifica con el gravamen: «porque no se ha de tolerar que quien ciertamente acepta un lucro, rechace, en cambio, el gravamen a él anejo». <sup>53</sup>

### § 147. Herencia yacente<sup>54</sup>

Se llama herencia yacente al patrimonio de un difunto aún no aceptado por la persona llamada a entrar en él como heredero.

Según la concepción antigua, la condición de los bienes hereditarios durante el tiempo que va desde el llamamiento a la aceptación, no es otra que la de cosas privadas de sujeto —*res nullius*. Semejante concepción, en extremo realista, no es superada totalmente por los juristas clásicos, a pesar de que en éstos se afirme la idea de una continuidad entre la posición del difunto y la del heredero.<sup>55</sup>

En palabras de Gayo, el patrimonio hereditario carece de sujeto actual: «Mientras no hay heredero, las cosas hereditarias no pertenecen a nadie». <sup>56</sup> Las *res hereditariae* también son consideradas por Ulpiano como *res nullius*<sup>57</sup> o *sine domino*.<sup>58</sup>

Siendo la herencia yacente *res nullius* o *sine domino*, no se comete hurto —*furtum*— con relación a ella.<sup>59</sup> Tal es el principio general de la época antigua, sujeto luego a excepción en los siguientes términos: 1) se comete hurto antes de la aceptación de la herencia, cuando el heredero posee la cosa;<sup>60</sup> 2) se comete también hurto antes de la aceptación cuando un tercero posee por cuenta de la herencia.<sup>61</sup> Marco Aurelio condena como delito<sup>62</sup> el apoderamiento de las cosas hereditarias antes de la aceptación, e impide, consecuentemente, que la usucapión tenga lugar fuera del caso en que medie por lo menos la buena fe. Por lo demás, viene bien advertir que los romanos han procurado proteger el patrimonio del difunto, sea en interés del heredero eventual, sea en el de los acreedores hereditarios. Medidas prudentes de varia especie fueron tomadas por el Pretor en orden a la buena administración de la herencia<sup>63</sup> y al nombramiento de un *curator* para guarda de los intereses de tales acreedores.<sup>64</sup>

El Derecho clásico se atiene a la antigua concepción, que considera la herencia yacente como privada de sujeto. Sin embargo, los juristas han de enfrentarse con ciertas dificultades que plantea la propia realidad, natural y jurídica. En efecto, el patrimonio hereditario, aunque carente *pro tempore* de sujeto, encierra derecho y obligaciones —piénsese, por ejemplo, en la llegada de términos y cumplimiento de condiciones, en beneficio o perjuicio de la herencia, o en la comisión de un delito por un esclavo hereditario—, y, además, es susceptible de aumentos o disminuciones<sup>65</sup> —p. ej., por accesiones, adquisiciones de frutos, negocios concluidos por los esclavos, gestiones realizadas por terceros en beneficio de la herencia.<sup>66</sup>

Tarea que se impone a los juristas es la de coordinar la realidad de la falta de sujeto y la realidad de las situaciones que acabamos de señalar. Para ello fueron ideados dos recursos:

- a) Referir al heredero los beneficios o perjuicios inherentes a la herencia: «la herencia representa entretanto la persona del heredero». <sup>67</sup> Los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del causante, y a tal momento se retrotraen también los derechos nacidos durante el tiempo en que la herencia está yacente. <sup>68</sup>
- b) Referir la herencia al difunto: <sup>69</sup> «la herencia hace las veces del difunto, o representa al difunto, u ocupa el lugar del difunto». La vida del causante se considera prolongada hasta el momento de la aceptación de la herencia por el llamado.

Las concepciones de las que son expresión ambos recursos no tienen el alcance que suele atribuirse comúnmente. Según creemos, el significado de las mismas no sobrepasa los límites de las razones y fines que determinaron su formulación: razones y fines siempre particulares y varios, pero que giran todos en torno a la conveniencia de mantener las relaciones con la fuerza y pureza que tendrían si estuviese presente el titular.

Fuera del área a que ambas concepciones se adscriben, no es dado afirmar que la herencia yacente «representa al heredero» o «hace las veces del difunto». Mas, por carecer una y otra de valor general, no contrastan con la única que lo tiene, esto es, con la que dice desde antiguo que la herencia yacente es *res nullius* o *sine domino*. Antes al contrario, las tres se complementan mutuamente: la herencia está privada de sujeto; las adquisiciones se verifican a favor del heredero futuro, pero se regulan según la capacidad del difunto. <sup>70</sup>

En varios textos interpolados se dice que la herencia yacente es *persona*, o *domina*: «la herencia hace las veces de persona» <sup>71</sup>; «la herencia hace las veces de propietario». <sup>72</sup> Tal concepción no es afortunada, ni puede decirse tampoco que sea la preferida por los mismos compiladores justinianos. A este propósito debemos observar:

- 1.º Si se considera la herencia como persona jurídica, será menester entender —y tal no cabe— que el heredero no sucede, de modo directo e inmediato, al causante, sino que recibe por intermedio de la entidad hereditaria autónoma.
- 2.º En la legislación justiniana la persona jurídica es capaz de posesión y de usufructo, y tal no puede decirse de la herencia yacente.
- 3.º La persona *defuncti* es la única que cuenta en las Instituciones: «la herencia hace las veces de la persona, no del heredero, sino del difunto» <sup>73</sup>; «la herencia... hace las veces de la persona del difunto» <sup>74</sup>.

§ 148. «Usucapio pro herede»<sup>75</sup>

Como medio eficaz para inducir al heredero «voluntario» a aceptar la herencia, y con la doble mira de que no queden incumplidas las obligaciones de la religión doméstica y haya alguien que pague a los acreedores del difunto, nos presenta Gayo la *usucapio pro herede*.<sup>76</sup>

En el Derecho romano antiguo rige la norma de que la posesión —*usus*— de los bienes hereditarios durante un año, por parte de cualquier persona, aun careciendo de todo derecho para inmiscuirse en la herencia, atribuye al poseedor la condición de heredero por usucapión. Hacia fines de la República la *usucapio pro herede* deja de ser usucapión de la herencia —que, en cuanto tal, era incluida entre las *ceterae res*—, para convertirse en usucapión de las singulares cosas comprendidas en la misma, incluso si son inmuebles. Aun concebida en estos términos, no pierde su carácter de *lucrativa*, a más de *improba*, y con tales términos la califica Gayo. Contra lo que tiene de desafuero se pronuncian disposiciones emanadas bajo Adriano y Marco Aurelio: el primero concede al heredero la revocación, siempre que las cosas hereditarias hayan sido usucapidas de mala fe; el segundo castiga con pena pública el apoderamiento de cosas pertenecientes a una herencia yacente —*crimen expilatae hereditatis*.

Residuo corrompido de la *lucrativa pro herede usucapio*, que no exige *iusta causa* ni *bona fides*, y se otorga, precisamente, al que no se cree heredero, es la *usucapio pro herede* del Derecho justiniano. Justiniano admite la usucapión: a) a favor del heredero verdadero respecto de cosas erróneamente creídas hereditarias;<sup>77</sup> b) a favor del heredero aparente, es decir, del que se cree heredero, cuando no es tal.<sup>78</sup> La *lucrativa pro herede usucapio* es abolida definitivamente por Justiniano, al exigir la buena fe y periodos de tiempo distintos para las cosas muebles e inmuebles, pero no deja de referirse a ella la nueva legislación, teniendo en cuenta algunos de sus peculiares principios: no es un heredero quien ocupa las cosas hereditarias;<sup>79</sup> es inadmisibles frente al *heres suus et necessarius*<sup>80</sup> no puede usucapir *pro herede* un esclavo;<sup>81</sup> es revocable a petición del heredero verdadero;<sup>82</sup> se limita a las cosas hereditarias.<sup>83</sup>

§ 149. Adquisición de la herencia<sup>84</sup>

La adquisición de la herencia se verifica *ipso iure*, es decir, de modo inmediato, según determinación del Derecho objetivo, o por acto jurídico. Uno y otro régimen se aplican, respectivamente, a los herederos necesarios —*heredes necessarii*— y a los extraños o voluntarios —*heredes extranei* o *voluntarii*.

a) *Heredes necessarii*. Pueden ser *sui et necessarii* o simplemente *necessarii*. *Heredes sui et necessarii* son los hijos bajo potestad del difunto

en el momento de ocurrir su muerte, así como aquellos que reciben consideración de hijos —*filiorum loco sunt*— los hijos *naturales* y *adoptivos*, la esposa o la nuera bajo potestad. *Heredes* meramente *necessarii* son los esclavos instituidos y libertados en el testamento —Derecho clásico— o solo instituidos —Derecho justiniano. Tanto unos como otros, y ya se trate de sucesión testamentaria o de sucesión intestada, adquieren la herencia *ipso iure*, sin su voluntad y aun contra ella. Cabe, sin embargo, que el testador haga depender la adquisición de la herencia de un acto de voluntad del *suus*, valiéndose a tal efecto de una institución condicional: «Mevio, si quiere, sea heredero».<sup>85</sup>

Los herederos «necesarios», adquiriendo la herencia aun contra su voluntad, esto es, sin posibilidad de repudiarla, han de afrontar las reclamaciones de los acreedores hereditarios. Si la herencia está cargada de deudas —*hereditas damnosa*—, la responsabilidad les alcanza en la propia persona y en los propios bienes.

El Pretor, obrando a instancia de la equidad, pone remedio a los efectos perjudiciales de semejante sucesión. A los *sui et necessarii* les es conferido el *ius abstinendi* o derecho de abstenerse de todo acto que patentice su voluntad de conservar la herencia.<sup>86</sup>

Frente al *ius civile*, el *suus* que se abstiene de entrar en la herencia no deja de ser heredero, y se tienen por firmes los efectos de la adquisición. Así, p. ej., son válidas, *favore libertatis*, las manumisiones, y pesan sobre el *suus* las restituciones fideicomisarias. El Pretor, no obstante, considera que no tiene condición de heredero —*non habet heredis loco*—,<sup>87</sup> y concede el ejercicio, en uno u otro sentido, de cualquier acción. En el Derecho justiniano, y con tal que los acreedores no hayan vendido los bienes, es dable al *suus* retirar la declaración de abstención en el plazo de tres años.<sup>88</sup>

El *ius abstinendi* no es otorgado al *heres necessarius*, es decir, al *servus*. Justamente, el que da la libertad e instituye heredero a un esclavo, lo hace con el fin de que, si los acreedores no pueden cobrar, sea vendido el patrimonio en nombre de este heredero y no en el suyo. La infamia resultante de la *bonorum venditio* no afecta al testador, sino al instituido,<sup>89</sup> pero a cambio de tal perjuicio concede el Pretor al último un *beneficium separationis*, por virtud del cual puede reservarse para sí todo lo adquirido tras la muerte del patrono, importando poco que la adquisición sea anterior o posterior a la venta de los bienes.<sup>90</sup>

b) *Heredes extranei* o *voluntarii*. Se llaman herederos extraños a aquellos que no están sometidos a la potestad del testador y entran en la herencia, no ya de modo inmediato —automáticamente—, sino por un acto de aceptación —*aditio hereditatis*. A diferencia, pues, de los anteriores, tienen la libre facultad de adquirir la herencia o de renunciar a ella.

El acto de aceptación puede referirse a la herencia civil —*hereditas*— o a la herencia pretoria —*bonorum possessio*. Con relación a la primera, el

acto de aceptación se sustancia en una declaración solemne —*cretio*—, hecha en presencia de testigos, o bien en cualquier comportamiento que denote la voluntad del heredero de considerarse como tal —*pro herede gestio*.

Tratándose de sucesión testamentaria,<sup>91</sup> la declaración solemne y oral en que consiste la *cretio*,<sup>92</sup> se concibe de este modo: «puesto que Publio Mevio me instituyó heredero en su testamento, yo decido aceptar esa herencia».<sup>93</sup> Impuesta por el testador, el heredero «voluntario» es libre de aceptar o de repudiar la herencia, mas si se decide por lo primero, ha de hacerlo, precisamente, con observancia de esta solemnidad que es la *cretio*, y dentro de un plazo prefijado —cien días por lo regular.<sup>94</sup> Transcurrido tal plazo sin haber declarado la voluntad de aceptar, el llamado pierde su derecho a la herencia.

La *cretio* puede ser *continua* o *vulgaris*: en la primera el plazo se comienza a contar sin interrupción desde la muerte del testador; en la segunda se cuentan los días tan solo a partir de aquel en que el heredero tuvo noticia de la institución y pudo aceptar en la debida forma.<sup>95</sup> Puede ser, además, *perfecta* o *imperfecta*: es *perfecta* cuando la falta de cumplimiento de la *cretio* viene sancionada con la pérdida de la herencia —*quodni ita creveris exheres esto*—; es *imperfecta* cuando se omite tal cláusula. En este último caso, y siempre que el instituido haya hecho gestión de heredero —*pro herede gestio*—, el sustituto se reparte la herencia con él.<sup>96</sup> A partir de Marco Aurelio la cuestión se resuelve, sin embargo, en el sentido de que el instituido se haga heredero por la totalidad actuando como tal.<sup>97</sup>

Si no se exige la *cretio*, cabe aceptar la herencia por *cretio* o por un acto que implique el comportarse como heredero, incluso por una simple manifestación de voluntad, sin entrar en la posesión material de aquélla —*pro herede gestio*.<sup>98</sup> Una gestión de heredero puede ser el uso o la enajenación de bienes de la herencia, el pago de deudas, la exigencia de créditos, etc. El acto, en todo caso, es de aquellos *quae animi destinatione agenda sunt*;<sup>99</sup> pero puede tratarse también de la pura y simple declaración de querer ser heredero.

La esfera de aplicación de la *cretio* viene limitada en el transcurso de los tiempos,<sup>100</sup> hasta ser abolida definitivamente por Justiniano.<sup>101</sup> En los textos de la Compilación la *aditio* se coloca en lugar de la *cretio*, como declaración expresa, pero ya no solemne, contraponiéndose a la *pro herede gestio*, simple manifestación tácita de voluntad.

La adquisición de la *bonorum possessio* —*bonorum possessio agnitio*— tiene lugar a instancia del propio interesado. El llamado a suceder debe solicitar la *bonorum possessio* al magistrado —al Pretor en la Italia romana, al gobernador en las provincias<sup>102</sup>—, quien la concede —*bonorum possessio datio*— o la deniega. La concesión se hace *de plano*, siempre que el peticionario se encuentre en las condiciones que exige el Edicto.<sup>103</sup>

## § 150. Requisitos y tiempos de la aceptación

La eficacia de la aceptación depende de que se den ciertos requisitos. Tales son los siguientes:

Delación de la herencia. Solo puede aceptarse una herencia cuando ha sido deferida.<sup>104</sup> Además, el que quiere aceptar debe estar cierto de que murió el testador, y saber por qué causa le pertenece la herencia.<sup>105</sup>

Capacidad del aceptante. Dado que el acto de aceptación importa una manifestación de voluntad, no pueden llevarlo a cabo los *furiosi*<sup>106</sup> y los *infantes*,<sup>107</sup> si bien una disposición de Teodosio II y Valentiniano III<sup>108</sup> admite que el padre y el tutor puedan aceptar en nombre de los últimos. Las personas *infantia maiores* han de aceptar con la *auctoritas tutoris*.<sup>109</sup> El menor, según el Derecho justinianeo, necesita el consentimiento del *curator*.<sup>110</sup>

Aceptación plena. No se admite la aceptación parcial: «El que puede adquirir la entera herencia, no puede, dividiéndola, adquirirla en parte».<sup>111</sup>

Aceptación pura. El llamado a heredar no puede sujetar la aceptación a un término o a una condición,<sup>112</sup> porque ello es contrario a la propia esencia de la sucesión hereditaria, que importa adquisición inmediata y definitiva.

Aceptación personal. La adición de la herencia ha de hacerse personalmente, esto es, por el propio llamado a heredar, y no por un representante suyo.<sup>113</sup> En el Derecho posclásico y justinianeo se dan, sin embargo, algunas excepciones, tales como las establecidas por Teodosio II, a que antes nos hemos referido, y por virtud de las cuales el padre y el tutor pueden verificar la adición en nombre del menor. Admitidas a heredar determinadas personas jurídicas, la aceptación puede ser realizada por sus representantes.

El *ius civile* no señala ningún término dentro del cual deba aceptarse la *hereditas*. Un término puede ser establecido por el testador, con la imposición de la *cretio perfecta*; pero si tal no ocurre, el heredero es libre de aceptar en cualquier momento.

El Pretor pone remedio a la situación de incertidumbre que nace del retraso en la aceptación: los acreedores de la herencia pueden citar ante el magistrado al llamado a heredar, para obtener una declaración sobre si es su voluntad el ser heredero, valiendo la respuesta afirmativa como declaración de adquisición; pero el llamado puede pedir —y le puede ser concedido un plazo para contestar,<sup>114</sup> que se fija normalmente en cien días, y a cuyo transcurso, si no media respuesta, se declara la herencia sujeta a concurso.<sup>115</sup> En el Derecho justinianeo el término máximo es de nueve meses o un año, según lo conceda, respectivamente, el juez o el emperador, pero la falta de respuesta dentro del mismo no se interpreta ya como renuncia, sino como aceptación.<sup>116</sup>

En cuanto a la *bonorum possessio*, debe instarse dentro de un año útil entre ascendientes y descendientes, y de cien días en los demás casos.

A veces, la adquisición de la herencia solo tiene lugar tras haber tenido lugar un determinado hecho.<sup>117</sup> Tal ocurre en virtud de lo dispuesto en la *lex Iulia*



*et Papia Poppaea*, al establecer que la adición de la herencia solo puede verificarse después de la apertura del testamento. Si el heredero *ex parte* muere antes de la apertura del testamento, su cuota es adquirida por el Estado.<sup>118</sup> No ocurre esto al ser admitida por Teodosio II y Valentiniano III la sucesión en la delación: si el instituido *ex parte* fallece después que el testador y antes de la apertura del testamento, el llamamiento a heredar se transmite a su próximo descendiente — *transmissio Theodosiana*<sup>119</sup>—. Esta «transmisión» es mantenida por Justiniano para el caso de que el llamado muriese antes de la apertura del testamento sin haber aceptado la herencia. Por lo demás, las leyes caducarias son abolidas, y el momento de la delación se refiere al de la muerte del testador.

### § 151. Renuncia a la herencia<sup>120</sup>

La renuncia a la herencia deferida recibe el nombre de *repudiatio*. La renuncia solo es posible al heredero «extraño» o «voluntario», ya que solo a él le es ofrecida, por la delación, la posibilidad de adquirir. No está sujeta a la observancia de una determinada forma,<sup>121</sup> y se rige, en orden a su validez, por los mismos principios de la aceptación. Al igual que ésta es irrevocable, pero los menores pueden pedir la *restitutio in integrum*.<sup>122</sup> Si *media dolo*, el renunciante dispone de la *actio doli*,<sup>123</sup> y en caso de violencia, de *actiones utiles* o de la *actio metus*, según prefiera.<sup>124</sup>

### § 152. Remedios contra los efectos de la adquisición: «separatio bonorum» y «beneficium inventarii»

Adquirida la herencia, sea *ipso iure* —caso de los herederos «necesarios»—, sea mediante adición— caso de los herederos «extraños» o «voluntarios»—, el heredero se coloca en la misma posición jurídico-patrimonial del difunto. Operada la *successio*, se confunden dos esferas jurídicas antes diferenciadas e independientes, para quedar un patrimonio único, sobre el cual gravitan los derechos y las obligaciones, el activo y el pasivo de ambas.

El heredero responde de las deudas del difunto no menos que de las propias, y éstas —las por él contraídas— se extienden a la herencia. De aquí se derivan dos consecuencias que pueden ser perjudiciales para los acreedores del difunto y para el mismo heredero: a) los acreedores del difunto forman una sola masa con los acreedores del heredero, y corren el riesgo, si la herencia está cargada de deudas, de perder la garantía antes ofrecida por los bienes del muerto, recibiendo un pago incompleto o una parte menor que la que les correspondía de no haberse operado la confusión patrimonial; b) el heredero responde *ultra vires hereditatis*, esto es, incluso si el pasivo hereditario supera el activo, y se ve amenazado su patrimonio personal en el caso de que la herencia esté gravada con deudas.

Diferentes son los remedios para evitar la responsabilidad ilimitada del heredero:

1.º *Separatio bonorum*.<sup>125</sup> — Remedio a favor de los acreedores del difunto, por virtud de ella, los acreedores —y los legatarios<sup>126</sup>— se satisfacen con los bienes del deudor cual si éste no hubiese muerto, quedando el eventual residuo para los acreedores del heredero. Quienes piden la separación, es decir, quienes han preferido dirigirse contra los bienes del difunto —*defunctum sequi*—, pierden todo derecho sobre el patrimonio del heredero. Sin embargo, el Derecho justiniano admite que cuando no hayan logrado satisfacerse plenamente con el patrimonio del difunto, puedan dirigirse contra el patrimonio del heredero, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios de éste.<sup>127</sup>

Si existiendo varios acreedores del difunto, unos piden la separación y otros no, los que no la piden han de ser contados junto con los acreedores del heredero.<sup>128</sup>

La *separatio bonorum* no puede ser solicitada por los acreedores del heredero.<sup>129</sup> La separación debe pedirse al Pretor o al gobernador provincial,<sup>130</sup> sin límite de tiempo, en la época clásica, y dentro de un quinquenio, contadero desde la adición, en el Derecho justiniano.<sup>131</sup>

No procede la *separatio bonorum* cuando los acreedores se atienen al crédito del heredero, esto es, cuando le reconocen como deudor. Tal ocurre si celebran con él una novación, o reciben del mismo una fianza, o le cobran intereses.<sup>132</sup> Tampoco procede cuando las cosas de la herencia estén de tal modo conjuntas y mezcladas con las del heredero, que se hace imposible distinguirlas.<sup>133</sup>

2.º *Satisfatio suspecti heredis*. — Remedio previsto en el Edicto para el caso de que los acreedores del difunto juzguen sospechoso al heredero, pudiendo exigirle que preste garantía en orden al pago de las deudas. A diferencia de lo que ocurre con el tutor, que se hace sospechoso —*tutor suspectus*— por el manejo fraudulento o malicioso de los bienes del pupilo, la «sospecha» recae sobre el heredero en razón de las *solae facultates*, es decir, de la situación de su patrimonio en comparación con la del difunto. Si habiéndosele ordenado que preste garantía, no obedece el decreto del Pretor, mandará éste que se posean —*missio in possessionem*— y se vendan los bienes —*venditio bonorum*— de la herencia. Mas si no fuera dable achacarle otra cosa que su pobreza, el Pretor habrá de contentarse con ordenarle que no enajene nada. Cuando los acreedores ni siquiera pueden probar que el heredero se halla en la pobreza, pueden ser demandados por la *actio iniuriarum*.<sup>134</sup>

3.º *Descuento de créditos*. — El heredero, según hemos dicho antes, responde ilimitadamente por las deudas del difunto. En la época clásica cabe evitar tal responsabilidad mediante oportunos acuerdos entre los acreedores y el heredero. En efecto, antes de la aceptación el heredero puede hacerse prometer de los acreedores —y basta el consentimiento de la mayoría— un

descuento de sus créditos.<sup>135</sup> Posible es también que el llamado a heredar se haga conferir, de parte de los acreedores, mandato de aceptar la herencia, conviniéndose a la vez una rebaja. El heredero puede oponer la *exceptio doli* a la acción del acreedor por la que se le reclama la totalidad de la deuda hereditaria, como puede dirigirse contra él, en razón del propio mandato, si en tal medida —dañosa— hizo ya pago efectivo.<sup>136</sup>

Aparte de estos acuerdos, y de los casos excepcionales en que se confiere la *restitutio in integrum*, el heredero, ante una herencia cargada de deudas, solo puede librarse de las reclamaciones de los acreedores del difunto renunciando a ella —*repudiatio*—, o haciendo uso, si es *suus*, del *ius abstinendi*.<sup>137</sup>

4.º *Beneficium inventarii*. — Regulado por Justiniano,<sup>138</sup> se trata de un remedio legal para evitar la responsabilidad *ultra vires* en virtud del cual el heredero que acepta la herencia sin acogerse a un plazo para deliberar —*spatium deliberandi*—,<sup>139</sup> puede limitar su responsabilidad al contenido de aquélla,<sup>140</sup> haciendo un inventario de los bienes que la integran. El inventario ha de comenzarse dentro de los treinta días de tener conocimiento de la delación, y ser terminado antes de transcurrir otros sesenta —o un año, si la herencia o la mayor parte de ella se encuentra en lugar lejano de aquel en que reside el heredero. Debe hacerse con la asistencia de un *tabularius* —notario—, de los acreedores y de los legatarios o fideicomisarios.<sup>141</sup> Es necesario que el heredero lo suscriba con su firma, expresando el importe de la herencia y declarando que todo lo indicado responde a la verdad.<sup>142</sup> Los herederos pueden hacer el inventario por sí mismos o por medio de procuradores que hayan de enviarse con instrucciones a los lugares en que se hallen situados los bienes.<sup>143</sup>

Además de la limitación de responsabilidad al contenido de la herencia, el *beneficium inventarii* produce el efecto de evitar la confusión de los dos patrimonios. En consecuencia, el heredero puede ostentar frente a la herencia, como si fuera un extraño, sus eventuales créditos, así como las pretensiones derivadas de gastos.<sup>144</sup>

El heredero que hace inventario paga a los acreedores y legatarios a medida que se presentan. No ha de observar, por tanto, procedimiento alguno de concurso, salvo que los acreedores hipotecarios pueden dirigirse contra los otros, y éstos contra los legatarios. Todavía es dable al heredero vender las cosas hereditarias no pignoradas, para pagar las deudas y legados.

## § 153. Comunión hereditaria

### I. Principios generales

Cuando varias personas son llamadas a heredar conjuntamente, surge entre ellas un estado de comunidad, donde la participación de cada una viene

determinada por la respectiva cuota hereditaria. La comunidad de herederos por partes alicuotas se rige, en general, por las normas del condominio.

Tal comunidad no se extiende a los créditos y deudas, que se dividen *ipso iure*, según precepto de las XII Tablas, entre los varios herederos.<sup>145</sup> La comunidad se establece con referencia a la propiedad y demás derechos reales, y puede cesar en todo momento, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, que compete a todo heredero.<sup>146</sup> Esta acción, introducida por la ley decenviral, según refiere la tradición, no tiene por finalidad única la división de las cosas hereditarias, sino que sirve también para regular toda clase de relaciones de crédito surgidas durante el estado de comunidad.<sup>147</sup>

En virtud de recíprocas *stipulationes* que el juez impone a los coherederos, cada uno de ellos tiene derecho a exigir de los demás que respondan de la evicción de las cosas que les han sido asignadas.

## II. Deber de colación<sup>148</sup>

La colación tiene su origen en el llamamiento pretorio del hijo emancipado a la *bonorum possessio ab intestato y contra tabulas*. Llamados los *emancipati* en concurrencia con los *sui*, se da la injusticia de que estos últimos se exponen a perder una parte del fruto de sus actividades y fatigas. En efecto, mientras los *emancipati*, convertidos en *paterfamilias* por el acto de la emancipación, pueden constituirse un patrimonio propio, lo adquirido por los *sui* revierte al caudal paterno, y de esta suerte engrosará luego la herencia futura.

Dicha injusticia es corregida por el Pretor, imponiendo a los emancipados<sup>149</sup> la *collatiobonorum*, es decir, la obligación de dividir con los *sui* todo lo adquirido desde el día de la emancipación hasta el de la muerte del *pater*, y que, de no haber sido liberados de la *patria potestas*, hubiera correspondido a éste. Con la *collatio emancipati* se salva el desigual tratamiento dado a los hijos en lo que toca a la capacidad adquisitiva —negada a los *sui*, y otorgada a los emancipados.

La *collatio* del Derecho pretorio alcanza a toda clase de adquisiciones, es decir, tanto a las procedentes del *pater* cuanto a las que provienen de terceros. Se excluyen, sin embargo, las que no hubieran engrosado el patrimonio paterno, y así, p. ej., el peculio castrense.<sup>150</sup>

A tenor del Edicto, la colación se verifica mediante promesa estipulatoria —*cautio*<sup>151</sup>— que hace el emancipado a los *sui* de aportar sus bienes —*re conferre*. La colación se sustancia, jurídicamente, en esta promesa previa. No obstante, se llega a admitir por la jurisprudencia, como no podía ser por menos, que la entrega efectiva de los bienes produce el mismo efecto que la promesa antecedente.<sup>152</sup> Así pues, la colación se hace *cautione*,<sup>153</sup> pero puede hacerse también *re*, y en una u otra forma es presupuesto necesario de la con-

cesión de la *bonorum possessio* por parte del Pretor.<sup>154</sup>

Al Pretor se debe también la introducción de la *collatio dotis*. La *filia in potestate morientis*, que pide la *bonorum possessio unde liberi* o *contra tabulas*, ha de traer a colación la dote, siempre que tenga derecho a exigir, cuando se disuelva el matrimonio, su restitución.<sup>155</sup> Constituyendo la dote un bien propio que no entra en el as hereditario, la *filia in potestate* —casada, pero sujeta a la potestad del padre y no a la del marido—, tiene la consideración de emancipada.<sup>156</sup> De aquí que no se mire si es profecticia o adventicia.

A partir de Antonino Pío la *collatio dotis* debe ser efectuada por la mujer, aunque no pida la *bonorum possessio*, si sucede como heredero civil.<sup>157</sup> Una novedad de mayor trascendencia es la introducida por Gordiano, al disponer la obligación de colacionar la dote *profecticia*, y tanto a favor de los *sui* como de los emancipados.<sup>158</sup> Se inicia así una nueva tendencia que acabará por modificar radicalmente la institución de la *collatio*.

La disposición de Gordiano se transforma en regla general cuando se afirma con el desarrollo de los peculios, la capacidad adquisitiva de los *filiifamilias*. El paso decisivo viene dado por una constitución de León, del año 472,<sup>159</sup> en virtud de la cual los descendientes que suceden al ascendiente, *ab intestato* o contra el testamento, deben colacionar a favor de los coherederos, emancipados o no, la dote y la *donatio ante nuptias* recibidas del causante.

Justiniano<sup>160</sup> cierra las líneas de esta evolución, por la que se implanta la *collatio descendantium*, es decir, una colación enderezada a nivelar las desigualdades existentes entre los distintos descendientes, tomando como base para ello la voluntad presumible del ascendiente a quien se hereda. Todo descendiente, heredero testamentario o *ab intestato*, y sin distinción ya entre *suus* y emancipado, tiene la obligación de colacionar<sup>161</sup> la *dos profecticia*, la donación *propter nuptias* y las sumas recibidas del ascendiente para obtener algún cargo público —*ab emendam militiam*. Las donaciones comunes —*donationes simplices*— no vienen sujetas a colación, a no ser que haya ordenado ésta el causante o que el donatario concorra con otro descendiente obligado a verificar la de la dote o la *donatio propter nuptias*.

Las liberalidades sujetas a colación se conciben, en cierto modo, como anticipos hereditarios.

## § 154. Acciones a favor del heredero

### 1. *Hereditatis petitio*<sup>16</sup>

El heredero puede ejercitar las «acciones singulares» correspondientes a las relaciones jurídicas que, siendo susceptibles de transmisión, componen la herencia. El ejercicio de una acción real o personal que competía al difunto es suficiente cuando alguien niega el derecho de éste en orden a una relación concreta, pero cabe que el demandado no impugne la existencia del

derecho del causante, sino la cualidad de heredero. Pues bien, una acción general, fundada en la cualidad de heredero, o si se quiere, en el propio título hereditario, es la *hereditatis petitio*. Si «universal» es la herencia, en cuanto implica sucesión en un conjunto unitario, universal es esta acción, enderezada al reconocimiento del «derecho hereditario».

La estructura y el régimen procesal de la *hereditatis petitio* son semejantes a los de la *rei vindicatio*. En la época de las *legis actiones* se entabla para afirmar el derecho hereditario —*vindicatio*— frente a quien lo niega —*contravindicatio*. Su ejercicio desemboca, por tanto, en un juicio entre pretendientes a la herencia.

Introducido el procedimiento formulario, se entabla no solo contra quien posee como heredero —*pro herede*<sup>163</sup>— sino también contra el que posee sin invocar título posesorio de ninguna clase —*pro possessore*.<sup>164</sup>

Al igual que en la *rei vindicatio*, rige el principio de la libertad de defensa: el demandado no puede ser constreñido, en la época clásica, a estar en juicio. Mas si el poseedor se niega a intervenir en la causa, cabe intentar contra él el *interdictum quam hereditatem*, por el que se manda la restitución de las cosas hereditarias,<sup>165</sup> y sin que luego sea dable oponer que el adversario no era heredero.

Casos de aplicación de la *hereditatis petitio* son los siguientes<sup>166</sup>: a) reclamación de los *corpora hereditaria*; b) petición de aquellas cosas que comprometan la responsabilidad del *heres* frente a un tercero —y así ocurre, p. ej., con las dadas en prenda al difunto;<sup>167</sup> c) reclamación contra el deudor hereditario que se niega a pagar, arrogándose cualidad de heredero;<sup>168</sup> d) contra el *pro herede possidens* que tiene el precio de las cosas hereditarias vendidas,<sup>169</sup> o que, sin tenerlo, dispone de una *actio* para su consecución;<sup>170</sup> e) contra el que, poseyendo *pro herede*, ha sido despojado por la violencia, ya que, pudiendo recuperar la posesión con el *interdictum de vi*, es considerado lo mismo que si poseyese.<sup>171</sup>

Una nueva regulación de la *hereditatis petitio*, que desvía aún más su carácter de *actio in rem*, viene dada por el *senatusconsultum Iuventianum*,<sup>172</sup> del 129 de C., al resolver sobre una *vindicatio caducorum* en beneficio del *aerarium*.<sup>173</sup> Según creemos —y la cuestión no deja de ser controvertida—, dentro ya de la misma época clásica los preceptos de este senadoconsulto son aplicados o adaptados a las causas hereditarias privadas —ventiladas entre particulares—, sentándose nuevas bases en orden a la responsabilidad del demandado con la *hereditatis petitio*.

Tal senadoconsulto determina la situación jurídica del poseedor, distinguiendo el de buena y el de mala fe, o con más precisión, el que se estima a sí mismo heredero y el que se entromete en los bienes a sabiendas de que no le pertenece la herencia.

El poseedor de buena fe debe restituir la herencia o sus partes tal como se encuentran en el momento de la *litis contestatio*, así como los frutos con los que se ha enriquecido;<sup>174</sup> el de mala fe, responde también de aquellas de

las que se ha desprendido, y de todos los frutos,<sup>175</sup> incluso los no producidos o no recogidos a causa de su negligencia.<sup>176</sup>

En caso de perecimiento de las cosas hereditarias antes de la *litis contestatio*, ninguna responsabilidad alcanza al poseedor de buena fe, aunque tal se deba a su culpa;<sup>177</sup> el poseedor de mala fe responde con todo rigor. Después de la *litis contestatio*, uno y otro vienen equiparados, salvo que el de buena fe responde solo de la culpa, y no del caso fortuito.<sup>178</sup>

En caso de enajenación de cosas hereditarias, el poseedor de buena fe responde en la sola medida del enriquecimiento, de manera que ha de restituir el *pretium* o ceder la acción que por razón del mismo le compete contra el adquirente;<sup>179</sup> el de mala fe responde del precio obtenido o del valor real de la cosa —*aestimatio*—, a elección del actor. Hecha la enajenación por el poseedor de buena fe, el heredero verdadero no puede, según el Derecho justiniano, intentar la *rei vindicatio* contra el adquirente, si éste dispone de una acción de regreso contra el enajenante para el caso de evicción.<sup>180</sup> Por lo que se refiere a los gastos, se aplican las normas de la *rei vindicatio*.<sup>181</sup>

Celebrada la *litis contestatio* —o iniciada la causa, en el Derecho justiniano—, el poseedor de buena fe viene equiparado —salvo lo que dijimos a propósito de la responsabilidad por los casos fortuitos— al de mala fe, ya que a partir de tal instante no puede abrigar la seguridad de que los bienes que detenta le pertenecen como heredero.<sup>182</sup>

Ya en el senadoconsulto Juventiano se admite la legitimación pasiva del que deja maliciosamente de poseer antes de la *litis contestatio*.<sup>183</sup> Legitimado está también según principio afirmado por los compiladores justinianos, *qui liti se obtulit*.<sup>184</sup>

La *hereditatis petitio* es otorgada no solo al heredero *ex asse*, sino también al heredero *pro parte*.<sup>185</sup> El heredero parciario, al proponer la acción, ha de indicar exactamente la parte en orden a la cual afirma su derecho hereditario, a no ser que, sin culpa suya, le falte la debida certeza.<sup>186</sup>

La *hereditatis petitio* compete al heredero civil, tanto testamentario como *ab intestato*. Con el carácter de *utilis* es conferida al fideicomisario universal —*hereditatis petitio fideicommissaria*<sup>187</sup>—, al Fisco, por razón de los *caduca*<sup>188</sup> o a quien adquiere del Fisco tales bienes.<sup>189</sup> Justiniano la extiende también al *bonorum possessor* —*hereditatis petitio possessoria*<sup>190</sup>.

La *hereditatis petitio* es configurada por los justinianos como *actio mixta tam in rem quam in personam*,<sup>191</sup> y se incluye entre los juicios de buena fe.<sup>192</sup>

## II. *Interdictum quorum bonorum*<sup>193</sup>

El *bonorum possessor* se halla asistido por un interdicto *adipiscendae possessionis* llamado *interdictum quorum bonorum*. Es ejercitable contra todo poseedor: contra quien posee *pro herede* o *pro possessore*; contra quien

poseería las cosas hereditarias, si no las hubiera usucapido *pro herede*<sup>194</sup>—, y contra el que deja maliciosamente de poseer.<sup>195</sup> Frente a quien posee a título de legado, sin permiso del propio *bonorum possessor*, puede ejercitar éste el *interdictum quod legatorum*, que el Derecho justiniano confiere a todo heredero.

Con el carácter de *utiles* puede ejercitar el *bonorum possessor* las singulares acciones que competían al difunto, fingiéndose en la correspondiente fórmula que es heredero —*formula ficticia*.<sup>196</sup>

En el Derecho justiniano el *bonorum possessor* dispone, según dijimos antes, de una acción general: la *hereditatis petitio possessoria*.





## CAPÍTULO II

# SUCESIÓN TESTAMENTARIA<sup>1</sup>

### § 155. Concepto del testamento

En las fuentes se encuentran dos definiciones del testamento. Según Ulpiano, «testamento es el justo testimonio de nuestra voluntad, realizado solemnemente en él, para que valga después de nuestra muerte»;<sup>2</sup> su discípulo Modestino se expresa de este modo: «testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte».<sup>3</sup> Precisando tales definiciones, puede decirse: el testamento es un acto solemne y de última voluntad, por el que se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial o personal —donaciones o dádivas en favor de diversas personas (legados), nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, etc. La eficacia de tales disposiciones depende —en el Derecho clásico, cuando menos— de que exista y sea válida la designación o institución de heredero —*heredis institutio*. La invalidez de cualquier disposición o de todas las disposiciones no acarrea, en cambio, la nulidad de la institución de heredero.

El testamento es un acto al que acompañan ciertas representaciones fundamentales, indicadoras todas de una unión familiar muy pronunciada. Su finalidad primaria y esencial no es otra que la de asegurar, mediante la designación de un nuevo jefe familiar, la agrupación de lo personal y lo patrimonial en el seno de una unidad permanente.

Si se prescinde del instituto de la «legítima», afirmado en época adelantada, bien cabe decir que la sucesión testamentaria prevalece sobre la intestada —disciplinada por la ley— a lo largo de toda la historia del Derecho romano. El *favor testamenti*<sup>4</sup> logra la mejor acogida en el Derecho y en la doctrina, y sea por guardar consideración a la voluntad del testador, sea por razones que encuentran su asiento en la peculiar naturaleza del viejo organismo familiar.

El carácter prevalente de la sucesión testamentaria viene también afirmado por las ideas romanas acerca del deber de todo *paterfamilias* de otorgar testa-

mento. El testamento es una institución plenamente arraigada en la conciencia del hombre romano: la anécdota del viejo Catón, según la cual se reprochaba el haber vivido sin testamento durante una entera jornada, podrá ser verdadera o inventada, pero es harto demostrativa de lo normal y frecuente que era este acto en el siglo II a. de C.<sup>5</sup>

El testamento es un acto de Derecho civil, y, por consiguiente, privativo de los ciudadanos romanos.<sup>6</sup> Tal regla es atenuada, sin embargo, merced al fideicomiso, abierto a todas las gentes,<sup>7</sup> y llega a desaparecer con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio —*constitutio Antoniniana*, del 212 de C.

El testamento descansa absolutamente en la voluntad del testador, y en razón de ello lo calificamos como *acto unilateral*. No se exige aquí, en modo alguno, ese concurso de voluntades que se da forzosamente en materia de *pacta*.

La voluntad del testador no puede manifestarse en cualquier forma, sino únicamente en aquella que preceptúa la norma jurídica. La forma puede estar sujeta a mayor o menor solemnidad, según las varias épocas, pero nunca se admite esa libre manifestación de voluntad —oral, mediante gestos, tácitamente, etc.— que se reconoce para otros institutos.<sup>8</sup> De otra parte, la voluntad solo puede ser manifestada por el propio testador, y no ya a través de un representante, legal o convencional.<sup>9</sup>

El testamento es un acto de *última voluntad*, puesto que el testador puede revocarlo mientras viva. El testador tiene plena libertad para modificar o destruir el precedente testamento, sustituyéndolo por otro nuevo: «la voluntad del testador es variable hasta el último momento de su vida».<sup>10</sup> El último testamento —aquél después del cual no hay otro— es el que tiene validez.

## § 156. Formas de testamento<sup>11</sup>

### I. Formas antiguas de testar

En un principio, nos dice Gayo,<sup>12</sup> hubo dos clases de testamento: el *testamentum calatis comitiis* —«ante los comicios convocados»— y el *testamentum in procinctu* —«ante el ejército preparado y armado»—. Se añadió después una tercera clase, el *testamentum per aes et libram* —que se hace por el cobre y la balanza.

1. *Testamentum calatis comitiis*. — Se otorga ante los comicios curiados —*comitia curiata*— convocados dos veces al año —el 24 de marzo y el 24 de mayo— con este fin, y presididos por el *pontifex maximus*. De esta forma de testar nada sabemos con exactitud, aparte de su significado público-religioso.

No se sabe, en efecto, si el *populus* actúa como simple testigo<sup>13</sup> o si interviene al objeto de aprobar o desaprobar la última voluntad del testador.<sup>14</sup> Según creemos, se recurre a la asamblea con el solo fin de notificar un acto que si afecta gravemente al orden familiar, repercute también en el ámbito de la comunidad, ya que el nuevo jefe familiar, designado en el testamento, entra como tal en el seno de la misma.<sup>15</sup>

2. *Testamentum in procinctu*. — Si el testamento comicial se otorga en tiempo de paz, el testamento *in procinctu*, cuando se va a la batalla, ante el ejército en pie de guerra: en palabras de Gayo «cuando se tomaban las armas para la guerra, pues se llama *procinctus* al ejército preparado y armado»<sup>16</sup>
3. *Testamentum per aes et libram*<sup>17</sup>. — El que no había otorgado testamento, si se encontraba en peligro de muerte, mediante *mancipatio* transmitía su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones que le señalaba. El amigo, que recibía el patrimonio por el acto mancipatorio, se convertía formalmente en *dominus*, aun cuando la fe depositada en él le obligara a cumplir la voluntad del mancipante. No era *heres*, pero se le consideraba como heredero.<sup>18</sup>

La *mancipatio familiae* no es un testamento, sino un acto por el que se logran las finalidades prácticas del testamento. Su transformación en testamento se debe a la *interpretatio* jurisprudencial, apoyada en un precepto de las XII Tablas que otorga plena eficacia a toda declaración formulada en el acto mismo de la *mancipatio*.<sup>19</sup> Del lado formal, el acto no deja de ser una *mancipatio*, pero lo esencial del mismo no es ésta, sino la declaración emitida — *nuncupatio* o *lex mancipii*.

Originariamente, el que recibía los bienes por mancipación, no siendo heredero, hacía las veces de tal; ahora, la persona indicada en la *nuncupatio* tiene la condición jurídica de heredero. Se avanzó hacia esta caracterización cuando fue dado redactar el testamento por escrito y presentar las correspondientes *tabulae* a los testigos, declarando que en ellas se contiene la propia voluntad testamentaria.<sup>20</sup>

Las formalidades del acto, tal como las describe Gayo,<sup>21</sup> son las siguientes: en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberos y del fiel contraste —*libripens*— el testador mancipa su patrimonio a otra persona —*familiae emptor*— la cual pronuncia estas palabras: «Afirmo que, conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia, y, para que conforme a derecho puedas hacer testamento según la ley pública, las compro con este bronce y [según añaden algunos] esta balanza de cobre». Seguidamente golpea la balanza con un trozo de cobre, y lo entrega al testador, y éste pronuncia entonces la *nuncupatio*, teniendo en la mano las tablas del testamento: «Así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego y testo, y así, vosotros, ciudadanos, sedme testigos de ello».

El testamento oral continúa subsistiendo: conserva su utilidad cuando no cabe disponer *mortis causa* de otro modo. El testamento escrito ofrece la ventaja de mantener secretas las propias disposiciones,<sup>22</sup> a la vez que no se corre el riesgo de que la memoria o la buena fe de los testigos puedan enflaquecer. El testamento escrito es envuelto y signado con los sellos de los cinco testigos.

El *testamentum per aes et libram* está sujeto a la observancia de determinadas formalidades, según acabamos de ver. Tales formalidades son extrañas a la propia naturaleza del testamento, pero éste no nace a vida si no se cumplen las mismas. El Pretor, sin embargo, acostumbra conceder la *bonorum possessio* a los herederos instituidos en las tablas del testamento, siempre que éste aparezca firmado por las siete personas que intervienen en la *mancipatio*, es decir, por los cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*.<sup>23</sup> De esta suerte, se cercena al *testamentum per aes et libram* el ceremonial mancipatorio, sobreponiendo la voluntad del testador contenida en el documento a los viejos elementos formales.

En este momento es suficiente declarar la última voluntad ante siete testigos rogados, pero si una persona llamada a la herencia por el Derecho civil puede probar que fue omitido el ceremonial mancipatorio, el instituido en un testamento hecho sin las formalidades legales viene obligado a restituirle los bienes hereditarios.

Al *scriptus heres* en un testamento pretorio —*testamentum iure praetorio factum*, como suele llamarse al testamento que no guarda el ritual de la *mancipatio*— no se le garantiza la posesión definitiva de las cosas hereditarias; su posesión es *sine re*. El testamento pretorio no prevalece sobre el testamento civil precedente, ni priva de su derecho al heredero civil *ab intestato*. Solo en los tiempos de Antonino Pío se establece que los que piden la *bonorum possessio* en virtud de un testamento pretorio, pueden oponerse al heredero civil *ab intestato* por medio de una *exceptio doli*.<sup>24</sup> El *bonorum possessor* es ahora, por tanto, *cum re*.

Testamento civil y testamento pretorio<sup>25</sup> se equiparan en punto a su eficacia, siendo norma general la de que el testamento posterior revoca al anterior.<sup>26</sup>

## II. Formas de testar en el Derecho nuevo

En la época posclásica<sup>27</sup> el testamento puede ser escrito —*per scripturam*— y oral —*per nuncupationem*.

Teodosio II y Valentiniano III disponen que el testamento escrito ha de otorgarse ante siete testigos. Extendido por el testador, de su propio puño, o por un escribano en su nombre —*testamentarius*<sup>28</sup>—, ha de presentarlo, abierto o cerrado, a los siete testigos, que deben ser ciudadanos romanos púberos y llamados expresamente. El testador declara ante ellos que el docu-

mento contiene su voluntad, firmándolo en su presencia. A continuación, lo firman y sellan los testigos, importando poco que ignoren lo dispuesto por el otorgante. En el caso de que el testador sea iletrado o no pueda firmar, se exige la intervención de un octavo *subscriptor*.<sup>29</sup> Por disposición de los mencionados emperadores se admite la posibilidad de testar en lengua griega.<sup>30</sup>

Justiniano acoge las normas señaladas, si bien limita la exigencia —propia de la época clásica, como consustancial al acto mancipatorio— de la *unitas actus*, esto es, del cumplimiento del acto sin ninguna interrupción.<sup>31</sup>

El testamento escrito es llamado por Justiniano *tripertitum*, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del Derecho civil antiguo; las *subscriptions* del testador y de los testigos, de las constituciones imperiales; los sellos y el número de testigos, del Edicto pretorio.<sup>32</sup>

Teodosio II y Valentiniano III sancionan la validez del testamento hológrafo —*holografa manu*— o escrito enteramente de puño del testador, y sin la necesidad de testigos.<sup>33</sup> Esta norma, que pasa a Occidente a través de la *lex Romana Burgundionum* (45, 1), no tiene acogida en la Compilación justiniana.

En orden al testamento oral —*testamentum per nuncupationem*—, se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y a un mismo tiempo para oír la voluntad del testador, como de quien hacía testamento *sine scriptura*.<sup>34</sup>

En la última época del Derecho romano aparecen formas públicas: el *testamentum apud acta conditum*, otorgado de palabra ante la autoridad judicial o municipal, y el *testamentum principi oblatum*, que se entrega al emperador o se deposita en el archivo público.<sup>35</sup>

### § 157. Testamentos especiales o extraordinarios<sup>36</sup>

En el Derecho posclásico se dictan normas particulares en orden a los testamentos, y tanto para atenuar, cuanto para agravar las formas ordinarias.

Hay casos en que la atenuación o simplificación de las formas comunes responde al dictado de circunstancias extraordinarias: en tiempo de epidemia, y para evitar el contagio, no se exige que los testigos concurren simultáneamente al acto de testar, ni que se ponga en relación directa con el testador —*testamentum pestis tempore conditum*<sup>37</sup>—; en el campo, basta la presencia de cinco testigos, y si algunos no saben o no pueden escribir, cabe que firmen otros por ellos —*testamentum ruri conditum*.<sup>38</sup>

Razones de favor o de privilegio determinan también la simplificación de las formas testamentarias, cuando no se llega a prescindir de ellas, como ocurre en el caso del testamento otorgado a favor de la Iglesia o de obras pías.<sup>39</sup> Una ley de Constantino,<sup>40</sup> acogida por Teodosio II<sup>41</sup> y Justiniano<sup>42</sup> —por este último con importantes modificaciones—, sanciona la validez del testamento

que, otorgándose a favor de los hijos —o, si éstos han muerto, de sus descendientes—, lleve escritos de puño del testador los nombres de los herederos, sus cuotas —en letra y no en cifras— y la fecha<sup>43</sup> —*testamentum parentum inter liberos*.<sup>44</sup> Con esta disposición *inter liberos*, que no es propiamente testamento, por ser escritura imperfecta, pero a la que la ley otorga el valor de la forma testamentaria,<sup>45</sup> no debe confundirse la llamada *divisio parentum inter liberos*<sup>46</sup> que se hace entre los herederos *ab intestato* en vista de un documento firmado por el padre o por la mayoría de los descendientes interesados. Se trata de una disposición en orden a la división hereditaria, y aun cabe que ésta pueda hacerse *inter vivos*.

En vista de las condiciones personales de quien testa, se exigen, a veces, mayores garantías que las disciplinadas para las formas ordinarias. Así, el ciego solo puede otorgar testamento, según disposición de Justino,<sup>47</sup> acogida por Justiniano,<sup>48</sup> dictando su voluntad a un notario de la ciudad —*tabularius*— o, faltando éste, a un octavo testigo. El notario —o el octavo testigo— redacta el testamento, y leído ante los testigos y el testador, lo confirma éste.

Para la validez del testamento otorgado por el analfabeto se exige la intervención de un octavo testigo, que firma por aquél.<sup>49</sup>

### § 158. «*Testamentum militis*»<sup>50</sup>

Bajo cualquier aspecto que se considere, el *testamentum militis* significa una derogación de los principios que informan el derecho hereditario romano, exigiendo, por ello, un tratamiento particularizado. La *simplicitas* y la *imperitia* generalizadas entre los soldados, así como la efectiva imposibilidad de dirigirse a personas entendidas, mueve a varios emperadores a dictar disposiciones que les dispensen de observar las normas comunes en la confección del testamento.

Las concesiones temporales de *indulgentia* hechas por César, Tito y Domiciano son reiteradas con carácter permanente por Nerva y Trajano. El *testamentum militis* tiene validez independientemente de su forma, siempre que sean manifiestas la voluntad y seriedad del testador: «sea válida su voluntad, de cualquier modo expresada en testamento. Hagan, pues, sus testamentos según quieran, y como pudieren, y baste la simple voluntad para hacer la división de sus bienes».<sup>51</sup>

El *testamentum militis* goza del privilegio, no solo en lo referente a la forma, sino también en lo que atañe a la parte sustantiva o de contenido. En orden al mismo se dan, entre otras, las siguientes particularidades: a) el *filiusfamilias* militar puede disponer del peculio castrense;<sup>52</sup> b) el que ha sido condenado *ex militari delicto*, adquiere la facultad de otorgar testamento, siempre que lo permita en la misma sentencia el que lo condenó;<sup>53</sup> c) no rigen las incapacidades disciplinadas por la *lex Iulia et Papia Poppaea*;<sup>54</sup> d) se admite la sucesión a favor de algunas personas a las que la ley común niega

la *testamenti factio passiva*;<sup>55</sup> e) es posible la coexistencia de varios testamentos;<sup>56</sup> f) cabe dividir el patrimonio en varias partes, cual si se tratase de *hereditates* distintas, con responsabilidad independiente por lo que toca a las deudas.<sup>57</sup>

Esta amplia *indulgentia* es otorgada a los soldados de mar y tierra, y por el tiempo que va desde el enrolamiento —*in numeros relatio*— hasta la salida de filas. Se admite, por lo demás, que el testamento hecho antes de entrar al servicio de las armas puede valer *iure militari* cuando no es válido *iure communi*, y que el otorgado en la *militia* no caduque sino un año después del licenciamiento, siempre que éste haya sido honroso. El propio trato privilegiado se dispensa a los civiles que siguen al ejército y mueren en territorio enemigo. Con Justiniano, el privilegio solo alcanza al tiempo de campaña, y no ya a aquel en que se hace vida de guarnición.<sup>58</sup>

### § 159. Capacidad de testar

*Testamenti factio*<sup>59</sup> es expresión genérica, con la que designan los romanos la capacidad del testador, sea respecto de sí mismo y en orden a otorgar testamento —*ius testamenti faciendi*—, sea con referencia al válido llamamiento de una persona concreta como heredero, legatario o tutor —*testamenti factio cum herede, cum legatario, cum tutore*— o como testigo —*testamenti factio cum teste*.

El lenguaje abusivo o corrompido de la época posclásica refiere la expresión, no ya solo al testador, como ocurría antes, sino también a las personas contempladas en el testamento. Basándose en esto, los juristas del Derecho común llaman *testamenti factio activa* a la capacidad de testar, y *testamenti factio passiva* a la capacidad de recibir por testamento.

Solo goza de *testamenti factio activa* quien tiene plenamente la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. En consonancia con lo primero, el testador ha de ser libre, ciudadano romano y *paterfamilias*. Se hace excepción con el esclavo del Estado —*servus publicus*—, que puede disponer por testamento de la mitad de su peculio,<sup>60</sup> y con el *filiusfamilias*, que puede hacerlo también respecto del *peculium castrense*<sup>61</sup> y *quasi castrense*.<sup>62</sup>

Por faltarles la necesaria capacidad de obrar, no pueden otorgar testamento el impúber *sui iuris*;<sup>63</sup> el loco,<sup>64</sup> salvo en los momentos de lucidez;<sup>65</sup> y el pródigo, en cuanto no tiene el *commercium*,<sup>66</sup> y, en el Derecho posclásico, el apóstata, el maniqueo, el herético.

Mediante *coemptio fiduciaria* la mujer<sup>67</sup> *sui iuris* puede liberarse de la tutela con miras a otorgar testamento —*coemptio testamenti faciendi causa*.<sup>68</sup> A partir de Adriano, y hasta que desaparece la tutela propia del sexo, le es concedida a la mujer la capacidad de testar *tutore auctore*.<sup>69</sup>

El mudo y el sordo son incapaces, al principio, de otorgar testamento: el

mudo, porque no podía pronunciar los *verba nuncupationis*; el sordo, por-



que no podía oírlos.<sup>70</sup> Introducidas las formas escritas, el sordo y el mudo han de pedir autorización del emperador para poder testar.<sup>71</sup> En el Derecho justiniano la incapacidad de testar se limita a los sordomudos de nacimiento.<sup>72</sup>

La *testamenti factio activa* debe existir desde el momento de otorgar testamento hasta aquel en que acaece la muerte. Si el testador tiene capacidad en el instante en que testa, pero sufre luego una *capitis deminutio*, el testamento se hace *inritum*, pero si se trata de un prisionero de guerra se aplican la *factio legis Corneliae* y el *ius postliminii*.<sup>73</sup> La adquisición de la *testamenti factio activa* en momento posterior a aquel en que se otorgó testamento, no lo convalida, pero el Pretor confiere la *bonorum possessio secundum tabulas* cuando el testador muere siendo ciudadano romano y *sui iuris*. Tal *bonorum possessio* es *cum re* en el caso de que no haya herederos por Derecho civil.<sup>74</sup>

### § 160. Capacidad de suceder por testamento

*Testamenti factio passiva* es la idoneidad para ser instituido heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor. Con referencia a la primera manifestación, no pueden ser herederos testamentarios de un *civis* los extranjeros,<sup>75</sup> salvo que el testador sea militar.<sup>76</sup> Se hace excepción también con los esclavos, que son extranjeros políticamente, pero forman parte de una familia romana. Los esclavos del testador pueden ser instituidos herederos, siempre que se les confiera al propio tiempo la libertad<sup>77</sup> —lo que ya no es preciso en el Derecho justiniano, donde la sola institución les hace libres<sup>78</sup>—; los ajenos, en cuanto que su *dominus* tenga la *testamenti factio passiva*.<sup>79</sup> Si el esclavo ajeno permanece en tal estado, debe aceptar la herencia por mandato de su dueño —del que lo sea en el instante de adquirirla—, y a éste van a parar los bienes hereditarios; si es manumitido, puede hacerlo él libremente.<sup>80</sup>

Los *Latini Iuniani* gozan de *testamenti factio*, pero lo dejado a ellos se considera *caducum*<sup>81</sup> y, por consiguiente, es adquirido por el Fisco. No obstante, cabe que el latino juniano adquiera los bienes hereditarios, si logra la condición de ciudadano romano dentro del plazo de la aceptación formal<sup>82</sup> o dentro de cien días después de acaecida la muerte del testador.<sup>83</sup>

Las personas *alieni iuris* pueden ser instituidas herederos, tanto por su *pater* como por un extraño, si bien, en el último caso, adquieren para aquel que ejerce sobre ellas la *patria potestas*.<sup>84</sup>

No pueden ser instituidas las «personas inciertas», es decir, aquellas de las que el testador no tiene una imagen o idea precisa.<sup>85</sup> Porque es incierto el designio del testador, no vale, por ejemplo, una institución concebida en estos términos: «sea heredero aquel que llegue el primero a mi funeral».<sup>86</sup>

*Incertae personae* son los *postumi*,<sup>87</sup> es decir, los nacidos después de la confección del testamento.<sup>88</sup> La testamentifacción pasiva de los *postumi* se

reconoce gradualmente, y con referencia tan solo, según el Derecho civil, a los *sui heredes* y sus descendientes.<sup>89</sup> Los *postumi alieni*, esto es, los que nacen fuera de la *familia* del testador,<sup>90</sup> pueden obtener, sin embargo, la *bonorum possessio secundum tabulas*.<sup>91</sup> En la última época del Derecho romano se admite la posibilidad de instituir a cualesquiera clases de póstumos.<sup>92</sup>

La testamentifacción pasiva de las personas jurídicas se reconoce en época adelantada. La institución de un municipio no tiene eficacia, en un principio, ya que es un *corpus incertum*.<sup>93</sup> Un senadoconsulto de la época imperial admite su institución por los propios libertos;<sup>94</sup> el senadoconsulto Aproniano —117 o 123 de C.— otorga validez al fideicomiso universal hecho a favor de las ciudades;<sup>95</sup> una constitución de León, del año 469, presupone la plena capacidad de las ciudades para toda clase de adquisiciones *mortis causa*.<sup>96</sup> En el Derecho posclásico cristiano gozan también de testamentifacción pasiva las Iglesias,<sup>97</sup> las obras pías y los conjuntos de personas no designadas singularmente, como los pobres,<sup>98</sup> los cautivos,<sup>99</sup> los eclesiásticos.<sup>100</sup> En cuanto a los *collegia*, solo algunos pueden ser instituidos herederos, y en virtud de privilegio.<sup>101</sup> El Derecho justiniano extiende la capacidad de suceder a todas las asociaciones lícitas.<sup>102</sup>

La mujer, según la *lex Voconia*, del 169 a. de C., no puede ser instituida por quien figura en el censo con una fortuna de cien mil ases,<sup>103</sup> pero le es dable adquirir legados en cantidad no superior a la recibida por los herederos.<sup>104</sup> En la época imperial tal ley deja de tener vigencia.<sup>105</sup>

La *testamenti factio passiva* ha de existir en tres momentos, que son: el de la confección del testamento, el de la muerte del testador y el de la adquisición de la herencia.<sup>106</sup>

En el Derecho antejustiniano ciertas personas que gozan de testamentifacción pasiva no pueden adquirir, en todo o en parte, la herencia o el legado con los que son favorecidas en testamento. De tales personas se dice que son *incapaces*, entendiéndose que la *incapacitas* no afecta para nada a la válida delación de la herencia, sino a la adquisición, al *capere*. Entre las incapacidades son típicas, y de la mayor importancia, las sancionadas por la legislación matrimonial de Augusto.<sup>107</sup>

A tenor de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 17 a. de C., y de la *lex Papia Poppaea*, del 9 de C., son *incapaces*:

- a) Los varones de 25 a 60 años y las mujeres de 20 a 50 que permanecen *caelibes* —por lo que se entienden los no casados, comprendidos los viudos y los divorciados—. No pueden, en absoluto, *hereditates legataque capere*.<sup>108</sup> Los *caelibes* tienen todavía la posibilidad de adquirir si contraen matrimonio dentro de cien días desde que ocurrió la muerte del testador, o dentro del plazo de la aceptación formal —*intra diem cretionis*.<sup>109</sup> La *lex Iulia* concede dispensa —*vacatio*— a la mujer, por muerte del marido, durante un año; por divorcio, durante seis meses, pero según la *lex Papia* los plazos son:

de dos años por muerte del marido, y de dieciocho meses por divorcio.<sup>110</sup> Si lo dejado a los *caelibes* no llega a ser adquirido, se hace *caducum*, y pasa, en consecuencia, al Fisco.

- b) Los *orbi*. Los varones de 25 a 60 años, casados y sin hijos, y las mujeres de 20 a 50, casadas y con un número de hijos inferior a tres, si se trata de «ingenuas», o de cuatro, si libertas, solo pueden adquirir la mitad de las herencias y legados.<sup>111</sup>
- c) El *pater solitarius*. De *pater solitarius* se habla únicamente en la rúbrica del título 13 de las Reglas de Ulpiano: *de caelibes orbo et solitario patre*. Créese que se trata del viudo sin hijos, y no se sabe, por otra parte, en qué límites le alcanza la incapacidad.
- d) Los cónyuges. La mujer y el marido que no tienen hijos del matrimonio solo pueden adquirir entre sí una décima. Pero si tienen hijos supervivientes de otro matrimonio, tal porción se acrece con tantas décimas cuantos sean los hijos. Se agregan también una o dos décimas cuando se pierden *post nomen diem* uno o dos hijos comunes. Además de la décima, puede adquirir un cónyuge el usufructo de la tercera parte de los bienes del otro, e incluso la propiedad, si han tenido hijos. La mujer puede adquirir también la dote legada por el marido.<sup>112</sup> Los cónyuges —ambos o uno de ellos— son plenamente *capaces* cuando no tienen la edad a partir de la cual exige la ley que se tengan hijos, o sea, si el marido y la mujer, respectivamente, no llegan a los 25 y 20 años o sobrepasan los 60 y 50. Lo propio ocurre si marido y mujer son *cognati* dentro del sexto grado, o si consiguen del príncipe el *ius liberorum*, o si el marido está ausente.<sup>113</sup>

La *incapacitas* no se aplica a determinadas personas —*exceptae personae*—: *cognati* del causante dentro del sexto grado y afines próximos.<sup>114</sup> Por lo demás, las normas que hemos señalado fueron luego modificadas con fines fiscales, hasta ser derogadas en el Derecho cristiano. La legislación justiniana no conoce otro caso de incapacidad que el de *las feminae probosae*,<sup>115</sup> a quienes Domiciano había prohibido ya suceder por testamento y *ab intestato*.<sup>116</sup>

Con la falta de *testamenti factio passiva* y con la incapacidad para adquirir no hay que confundir la *indignidad para suceder* —*indignitas*.<sup>117</sup> La indignidad no es incompatible con la delación de la herencia, ni con la adquisición de ésta, pero el Estado despoja de lo adquirido al indigno, esto es, al heredero o legatario que observa una conducta reprobable.<sup>118</sup>

## § 161. Contenido del testamento. «Heredis institutio»<sup>119</sup>

El testamento puede contener disposiciones de varia índole: *heredis institutio*, *exhereditio*, *legata*, *fideicommissum*, *tutoris datio*, *manumissio*,

*libertorum adsignatio*. Destaca sobre todas la *heredis institutio* que es «principio y fundamento de todo el testamento»<sup>120</sup>. La fuerza del testamento arranca, en efecto, de la designación de heredero,<sup>121</sup> esto es, del sucesor universal del difunto. Para que haya testamento es necesario que tal designación preceda a cualesquiera otras disposiciones, y éstas carecen de eficacia cuando falta aquélla, o resulta nula, o no hay aceptación por parte del heredero instituido.

Tal principio del *ius civile*, con lo que tiene de riguroso, es abolido en el Derecho justiniano. La institución de heredero puede hacerse ahora en cualquier parte del testamento,<sup>122</sup> y no hay testamento, sino codicilo, cuando falta aquélla; si fuera nula, o renunciara el heredero, quedan en pie las demás disposiciones, a no ser estas mismas vengán afectadas por el vicio o causa de nulidad.

Riguroso es también el viejo Derecho civil en lo que toca al formalismo de la designación. El heredero ha de ser nombrado en términos precisos y categóricos. Es conforme con las solemnidades acostumbradas la que se hace de este modo: «Ticio sea heredero». En la época de Gayo se admite también esta otra: «Ordeno que Ticio sea heredero».<sup>123</sup>

Ya en el propio Derecho clásico se inicia una tendencia que, dando relieve a la voluntad del testador, acabará por apartar la antigua rigidez formal. Una constitución de la época posclásica, dictada por Constantino, en el 339,<sup>124</sup> da cumplido desarrollo a tal tendencia, autorizando el empleo de cualquier frase o forma de hablar, siempre que resulte evidente la voluntad del testador. Y ésta es la norma vigente en el Derecho justiniano.

La institución de heredero no consiente términos —*dies*— ni condiciones resolutorias, que atentarían contra la regla *semel heres semper heres* (una vez heredero, siempre heredero), y si fueran señaladas, se tienen por no puestas.<sup>125</sup>

El testador puede instituir uno o varios herederos. Instituyendo a varios, no puede repartir entre ellos el patrimonio por objetos específicos, y determinados, sino por cuotas o fracciones numéricas. Las cuotas hereditarias se fijan comúnmente según el sistema duodecimal: la totalidad del patrimonio se llama *as*, y éste se divide en doce partes, denominadas *unciae*.<sup>126</sup>

Cuando el testador no hace ninguna asignación de cuotas, los herederos suceden por partes iguales.<sup>127</sup> En el caso de que asigne a cada heredero la cuota, pero sin distribuir la totalidad del *as*, la parte excedente se prorratea entre las porciones prescritas.<sup>128</sup> Si, por el contrario, las cuotas asignadas exceden del *as*, se procede análogamente a una reducción proporcional.

Instituidos unos herederos con asignación de cuotas —*cum parte*—, y otros sin ella —*sine parte*—, corresponde a estos últimos, por partes iguales, el residuo, es decir, la parte no asignada.<sup>129</sup> Pero si la institución *cum partibus* agota el *as*, se presume que el testador ha querido dividir la herencia en dos ases —*dupondium = duo asses pondo*—, de suerte que uno va a parar a los instituidos que tienen señalada porción, y otro —por cuotas iguales— a los he-

rederos *sine parte*. En la misma hipótesis, si las partes asignadas superan el *dupondium*, se supone dividida la herencia en tres ases, en cuatro, etc.<sup>130</sup>

La institución del heredero en una o varias cosas singulares —*heredis institutio ex re certa*<sup>131</sup>— choca fuertemente con el concepto genuino de la herencia romana, que importa *successio in ius*. El heredero, en virtud de su título, adquiere la totalidad del patrimonio, o una cuota de él, si concurre con otros herederos. Instituido un heredero único o instituidos varios, se da siempre un llamamiento a la totalidad del patrimonio.

El título de heredero y, consiguientemente, de sucesor universal, no se concilia con la asignación de una *certa res*. Sin embargo, el *favor testamenti* movió a la jurisprudencia a no considerar totalmente inválida una institución en que el nombre de heredero no se interpreta según conviene a la noción romana.

Desde tiempos de Sabino rige el principio de la validez de la *institutio ex re certa*, considerando como no escrita la mención de la cosa: «si se instituyó heredero a una sola persona, vale la institución eliminando la referencia al fundo».<sup>132</sup> De igual modo, si varias personas son instituidas *ex certa re*, se considera que la institución se ha hecho pura y simplemente.<sup>133</sup> Ejercitada la *actio familiae erciscundae*, el *arbiter* adjudica a cada uno de los herederos las cosas singulares asignadas por el testador, en tanto que los créditos y las deudas se reparten entre ellos por partes iguales.

Según la doctrina justiniana,<sup>134</sup> instituidas varias personas *ex re certa*, la cosa asignada a cada una tiene carácter de prelegado. Mas si los herederos *ex re certa* concurren con herederos instituidos regularmente, tienen la consideración de legatarios.<sup>135</sup>

## § 162. Sustituciones<sup>136</sup>

Se llama *heres substitutus* al instituido en segundo lugar para el caso de que el primer instituido no llegue a ser heredero. El Derecho clásico conoce dos clases de sustitución: la sustitución vulgar —*substitutio vulgaris*— y la sustitución pupilar —*pupillaris substitutio*—. A ellas se añade, en la época justiniana, la sustitución cuasi pupilar.

### I. Sustitución vulgar

*Substitutio* es término empleado comúnmente en el lenguaje jurídico romano para significar la entrada de un heredero en el lugar que no llegó a ocupar el instituido —*heres institutus*—, ya fuera por imposibilidad —*casus impotentiae*—, ya por su propia decisión de voluntad —*casus voluntatis*. Tal es la *substitutio vulgaris*, sustitución vulgar, ordinaria, directa o común.

La sustitución vulgar no es más que una institución de heredero sujeta a

condición suspensiva. El *substitutus* será *heres* en tanto en cuanto no llegue a serlo el instituido en primer término.<sup>137</sup> No se trata, pues, de que una persona suceda «después de otra», sino «en lugar de otra».

El testador puede nombrar un solo sustituto para un solo instituido,<sup>138</sup> o varios sustitutos para un solo instituido o un solo sustituto para varios instituidos, o recíprocamente entre sí a los varios que han sido instituidos herederos.<sup>139</sup>

Cuando el instituido en primer grado entra en la herencia, el sustituto queda excluido; si no entra en ella, el sustituto le sucede en su lugar, y así sucesivamente si hay sustitutos de varios grados.<sup>140</sup> Ocurriendo esto último, se entiende que el sustituto del sustituto recibe la herencia del *de cuius*, siempre que sobreviva a éste, e importando poco que el primer sustituto haya muerto antes o después del instituido.<sup>141</sup> Es lo que los intérpretes explican con la máxima *substitutus substituto est substitutus instituto* (el sustituto del sustituto es sustituto del instituido).

La institución y la sustitución se excluyen recíprocamente. La entrada del sustituto presupone, como hemos dicho, la falta de adquisición por parte del instituido. A la falta de adquisición del heredero «extraño» o «voluntario», se equipara la abstención del *heres suus* y la cancelación de los efectos de la adición por la *restitutio in integrum*.<sup>142</sup> Lo que se explica interpretando que es voluntad del testador el que se verifique, no ya una adquisición meramente formal y provisional, sino una adquisición cierta y definitiva.

El sustituto entra en la herencia en cuanto que no lo hace el instituido, sea porque no quiere, sea porque no puede. Cuando el testador contemple uno solo de estos supuestos, es decir, el del *casus voluntatis* o el del *casus impotentiae*, deberá decidirse, mediante interpretación de la voluntad, sobre si la sustitución alcanza o no al supuesto respecto del cual nada se previó.<sup>143</sup>

Según una ley de Constancio,<sup>144</sup> es posible que el sustituto acepte la herencia antes de la renuncia del instituido, es decir, pendiente todavía la *condicio substitutionis*, mas entendiéndose que la aceptación queda subordinada a la renuncia misma.

En orden a los legados, distinguían los clásicos entre los impuestos *nominatim* al instituido y los impuestos genéricamente al heredero. Sobre el sustituto no pesan los primeros,<sup>145</sup> y sí los segundos, pero tal régimen fue modificado por Severo, al disponer que responde también de los impuestos *nominatim* el instituido. Se admite, sin embargo, la posibilidad de la prueba contraria.<sup>146</sup>

## II. Sustitución pupilar<sup>147</sup>

Consiste en el nombramiento de un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste muera antes de alcanzar la pubertad, y, consiguientemente, en un momento en que todavía no puede testar por carecer de la tes-

*tamenti factio activa*. De este modo, es decir, haciendo testamento el *paterfamilias* en lugar del *filius*, se evita la apertura de la sucesión *ab intestato*.

La sustitución pupilar presupone la *patria potestas* en quien la ordena, pero cabe también nombrar un sustituto al póstumo.<sup>148</sup>

El sustituto no solo hereda los bienes procedentes del testador, sino también los que, por otra vía, adquirió el *filius* después de la muerte del *pater*.<sup>149</sup> No es necesario, por lo demás, que el *pater* instituya heredero al impúber, pues basta su desheredación.<sup>150</sup>

Si al principio la sustitución debía hacerse en el mismo testamento por el que el *pater* ordena su propia sucesión, es costumbre prevalente en la época clásica la de que se extiendan dos documentos separados: uno para la herencia del *pater*, y otro para la del *filius*.<sup>151</sup> Pero el segundo documento se considera como parte integrante del primero, y se condiciona a su validez. Admitida después la posibilidad de otorgar dos testamentos, el que contiene la sustitución solo es eficaz si no resulta inválido el principal, es decir, aquel por el que se nombra heredero para sí.<sup>152</sup> Si el *pater* no hace testamento para sí, no puede hacerlo para el impúber, porque el testamento pupilar es una secuela del testamento paterno.<sup>153</sup>

Bajo ciertos aspectos, se considera que la herencia del *pater* y la herencia del *filius* forman un solo patrimonio, de forma que el sustituto no puede aceptar una y repudiar otra, y si es *heres necessarius* del primero, lo será también del segundo.<sup>154</sup> En cambio, hay puntos de vista en los que prima la distinción de las *duae hereditates*, y no se dan, consecuentemente, los efectos señalados.<sup>155</sup>

El *pater* puede imponer legados tanto al *filius* como al sustituto. Pero es el patrimonio del *pater* el único que se toma como límite y criterio para decidir su montante.<sup>156</sup> El cálculo de la *quarta Falcidia* se hace respecto de los bienes que el padre hubiese dejado.<sup>157</sup>

La sustitución pupilar pierde su eficacia cuando el impúber sale de la potestad paterna en vida del testador,<sup>158</sup> y también si alcanza la pubertad,<sup>159</sup> y si sobreviene su incapacidad.<sup>160</sup> Cesa asimismo si el sustituto muere antes que el instituido,<sup>161</sup> si el sustituto olvida nombrar un tutor al impúbero, luego de muerto el *paterfamilias*, y en fin, si el testamento paterno es inválido.

Era cuestión discutida hacia fines de la República la de si la sustitución pupilar llevaba implícita la vulgar.<sup>162</sup> Prevalció la opinión afirmativa, y aun la contraria, esto es, la de que la sustitución vulgar implica también la pupilar.<sup>163</sup>

### III. Sustitución cuasi pupilar

Tomando como punto de arranque particulares concesiones de la época clásica,<sup>164</sup> Justiniano consagra definitivamente una forma de sustitución que se modela a imagen o ejemplo de la pupilar.<sup>165</sup>

Los ascendientes paternos o maternos del que sufre enajenación mental —*furiosus*—, tras haberle instituido en la cuota legítima, cuando menos, pueden nombrarle un heredero para el caso de que muera sin haber recobrado la razón. El nombramiento del sustituto del *furiosus*, de cualquier grado o sexo que éste sea, y aunque haya llegado a la pubertad, compete al ascendiente paterno o materno. De que lo haga este último, se desprende que no se requiere la *patria potestas*.

El sustituto debe ser designado entre los descendientes del enfermo, o entre los propios descendientes, si faltaran los primeros. Cuando no existen ni unos ni otros, cabe la libre elección.<sup>166</sup>

El sustituto adquiere tanto la herencia del ascendiente, cuanto la del *furiosus*, pero la sustitución pierde su eficacia cuando éste recobra su capacidad. Cesa asimismo la sustitución si el *furiosus* fallece antes que el testador, y si el testamento resultara inválido.

### § 163. La voluntad testamentaria<sup>167</sup>

En un principio, la voluntad queda prisionera de la forma, a la que da vida el pronunciamiento de las palabras sacramentales. De la forma solemne no se prescinde en la época clásica, pero de ella se entiende que es un instrumento de la voluntad, o si se quiere, un medio de expresarla.<sup>168</sup> La *voluntas* es el elemento generador del testamento, dotándole de fuerza y eficacia con anterioridad a todo: «la intención del testador es anterior y más relevante que la voz».<sup>169</sup> Nos lo dirá también la Novela 16 de Teodosio y Valentiniano, del año 439: «ciertamente, lo propio del testamento es que contenga la simple voluntad del testador». Y Justiniano: «seguimos siempre las huellas de la voluntad de los testadores».<sup>170</sup>

La indicación de la persona o de la cosa debe hacerse con claridad, y en consonancia con lo querido, seria y efectivamente, por el testador. En otro caso, prevalece sobre las palabras la voluntad, siempre que resulte averiguada, y no importa si con documentos distintos del testamento o con elementos no contenidos en éste.

No es necesario que la persona o la cosa sean indicadas con su nombre, si el testador se vale de otros signos idóneos para patentizar su voluntad. Individualizada suficientemente la persona o la cosa, se consideran extrañas a la eficacia de la disposición las indicaciones inexactas acerca de una u otra: «la errónea determinación no perjudica».<sup>171</sup> Hay indicación inexacta, por ejemplo, cuando el testador dispone un legado en estos términos: «doy, lego a Ticio el fundo que le compré», siendo así que el fundo no fue comprado a Ticio.<sup>172</sup> Identificado como está el fundo, por su sola denominación, el legado tiene plena virtualidad.

La voluntad debe ser *cierta*. Si el testador abriga dudas acerca de su capacidad, el testamento carece de validez.<sup>173</sup> La razón estriba en algo que



ya hemos dicho antes: «es necesario que el designio del testador sea cierto».<sup>174</sup>

En la mente del testador debe estar claramente precisada la persona a quien hace destinatario de la disposición. Y así, siempre que el que quiere instituir a uno, instituye a otro, errando en la persona, se establece que no es heredero el que fue instituido, porque ni se quiso la institución errónea, ni resultó declarada la institución querida.<sup>175</sup>

El error acerca de los motivos —de los fines que personalmente mueven el testador— no perjudica a la disposición testamentaria.<sup>176</sup> Sin embargo, ya en el propio Derecho clásico se inicia una tendencia que niega validez, en ciertos casos, a disposiciones cuyo dictado descansa enteramente en ideas o móviles errados.<sup>177</sup>

No se invalida el testamento otorgado bajo determinante de intimidación o de dolo, según principio de Derecho civil aplicable a toda suerte de actos jurídicos.<sup>178</sup> Aunque es poco y nada preciso lo que nos dicen las fuentes a propósito del testamento hecho a impulsos de la coacción o del engaño, cabe pensar que el Pretor aplicase los remedios de costumbre —*actio, exceptio, restitutio in integrum, denegatio* de la *bonorum possessio*— El Derecho justiniano declara inválido el testamento otorgado bajo tales presupuestos, pero es cuestión discutida la que se refiere al significado y alcance de la invalidez.<sup>179</sup>

Es tendencia fundamental y general la de favorecer la validez, dentro de lo posible, de las disposiciones testamentarias. Éstas, por principio, persiguen que una persona reciba un patrimonio, en todo o en parte, teniéndola así como heredero o legatario.<sup>180</sup> El respeto a tales disposiciones se refleja en el tratamiento dispensado a determinadas condiciones.

Las condiciones imposibles —física o jurídicamente— y las torpes o inmorales se tienen por no puestas; las condiciones potestativas negativas de carácter dilatorio —esto es, las que exigen la abstención voluntaria y perpetua de un acto, y que, por tanto, solo pueden considerarse cumplidas con la muerte de la persona a la que vienen impuestas, se tienen por verificadas, siempre que se preste garantía de restituir lo adquirido, para el caso de hacer lo que fue prohibido —*cautio Muciana*<sup>181</sup>—. La caución sustituye al cumplimiento, a un cumplimiento que solo puede tenerse por seguro tras la muerte de aquel a quien se impuso la condición. Si no media la caución, se frustra la voluntad del testador, pues no es posible la delación de la herencia antes de que se llegue a cumplir la condición.

Por principio general, el testamento no admite participación de ajenas voluntades.<sup>182</sup> No es válida, por ejemplo, la disposición «si quisiera Ticio».<sup>183</sup> Sin embargo, cabe otorgar a los herederos la facultad de determinar algunos elementos de la disposición —p. ej., dejando los alimentos a su arbitrio:<sup>184</sup>—. Con mayor libertad se procede en materia de fideicomisos, donde es posible confiarse al prudente juicio del heredero.<sup>185</sup>

## § 164. Invalidez e ineficacia del testamento<sup>186</sup>

### I. Invalidez

El testamento puede adolecer de un vicio o defecto que impide desde un principio su propia vigencia, su existencia misma. El testamento afectado por invalidez radical o inicial recibe calificaciones diversas.

- a) Se habla de *testamentum iniustum* o *non iure factum* cuando en el otorgamiento no se observa la forma debida —*testamentum imperfectum* se le llama también— o falta en el testador o en el heredero la *testamenti factio*.
- b) Se dice *inutile*, o *nullius momenti*, del testamento en que los *heredes sui* son preteridos.

De otro lado, cabe que el testamento, siendo inicialmente válido, venga anulado después, recibiendo también varias denominaciones:

- a) Se llama *testamentum irritum factum* cuando sobreviene la pérdida de la capacidad jurídica, salvo que, tratándose de *capitis deminutio maxima*, tienen aplicación el *postliminium* y la *fictio legis Corneliae*.
- b) *Testamentum ruptum* es expresión empleada cuando nace un *heres suus* después de la muerte del testador, y éste no lo ha tenido en cuenta, instituyéndolo o desheredándolo. La propia denominación se utiliza con referencia al testamento revocado por otro posterior.

### II. Ineficacia

Un testamento de suyo válido —al principio y sucesivamente— puede resultar ineficaz. Tal ocurre, de un lado, cuando los herederos premueren al testador, o queda incumplida la condición fijada en la institución, y de otro, cuando la herencia no es aceptada, sea por muerte del llamado a heredar, sea porque éste renuncia a la misma. Hablase entonces de *testamentum desertum* o *destitutum*.

## § 165. Revocación<sup>187</sup>

En cuanto acto de última voluntad, el testamento puede ser revocado. Según el *ius civile*, la revocación solo procede mediante el otorgamiento de un nuevo testamento dotado de validez, sin que interese si hay o no heredero.

ro por razón de este último, sino tan solo si pudo haberlo. En efecto, queda «roto» el primer testamento aunque el segundo no llegue a producir efecto alguno, p. ej., porque la persona instituida en éste no acepta la herencia o muere antes de aceptarla.<sup>188</sup> No cae el testamento por el hecho de que el testador rompa los sellos, cancele disposiciones e incluso lo destruya materialmente, si todavía resulta posible la prueba de su otorgamiento. Y ello, porque la fuerza del testamento arranca, justamente, de la *nuncupatio*, del pronunciamiento oral hecho ante los testigos, y no de la escritura.

El Derecho pretorio presta atención al cambio de voluntad, y no exige, como ocurre en el Derecho civil, la confección de un nuevo testamento. Si el testador rompe los sellos, cancela los nombres de los instituidos o de cualquier otro modo inutiliza o destruye el testamento, el Pretor concede la *bonorum possessio* a los herederos *ab intestato*, defendiéndolos con la *exceptio doli* frente a los herederos instituidos en las tablas alteradas o destruidas. Si no hay heredero *ab intestato* que solicite la *bonorum possessio*, la herencia pasa al *aerarium* —al Fisco después.<sup>189</sup>

La legislación del Bajo Imperio sanciona una revocación formal del testamento y otra pura y simple. La revocación formal tiene lugar, según una constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del 439, mediante un testamento posterior<sup>190</sup> en el que se contempla a los herederos *ab intestato* excluidos en el primero, y siempre que la voluntad del disponente sea confirmada mediante declaración jurada de cinco testigos.

Otra constitución de Teodosio II y Honorio, del 418,<sup>191</sup> había establecido que los testamentos pierden su eficacia pasados diez años desde su otorgamiento. Dicha norma es modificada por Justiniano,<sup>192</sup> al establecer que, transcurrido tal plazo, el disponente puede revocar el testamento por medio de simple declaración formulada en presencia de tres testigos o ante la autoridad judicial.

### § 166. Apertura y publicación del testamento<sup>193</sup>

La apertura y la publicación del testamento se hacen con observancia de ciertas formalidades. Por lo común, el testamento se abre dentro de un plazo de tres a cinco días, a contar desde la muerte del testador. Tienen facultad para intervenir en la operación, que se efectúa ante la autoridad pública —la *statio vicesimae* u oficina recaudadora del impuesto sobre las herencias—, los próximos allegados del difunto, así como las personas a quienes el depositario del testamento<sup>194</sup> indica como probables herederos. Están obligados a comparecer los testigos que lo suscribieron, o la mayoría de ellos, cuando menos; y si no es posible contar con su presencia, basta el concurso de personas honorables —*virii honesti*—. Reconocidos por los testigos los sellos, se rompe el *linum*, se disocian las *tabulae* y se procede a la lectura pública de su contenido —*recitatio*—. Hecha copia del testamento y levantada acta de toda

la ceremonia, se procede a signarlo con el sello de la autoridad, para quedar depositado *in archivum*.<sup>195</sup>

La *lex Iulia de vicesima hereditatum*, de la época de Augusto, regula por vez primera el procedimiento de apertura y publicación del testamento. Gravadas por dicha ley las herencias —no las de cuantía escasa, ni las dejadas a próximos parientes—, con un impuesto del 5 por 100, las formalidades establecidas en este orden responden a las necesidades de la inspección fiscal. Los preceptos de la *lex Iulia* fueron acogidos y desenvueltos por el Edicto pretorio, sumándose luego la disciplina minuciosa de las constituciones imperiales y de la práctica administrativa. Pero el régimen proveniente de los varios ordenamientos no nos es bien conocido.

### § 167. Codicilos<sup>196</sup>

El «codicilo» es un escrito ajeno a la observancia de cualquier formalidad. Extendido a manera de carta, contiene una o varias disposiciones de última voluntad, con excepción, entre otras, de la institución de heredero —*heredis institutio*— y de la desheredación —*exhereditatio*.

La historia del codicilo se enraíza con la del fideicomiso o ruego remitido a la *fides* de una persona. Por más que el fideicomiso se remonte a tiempos muy antiguos, su eficacia jurídica es reconocida, junto con la del codicilo, por Augusto.<sup>197</sup>

Al principio, codicilo y fideicomiso se muestran en razón de coincidencia: el fideicomiso entraña una sucesión libre de las normas civiles; el codicilo es el escrito, simple y llano, en que tal sucesión viene ordenada. Más tarde, el codicilo se sujeta a preceptos de forma, en tanto que el fideicomiso queda exonerado de toda traba formal. Pero importa significar que ambas instituciones remueven las bases del viejo testamento romano, favoreciendo un dictado más amplio y liberal de la voluntad del disponente.

El principio de la revocación pura y simple de la última voluntad tiene su punto de arranque en el codicilo, y de aquí pasa al testamento. La posibilidad de que coexistan dos testamentos, en tanto sean compatibles sus respectivas disposiciones, se da primeramente en la esfera de los codicilos.

El codicilo suplanta prácticamente al testamento, y no deja de imitarle en ciertos puntos. Pero distinta es su esencia y naturaleza: una institución de heredero,<sup>198</sup> una desheredación o una sustitución no pueden ordenarse en codicilo.<sup>199</sup>

Los codicilos pueden otorgarse con independencia de toda disposición testamentaria —*codicilli ab intestato*— o a más de un testamento, y de suerte que encuentren confirmación en éste —*codicilli testamento confirmati*— o que tal no ocurra —*codicilli testamento non confirmati*.

Los codicilos *ab intestato* solo pueden contener fideicomisos, que deben respetar los herederos legítimos.

Los codicilos confirmados por un testamento —anterior o posterior a ellos— se consideran como parte integrante del mismo —*pars testamenti*<sup>200</sup>—, y siguen, por lo común, su propia suerte. Mediante tales codicilos cabe ordenar legados, manumisiones directas, nombramiento de tutor y disposiciones fideicomisarias. Posible es también revocar tales ordenaciones, así como convalidarlas *per repetitionem*.

Los codicilos no confirmados solo pueden contener disposiciones fideicomisarias —fideicomiso universal o de cosas singulares, manumisiones indirectas—, así como la revocación de las mismas.

Puede ordenar un codicilo quien tenga capacidad para testar, y tanto en el momento de la ordenación, cuanto *mortis tempore*. En el Derecho justiniano se admite, sin embargo, la convalidación del codicilo hecho por el *filiusfamilias*, el esclavo y el deportado, si luego recobran la capacidad y mueren sin cambiar la voluntad expresada en el codicilo.<sup>201</sup> La exigencia de requisitos particulares viene determinada por la índole de la disposición concreta, y en consonancia con la naturaleza propia del acto codicilar.

Durante la época clásica la ordenación del codicilo puede hacerse sin sujeción a forma alguna. No ocurre así en el Derecho posclásico: Constantino exige para los codicilos *ab intestato* la presencia de cinco o siete testigos;<sup>202</sup> Teodosio II extiende al codicilo el régimen formal del testamento, disponiendo la intervención de siete testigos.<sup>203</sup> Justiniano acoge la prescripción teodosiana, pero limita el número de testigos a cinco, en tanto que para el testamento son necesarios siete.<sup>204</sup>

El testador puede prevenirse contra la posible ineficacia del testamento, ordenando que si éste no llega a valer como tal, valga como codicilo —*clausula codicilar*.<sup>205</sup> Si el testamento reúne los requisitos del codicilo, se opera una «conversión» de negocios jurídicos. La institución de heredero se interpreta como fideicomiso universal, que grava, de ordinario, a los herederos *ab intestato*; las demás disposiciones testamentarias —legados, manumisiones, etc.— pesan sobre el fideicomiso universal.

La conversión no tiene lugar cuando la invalidez del testamento se debe, p. ej., a falta de capacidad o de voluntad o a vicios de contenido. Con la cláusula codicilar se trata de subsanar los defectos formales del testamento, la omisión de la *heredis institutio*, o la ineficacia consiguiente a la no aceptación de la herencia.

## CAPÍTULO III

### SUCESIÓN ENTESTADA<sup>1</sup>

#### § 168. Nociones generales

La sucesión intestada —o legítima, como también decimos hoy— tiene lugar cuando el difunto no otorgó testamento, o el otorgado no es válido, o ninguno de los instituidos llega a ser heredero. Es lo que expresan las Instituciones de Justiniano en estos términos: «Muere intestado el que, o no hizo en absoluto testamento, o no lo hizo conforme a derecho, o habiéndolo hecho, llegó a ser roto o írrito, o no quedó ninguno de los en él instituidos».<sup>2</sup>

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

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

#### § 169. La sucesión intestada en el «ius civile»<sup>3</sup>

La sucesión intestada del *ius civile* descansa en el siguiente precepto de las XII Tablas<sup>4</sup>: «Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles».

La herencia viene deferida, en primer término, a los *heredes sui*:<sup>5</sup> *fili*; *filiae*; descendientes no sometidos a otra *potestas* por la muerte o la emancipación de los ascendientes intermedios; *uxor in manu*, que ocupa el lugar de hija —*loco filiae*—; *nurus in manu* o nuera del difunto, que solo es heredera cuando el marido no esté bajo la potestad de éste, al ocurrir su

muerte. También con heredes en los nóstumos se da en los consabidos al

morir el causante, y que, de haber nacido en vida de éste, caerían bajo su potestad.

Todos los *sui*, cualquiera que sea su grado, y siempre que estén bajo la *potestas* del difunto, son llamados a heredar. La herencia se divide *in capita*, esto es, en iguales porciones, cada una de las cuales se llama cuota viril. Pero premuerto uno de los hijos, dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hace *in stirpes*: los nietos reciben la cuota viril que hubiera correspondido, de no haber muerto, a su padre. Concurriendo, pues, un *filius* y dos o más nietos por parte de otro hijo ya muerto, aquél obtiene la mitad de la herencia, y éstos la otra mitad.<sup>5</sup>

No existiendo *heredes sui*, se confiere al próximo agnado<sup>7</sup> o a los próximos agnados de igual grado el *ius familiae habendae*, esto es, el derecho de entrar en los bienes del causante. Entre los *adgnati*, el próximo excluye al remoto; y si concurren varios de igual grado, la herencia se divide por cabezas —*in capita*. Para ver quién es el más próximo, no se atiende al momento de la muerte, sino a aquel en que se sabe ciertamente que el difunto murió sin dejar testamento; en caso de morir testado, se prefiere ver quién es el más próximo en el momento de saberse ciertamente que no hay ningún heredero por el testamento otorgado.<sup>8</sup> Si el agnado más próximo renuncia a la herencia o muere antes de haber aceptado, al grado subsiguiente no le compete derecho alguno. No existe, pues, una sucesión entre los varios grados —*successio graduum*.<sup>9</sup>

Al principio, no se distinguía entre agnados varones y hembras, pero a finales de la época republicana la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres<sup>10</sup> a las hermanas del causante —*consaguineae*.<sup>11</sup>

A falta de agnados, son llamados los *gentiles*, es decir, los pertenecientes a la misma *gens* del difunto. Tal llamamiento no se da ya en la época clásica.<sup>12</sup>

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

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

## § 170. La sucesión «ab intestato» en el edicto pretorio

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

La iniquidad de este derecho sucesorio es puesta de manifiesto por Gayo. Como advierte el jurista, los hijos emancipados no tienen ningún derecho a

la herencia del ascendiente, ya que dejan de ser *heredes sui*. Lo propio ocurre con los hijos de un peregrino, en el caso de que el emperador no les someta a la *patria potestas* cuando les concede la ciudadanía conjuntamente con el padre. Tampoco llama la ley a los agnados que han sufrido una *capitis deminutio*, porque ésta extingue la *adgnatio*, ni a los parientes por línea femenina, hasta el extremo de que entre la madre y el hijo o la hija solo hay sucesión cuando por haber entrado aquélla en el poder marital, han surgido entre ellos *consanguinitatis iura*. Además, la mujer —la que está libre de la *manus*— no sucede nunca al marido.<sup>15</sup>

Las injusticias de la ley —*iuris iniquitates*— son corregidas por el Pretor. El Edicto pretorio<sup>14</sup> llama a heredar, como ahora veremos, a cuatro clases de personas, aunque no por ello se hacen herederos: *praetor heredes facere non potest*. Mas confiriéndoles la *bonorum possessio*, están en lugar de tales —*loco heredum constituuntur*.<sup>15</sup>

El Pretor hace justicia a los vínculos de la sangre, emparejándolos con los puramente agnaticios de la vieja y típica familia romana. Reconoce, por otra parte, la *successio graduum*<sup>16</sup> y la *successio ordinum*.<sup>17</sup>

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

1. Clase *unde liberi* —*scil. vocantur*.<sup>18</sup> Está constituida por los *sui* del Derecho civil y, además, por los emancipados y sus descendientes. Quedan fuera de llamamiento los hijos dados en adopción que no hayan sido emancipados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados y la *uxor* o la *nurus* remancipada. Cuando existen llamados de grado diverso, la sucesión tiene lugar por estirpes y no por cabezas. Si el *paterfamilias* emancipó a un hijo, pero dejando bajo su potestad a los nietos, corresponde a éstos y a su padre, llamados conjuntamente, una sola cuota, que se divide por mitad entre uno y otros. Tal régimen proviene de una cláusula introducida por Juliano —*nova clausula Iuliani*<sup>19</sup>—, cuya justicia estriba en evitar la desigualdad en que se encontrarían los hermanos si una estirpe —la del emancipado y sus hijos— consiguieran dos cuotas.
2. Clase *unde legitimi*.<sup>20</sup> Está formada por los herederos del Derecho civil. En realidad, tan solo por los agnados, ya que, de una parte, los *sui heredes* son llamados en la clase de los *liberi*, y de otra, la sucesión de los *gentiles* llegó a desaparecer.
3. Clase *unde cognati*.<sup>21</sup> Comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina, hasta el sexto grado, y del séptimo los hijos de primos segundos del causante *sobrino sobrinave nati et nate*.<sup>22</sup> Dado que en este llamamiento se atiende, por modo único, al parentesco *natural*, nada dicen ahora las calificaciones civiles —*emancipati, capite deminuti, sui, filiifamilias*.<sup>23</sup> Los hijos ilegí-



timos suceden a la madre y a los parientes maternos. Entre los cognados, el más próximo excluye al más lejano, y los de igual grado suceden por cabezas.

4. Clase *unde vir et uxor*.<sup>24</sup> El Pretor establece, por último, un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trate de matrimonio *iustum*, disuelto por la muerte.<sup>25</sup>

### § 171. La sucesión intestada en los senadoconsultos y constituciones imperiales

Siguiendo la vía abierta por el Pretor, el Derecho imperial otorga una mayor consideración a los vínculos de la sangre. La ley de las XII Tablas no autoriza la sucesión recíproca entre madre e hijos, a no ser en la segunda clase civil —*proximus adgnatus*—, y siempre que aquélla estuviera bajo la *manus* de su marido. En el Edicto pretorio tal sucesión es posible, pero en la clase de los *cognati*, que se ordena tras la de los agnados. Un remedio a tales limitaciones —*ius angustiae*— viene dado por Claudio, al conceder a la madre la herencia de sus hijos, salvo que el remedio tiene alcance particular: la concesión se hace, «para consolarla de la pérdida de los hijos».<sup>26</sup>

Suma importancia tienen los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano,<sup>27</sup> en virtud de los cuales el principio de la consanguinidad penetra en la sucesión agnaticia civil. En virtud del *senatus consultum Tertullianum*, dado en tiempos de Adriano, se otorga a la madre el derecho de suceder a sus hijos. A tal efecto, se requiere que la madre tenga el *ius liberorum* y que el hijo —*ius-tus o vulgo conceptus*— no deje *liberi*, ni *parens manumissor*, ni *fratres consanguinei*. Con la madre concurren las hermanas —*consanguineae*— del difunto, dividiéndose la herencia por mitad.<sup>28</sup>

El *senatus consultum Orphitianum*, del año 178 de C., dispone que la herencia de la madre no sometida al poder del marido —*sine in manum conventione*— pertenece a los hijos —*iusti o vulgo concepti*— quienes excluyen a los consanguíneos y a los demás agnados de aquélla.<sup>29</sup>

Constituciones imperiales posteriores a dichos senadoconsultos favorecen mayormente la sucesión de la madre, independizándola de la tenencia del *ius liberorum*. Constantino otorga a la madre carente del *ius liberorum* un tercio de la herencia del hijo;<sup>30</sup> Valente<sup>31</sup> y Valentiniano III<sup>32</sup> interpretan extensivamente tal disposición,<sup>33</sup> y Justiniano acaba por asegurarle un derecho sucesorio pleno, aunque no haya dado a luz tres o cuatro hijos, de forma que se anteponga a todos los agnados y cognados más lejanos del hijo.<sup>34</sup>

Se favorece también la sucesión de los cognados de grados ulteriores en la línea descendente. Por disposición de Valentiniano II,<sup>35</sup> los nietos suceden, junto con los hijos y los agnados, a la abuela paterna y a los abuelos maternos. Justiniano otorga preferencia a los descendientes sobre cualquier agnado.<sup>36</sup>

Por obra de Anastasio,<sup>37</sup> el principio de la cognación es tomado también en cuenta en la línea colateral, al disponer que pueden suceder entre sí los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que estos últimos. La restricción es abolida por Justiniano.<sup>38</sup>

### § 172. La sucesión intestada en las Novelas 118 y 127<sup>39</sup>

El Derecho de la última época ofrece un amplio y confuso repertorio de normas, cuyas bases siguen siendo todavía la propia herencia civil, reformada y retocada por una serie enmarañada de disposiciones imperiales, y los llamamientos pretorios a la *bonorum possessio*. Basta asomarse al *Corpus iuris* para ver el desconcertado emparejamiento de reglas y principios arrasados hasta él por una corriente de varios siglos.

De ahí que, acabada la labor compiladora, acometiera Justiniano la feliz empresa de dar al traste con todas las normas anteriores, para instaurar un nuevo orden sucesorio. Fundado éste en la familia natural, en los vínculos de la sangre, tiene su expresión en la Novela 118, del año 543, completada por la 127, del 548.

A la sucesión hereditaria vienen llamados los parientes, agrupándoles en cuatro clases:<sup>40</sup>

1. La primera clase comprende los «descendientes» del difunto, sin consideración a la patria potestad, al sexo y al grado de parentesco.<sup>41</sup> El descendiente de grado ulterior solo es llamado en el caso de que no viva el descendiente que le precede.<sup>42</sup> Si los descendientes son de igual grado, la herencia se divide por cabezas; si son de grado distinto, por estirpes.

En tanto haya descendientes, no procede el llamamiento de los ascendientes. Mas si el causante estaba sujeto a la patria potestad, conserva el padre el usufructo.

2. En defecto de descendientes, son llamados a heredar los «ascendientes», paternos y maternos, del causante, sus «hermanos geminos»<sup>43</sup> e «hijos» de los —hermanos geminos— ya muertos.

Entre los ascendientes, el de grado más próximo excluye al de grado más remoto. Existiendo varios ascendientes de igual grado, y de la misma línea, la herencia se divide por cabezas; si pertenecen a líneas distintas, la herencia se divide por mitad entre la paterna y la materna, y dentro de cada una de éstas la división se hace por cabezas.<sup>44</sup>

Cuando solo hay ascendientes, la herencia pasa a éstos por entero. Si hay, además, hermanos —o hermanas—, la división de la herencia entre los ascendientes y éstos se hace por cabezas. Concurriendo

también hijos de hermanos —o hermanas—, reciben la parte correspondiente al padre o la madre que falleció.

No dejando ascendientes, sino tan solo hermanos o hermanas, la herencia se divide por cabezas, y si además concurren hijos de hermanos o hermanas, corresponde a éstos la parte que hubiera tocado a su padre o madre que falleció.

Si solo quedan sobrinos —hijos e hijas de hermanos o hermanas—, la herencia se divide entre ellos por estirpes.

3. A falta de herederos de la segunda clase, suceden los «medio hermanos», es decir, los hermanos o hermanas que lo son solo de padre —consanguíneos— o solo de madre —uterinos—, y los hijos de los fallecidos. Si únicamente concurren hermanos o hermanas, la herencia se divide por cabezas. Los hijos de los premuertos reciben lo que hubiera correspondido a sus padres.
4. Son llamados, en último término, todos los demás parientes «colaterales», sin limitación de grado. El más próximo excluye al más remoto. Existiendo varios parientes de igual grado, la herencia se divide por cabezas.<sup>45</sup>

Con referencia a cada clase rige la *successio graduum*. En orden a todas, la *successio ordinum*.

Por lo que se refiere al cónyuge supérstite, no contemplado en la Novela 118, se aplica la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que le viene conferida, si no media divorcio, a falta de todos los familiares del difunto. En concurrencia con tales familiares, solo puede heredar la «viuda pobre», siempre que su marido gozase de buena posición —*locuples*. Si concurre con cuatro o más descendientes del difunto, le corresponde una porción viril, y si con menos, una cuarta parte de la herencia —*quarta uxoria*. La cuota de la viuda no puede sobrepasar el montante de cien libras de oro, y tiene concepto de usufructo cuando concurre con sus propios hijos.<sup>46</sup>

Los hijos naturales tienen derecho a una sexta parte de la herencia del padre, siempre que éste no deje mujer ni hijos legítimos. En otro caso, solo tienen derecho a los alimentos.

Con la Novela 118, cae por su base el régimen de los peculios. Ahora, el patrimonio de los hijos no retorna al padre *iure peculii*, sino que respecto de ellos rigen las reglas generales de sucesión.

### § 173. Sucesión intestada en orden a los libertos<sup>47</sup>

Con referencia a los libertos rigen normas particulares, que varían según los ordenamientos.

Las XII Tablas establecen el siguiente orden sucesorio: 1.º, *sui heredes* del liberto; 2.º, el patrono y la patrona; 3.º, descendientes agnaticios

del patrono y de la patrona más próximos en grado; 4.º, los *gentiles* del patrono.<sup>48</sup>

La familia del manumitido y la del *manumissor* son contempladas a la vez, según concierto que ahora veremos, por el Edicto pretorio. Hace éste siete llamamientos a la *bonorum possessio*: 1.º, *unde liberi*, esto es, los hijos y descendientes del liberto;<sup>49</sup> 2.º, *unde legitimi*, es decir, los herederos civiles: patrono y patrona, agnados y gentiles del patrono; 3.º, *unde cognati* o parientes del liberto; 4.º, *tum familia patroni*, donde se comprenden los demás familiares del patrono no incluidos en el segundo llamamiento; 5.º, *patronus patronae, item liberi patroni patronaeve*, que tal vez se refiere al supuesto de un patrono manumitido y que, de consiguiente, se halla él mismo en patronato; 6.º, *unde vir et uxor*, 7.º, *unde cognati manumissoris* o parientes no agnados —esto es, naturales— del patrono.

La sucesión de los libertos es modificada en gran medida y varia suerte por la *lex Papia Poppaea*.<sup>50</sup> Lo propio ocurre por disposiciones posteriores de Valentiniano III<sup>51</sup> y de Justiniano.<sup>52</sup>

El Derecho justiniano fija el siguiente orden sucesorio: 1.º, descendientes del liberto; 2.º, patrono, hijos naturales del patrono y colaterales hasta el quinto grado;<sup>53</sup> 3.º, colaterales del liberto hasta el quinto grado; 4.º, cónyuge supérstite.



## SUCESIÓN LEGÍTIMA CONTRA EL TESTAMENTO<sup>1</sup>

### § 174. Nociones generales

El Derecho civil antiguo y el Derecho honorario reaccionan frente a la absoluta libertad de testar que tiene el *paterfamilias*, imponiendo limitaciones que afectan al carácter «formal» del testamento. Se considera, en efecto, que un testamento no está ordenado «en forma» cuando el disponente no hace mención a los *sui*, ni instituyéndolos ni desheredándolos.

El Derecho civil de época más adelantada y el Derecho honorario —este último con referencia a la herencia del liberto— limitan la libertad del testador en una razón y medida que afectan al propio «contenido» del testamento. En consecuencia, se exige que el disponente deje a determinadas personas parte de sus bienes.

En orden a la disciplina del Derecho civil y a la del Derecho honorario, hablamos ahora, respectivamente, de «sucesión legítima formal» y «sucesión legítima real».

### § 175. Sucesión legítima formal

La sucesión legítima formal del *ius civile* tiene su expresión en el siguiente principio: «los herederos por derecho propio han de ser instituidos o desheredados».<sup>2</sup>

El testador ha de contar, para bien o para mal, con los descendientes —*sui heredes*—, tanto nacidos como póstumos. No es necesario que los instituya en una cuota determinada, sino en una porción cualquiera. Y si prefiere no dejarles nada, debe proceder a su desheredación —*exheredes facere*—, que no necesita ser motivada.

La desheredación de los hijos varones ha de hacerse *nominatim*, esto es, designándolos individualmente. Los restantes descendientes —hijas, nietos de ambos sexos y ulteriores— pueden ser desheredados en conjunto.<sup>3</sup>

Siendo preterido —no instituido ni desheredado— un hijo varón, el testamento es nulo *ab initio*, incluso si el hijo muera antes que el *pater*.<sup>4</sup> Se abre entonces la sucesión *ab intestato*.

El testamento es válido, en cambio, cuando la preterición afecta a los restantes descendientes ya nacidos, pero éstos concurren con los instituidos. Si los instituidos son *sui heredes*, obtiene cada preterido una cuota viril; si son extraños —*extranei*—, la mitad de la herencia les viene atribuida conjuntamente.<sup>5</sup>

La preterición de un póstumo, varón o hembra, y cualquiera que sea su grado, determina la nulidad del testamento,<sup>6</sup> y la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*.

La sucesión legítima formal es aplicada por el Pretor a los hijos, tanto bajo potestad como emancipados. Unos y otros deben ser instituidos o desheredados *nominatim*, y lo propio ocurre ahora con los den demás *heredes sui varones*. Para las hijas y nietas se admite la desheredación en conjunto.<sup>7</sup>

El Pretor confiere al preterido la *bonorum possessio contra tabulas*, que es siempre *cum re*. Puede solicitarla incluso antes de que el instituido acepte la herencia, y se dice entonces que la petición se hace contra el mismo testamento.

Compete la *bonorum possessio* a los hijos preteridos, con tal que no hayan muerto antes que el testador. Y también a los propios instituidos, cuando tengan interés en que caiga el testamento en que otros hijos han sido preteridos. Tal ocurre, sobre todo, cuando su institución no deja a salvo la entera porción que les corresponde *ab intestato*.

La solicitud de la *bonorum possessio contra tabulas* solo procede dentro de un año desde la delación. Concluido éste, los herederos instituidos pueden instar la *bonorum possessio secundum tabulas*.<sup>8</sup>

Solo dentro de los límites en que la preterición perjudica a los hijos, esto es, en lo que importa su cuota intestada, son ineficaces las disposiciones testamentarias. No caen las desheredaciones, ni las sustituciones pupilares, ni los nombramientos de tutores, ni las manumisiones.<sup>9</sup>

En virtud de un edicto especial, corre a cargo de los *bonorum possessores contra tabulas*, y en proporción a las cuotas obtenidas, el pago de los legados que dejó el testador a los ascendientes y descendientes, y a la mujer o a la nuera a título de dote.<sup>10</sup>

Justiniano, con anterioridad a la reforma definitiva del sistema legitimario —Novela 115—, borra la distinción entre hijos e hijas y entre hijos y nietos, de suerte que todos deben ser desheredados *nominatim*.<sup>11</sup>

## § 176. Sucesión legítima real

Bajo el régimen de la legítima formal, el testador puede desatender tanto los intereses del grupo agnaticio, cimentado en el parentesco político o civil, cuanto los de la familia natural. Quebrada la organización de la vieja y típica familia romana, y afirmada una nueva conciencia social, que pide justicia para los parientes del difunto, se instaura el sistema de la sucesión legítima «real».

La reacción a favor de los intereses de la sangre, caldeada por la idea de que falta al deber del afecto —*officium pietatis*— quien olvida, deshereda o instituye en escasa porción a un allegado, se produce en el último siglo de la República. De un testamento que trae a descuido tal deber, se dice que es *inofficiosum*, y asiste a la persona traicionada el derecho de impugnarlo.<sup>12</sup>

Los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vínculo —germanos— o solo de padre —consanguíneos<sup>13</sup>— a quienes el testador no deja —por vía de herencia, legado o donación *mortis causa*— la cuarta parte<sup>14</sup> de lo que hubieran heredado por ley —*quarta debita portio*<sup>15</sup>—, pueden impugnar el testamento mediante la *querela inofficiosi testamenti*.<sup>16</sup>

La *querela* ha de intentarse en plazo de cinco años, a contar desde la aceptación de la herencia,<sup>17</sup> tocando al querellante demostrar el proceder inicuo del testador. Se concede *ad personam*, y no se transmite, consiguientemente, a los herederos del querellante, a no ser que éste haya preparado el pleito —*praeparatio litis*<sup>18</sup>— o que los herederos mismos sean hijos.<sup>19</sup>

Cesa la *querela* por la renuncia del legitimario, bastando para ello cualquier acto que implique reconocimiento de la voluntad del testador. Si el llamado en primer término a la sucesión intestada no quiere o no puede intentar la *querela*, compete su ejercicio al siguiente legitimario, que lo es también en el orden sucesorio *ab intestato*.<sup>20</sup>

El ejercicio de la *querela*, que importa *iniuria* para el difunto, solo procede cuando el postergado no dispone de ningún otro recurso para obtener la legítima.

Si el legitimario es derrotado en juicio, pierde todas las liberalidades que le fueron otorgadas en el testamento.

La *querela* se dirige contra el heredero instituido en el testamento, y acarrea la rescisión de éste,<sup>21</sup> para quedar abierta la sucesión intestada.

Desde los tiempos de Alejandro Severo<sup>22</sup> se concede al legitimario la *querela inofficiosae donationis* y *dotis*, para anular la donación o constitución de dote que perjudica su derecho.

Con referencia al patrimonio del liberto instaura el Pretor una sucesión legítima real. El liberto que no tiene hijos o que, teniéndolos, los deshereda, debe dejar al patrono la mitad de sus bienes. En otro caso, y por razón de esa mitad, se confiere al patrono la *bonorum possessio contra tabulas*.<sup>23</sup> El derecho del patrono se halla tutelado mediante acciones encaminadas a revocar las enajena-



ciones hechas por el liberto en fraude del mismo: *actio Fabiana*, si se trata de sucesión testamentaria; *actio Calvisiana*, en caso de sucesión intestada.

En el Derecho justiniano<sup>24</sup> se establece que si el liberto tiene un patrimonio superior a 100 áureos, y carece de hijos que puedan atacar como inoficioso su testamento, debe dejar al patrono la tercera parte de aquél. Ninguna obligación pesa sobre el liberto cuando su patrimonio es inferior a tal cantidad.

### § 177. La Novela 115

La Novela 115, del año 542, cierra definitivamente la evolución del sistema sucesorio contra el testamento. A tenor de ella, los ascendientes no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes,<sup>25</sup> como tampoco éstos a aquéllos,<sup>26</sup> a no ser por una de las causas que enumera el legislador<sup>27</sup> y que debe aducir expresamente el testador. Discutida la verdad de la causa, toca su demostración al heredero instituido.<sup>28</sup> La cuota de legítima —*portio legitima*— asciende a un tercio de la porción intestada, cuando los herederos no pasan de cuatro, y a la mitad si el número de los mismos es mayor.<sup>29</sup> Supuesto, por ejemplo, que sean cuatro los hijos, la legítima de cada uno se cifra en 1/12, y en 1/10 si son cinco. Lo que se precisa, en todo caso, es que la cuota legitimaria sea dejada a *título de herencia*, y no por un título cualquiera.

Si los descendientes o los ascendientes han sido preteridos o han sido desheredados sin justa causa, pueden ejercitar una acción encaminada a anular el testamento, en los límites de la institución de heredero, y a provocar la apertura de la sucesión intestada.<sup>30</sup> Las restantes disposiciones, tales como ordenación de legados o fideicomisos, nombramiento de tutores, manumisiones, siguen teniendo eficacia. La acción de nulidad no es sino la *querela* posclásica, acomodada al espíritu de la Novela 115, que tare a concierto el derecho de los legitimarios y la voluntad del testador.

Si los legitimarios son instituidos en porción menor a la legal —*portio legitima*—, pueden pedir el complemento —esto es, lo que falta hasta el justo montante—, mediante la llamada *actio ad supplendam legitimam*, que introdujo antes el propio Justiniano<sup>31</sup> y confirma ahora en esta Novela.

La Novela 115 no modifica el derecho de los hermanos y hermanas del difunto a la cuota legítima.<sup>32</sup>

La Novela en cuestión no toca tampoco a las desheredaciones hechas *non notae causa*, es decir, *bona mente*.

## CAPÍTULO V

# LEGADOS Y FIDEICOMISOS

### § 178. Legados: concepto y formas históricas<sup>1</sup>

El legado es una disposición *mortis causa*, contenida en testamento —o en codicilo confirmado, que es *pars testamenti*—, sobre bienes concretos y con cargo al heredero.

La *heredis institutio* da base a una sucesión universal. El legado, en cambio, determina una sucesión particular, es decir, un traspaso de derechos singulares y separados. Pero el legado es disposición testamentaria, y su validez se condiciona, según regla general, a la de la *heredis institutio*.

El Derecho clásico conoce cuatro tipos de legados: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per praeceptionem*. Cada uno de ellos obedece a una forma y produce efectos propios.

1. El *legatum per vindicationem*, «legado de propiedad» o «legado de disposición» se ordena con la siguiente fórmula: «tome al esclavo Estico, o lo tenga para sí, o lo coja». <sup>2</sup> Tan pronto es aceptada la herencia, la cosa se hace de propiedad civil del legatario. <sup>3</sup> La cosa no fungible ha de pertenecer en propiedad <sup>4</sup> al testador tanto en el momento de otorgar testamento, cuanto en el de la muerte; en cambio, respecto de la cosa fungible basta que sea del testador en el segundo momento señalado. <sup>5</sup>

No solo puede legarse en esta forma la propiedad de una cosa, sino también un derecho real reconocido por el *ius civile* —un usufructo <sup>6</sup> o una servidumbre. <sup>7</sup>

Una vez aceptada la herencia, el legatario puede hacer efectivo su derecho, como titular del mismo, mediante una *vindicatio —rei, usus fructus, servitutis*.

2. El *legatum per damnationem* o «legado de obligación» atribuye al legatario un derecho de crédito, y se ordena en estos términos: «mi heredero quede obligado a dar mi esclavo Estico». <sup>8</sup> La fórmula puede concebirse tam-

bién con las palabras «quede obligado mi heredero a dar; da, haz, ordena a mi heredero dar».<sup>9</sup>

El legado damnatorio puede recaer sobre una cosa cierta —y en los orígenes, quizá, solo sobre una *certa pecunia*— o sobre un *incertum*.

En la época clásica otorga un derecho de crédito, siendo éste susceptible del más vario contenido. *Per damnationem* es dable legar tanto cosas del testador, como del heredero o de un tercero,<sup>10</sup> mas solo si son de aquellas «que se puedan dar».<sup>11</sup> Cabe legar lo que no existe todavía, si se espera que exista; por ejemplo, los frutos que ha de producir un fundo.<sup>12</sup>

Legada una cosa *per damnationem*, aunque sea puramente —*pure*—, y no bajo condición, no entra de modo inmediato en la propiedad del legatario, como ocurre con el legado vindicatorio, sino que ha de serle transmitida por el heredero en las formas acostumbradas de la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*. Lo que se confiere al legatario es un derecho de crédito, por virtud del cual puede pretender un *dare* o un *facere*, y para ello está asistido por una acción *in personam*: la *actio ex testamento*.<sup>13</sup>

3. El *legatum sinendi modo*<sup>14</sup> se dispone con la fórmula «quede obligado mi heredero a permitir que Lucio Ticio tome el esclavo Estico y se quede con él».<sup>15</sup> El legado recae sobre un *sinere* o permitir: el heredero no viene obligado a transmitir la propiedad de la cosa, sino a permitir que el propietario legatario realice su derecho, apropiándose la misma. Mas en la época clásica se llega a considerar que es obligación positiva del heredero la de transmitir la cosa legada, acercándose así esta figura a la del legado damnatorio. Se diferencia, sin embargo, del legado damnatorio, porque solo puede recaer sobre cosas propias del testador o del heredero. Basta que la cosa sea de la propiedad de uno u otro en el momento de la muerte del primero, aunque al otorgarse el testamento no perteneciera a ninguno de los dos.<sup>16</sup> De otro lado, la acción naciente del legado damnatorio puede ser *certa* o *incerta*, mientras que la derivada del legado *sinendi modo* es siempre la *actio incerta ex testamento*.

4. El *legatum per praeceptionem* se hace de esta forma: «que Lucio Ticio tenga preferencia sobre el esclavo Estico».<sup>17</sup> Tal forma es interpretada por sabinianos y proculeyanos de modo distinto: los primeros opinan que mediante ella solo se puede legar en beneficio de quien al propio tiempo ha sido instituido en una parte de la herencia, «pues precepción es elección de preferencia»<sup>18</sup> y esto únicamente es admisible respecto de un coheredero, que hará valer su derecho por la *actio familiae erciscundae*;<sup>19</sup> los proculeyanos entienden, por el contrario, que se puede legar *per praeceptionem* incluso a un extraño, valiendo el legado cual dispuesto *per vindicationem*.<sup>20</sup>

Al principio, la separación entre los varios *genera legatorum* es neta y precisa. De lo que hemos expuesto se deduce, sin embargo, que ya en la época clásica se admiten nuevas fórmulas al lado de las originarias, cuando no se llega a una equiparación de carácter sustancial. Así, entre el *legatum sinendi modo* y el *legatum per damnationem*, entre el *legatum per praeceptionem* y el *legatum per vindicationem*.

La obra de acercamiento y fusión se ve favorecida por la práctica —los testadores, como medida precautoria, legan una misma cosa engarzando varias formas. Y más todavía por el senadoconsulto Neroniano,<sup>21</sup> en virtud del cual un legado inválido en la forma adoptada por el testador, debe ser mantenido cual si hubiera sido ordenado *per damnationem*. Ciertamente, la del legado damnatorio es la más segura y aconsejada<sup>22</sup>, ya que permite disponer en orden a cosas del testador, del heredero y de un extraño.

La legislación de la última época prosigue esta labor, hasta suprimir totalmente la *sollemnitatis verborum*. Una constitución de Constantino,<sup>23</sup> del año 320, acaba con la exigencia del pronunciamiento solemne, y tanto para la institución del heredero, cuanto para la ordenación de legados. Otra de Justiniano,<sup>24</sup> inspirada en el deseo de dar mayor fuerza a la voluntad del testador, dispone que sea una y la misma la naturaleza de todos los legados, procediendo su reclamación con independencia de las expresiones empleadas. El legado otorga siempre un derecho de crédito, y puede producir también efectos reales, si esto no choca con el objeto de la disposición ni con la voluntad del disponente.

### § 179. Personas que intervienen en el legado<sup>25</sup>

Tres personas son de tener en cuenta con referencia a un legado: el difunto, causante o disponente, el gravado o persona a quien toca satisfacerlo, y el beneficiario o legatario.

El causante o disponente ha de tener la *testamenti factio activa*.<sup>26</sup>

Gravado con la obligación de satisfacer el legado solo puede serlo el heredero testamentario, según el régimen antejustiniano.<sup>27</sup> El legado debe ser satisfecho por todos los herederos cuando nada dice al respecto el testador, y también cuando la carga viene impuesta genéricamente —*heredes mei*. En ambos casos, la responsabilidad de los herederos es proporcional a sus respectivas cuotas.

A tenor de la doctrina prevalente, no se prescinde tampoco de la relación entre carga y cuota cuando se impone el legado a varios herederos, o a todos, y se indica a cada uno por su nombre —*nominatim*.<sup>28</sup> Rige también en este supuesto el principio de la responsabilidad en la medida de la cuota, y no el de la distribución de la carga por partes iguales. Y si uno de los herederos es insolvente, la cuota de los demás no sufre aumento, sino que el daño perjudica al legatario.

Impuesto un legado alternativamente<sup>29</sup> a varias personas, éstas se consideran como deudores solidarios, y el legatario puede dirigirse, en consecuencia, contra cualquiera de ellas. Lo propio ocurre cuando el legado es indivisible.<sup>30</sup>

El legatario debe tener la *testamenti factio* con el difunto, y no estar afectado por *incapacitas* o *indignitas*. Pero también aquí se dan excepciones o atenuaciones.<sup>31</sup>

Si varios legatarios son llamados conjuntamente a un mismo objeto, se divide entre ellos por partes iguales, incluso cuando viene dispuesto a favor de los herederos, y siempre que no sea otra la voluntad del disponente.<sup>32</sup> Si el mismo objeto es legado alternativamente, lo consigue, en el Derecho clásico, el primero en reclamarlo; y dado al reclamante, queda libre el heredero respecto de todos los legatarios.<sup>33</sup> En el Derecho justiniano se ordena que la partícula *aut* valga como *et*, y, en consecuencia, se considera que todos han sido llamados conjuntamente.<sup>34</sup>

## § 180. Objeto de los legados

Atendiendo al objeto del legado, que puede consistir en las más variadas cosas, así corporales como incorporeales, se distinguen diversas figuras.<sup>35</sup>

1. *Legatum speciei*. — Si el legado versa sobre un objeto preciso y concreto, debe entregarse éste, según regla general, tal como se encuentra en el momento de morir el testador.<sup>36</sup>

El legatario adquiere la cosa con los aumentos y disminuciones que ésta haya sufrido antes de la muerte del testador,<sup>37</sup> y nada puede reclamar en caso de una transformación que afecte decisivamente a su originaria identidad.<sup>38</sup> Sin embargo, aquí y allí ha de tenerse en cuenta no solo la situación objetiva de la cosa, sino también lo que ha querido, de forma implícita, el testador.<sup>39</sup>

Estando gravada la cosa con derechos reales —servidumbres, usufructo, hipoteca—, se plantea el problema de si toca al heredero su liberación. Para decidir sobre ello, se atenderá tanto a la naturaleza de cada situación jurídica, como a la que es propia del particular legado, y no deberá descuidarse la voluntad del testador.

Tratándose de legado vindicatorio, el heredero solo viene obligado a liberar las cargas cuando así lo haya dispuesto expresamente el testador. En materia de legado damnatorio rige el principio de que las servidumbres prediales pasan con la cosa al legatario, pero si se legó el fundo libre de todo tipo de cargas —*uti optimus maximusque*—, así debe ser entregado.<sup>40</sup> En caso de usufructo, pesa siempre sobre el heredero la obligación del rescate.<sup>41</sup> Y lo propio ocurre con la prenda, si bien a partir de Severo y Caracalla se exige que el testador tenga conocimiento de la carga.<sup>42</sup>

Si la cosa legada pertenece a un extraño, no ignorándolo el testador, el heredero queda obligado a adquirirla y entregarla; y si no fuera posible, deberá satisfacer al legatario el valor de la misma.<sup>43</sup> El disponente debe saber que la cosa es ajena, pero ni esto importa, según el Derecho justiniano, cuando se deja al cónyuge o a un próximo pariente.<sup>44</sup>

Si la cosa pertenece al legatario, el legado es nulo.<sup>45</sup> Pero es válido si la cosa del legatario está gravada con servidumbre, usufructo o prenda, ya que el heredero viene obligado a liberarla de tales cargas.<sup>46</sup>

2. *Legatum generis*. — Legada una cosa no determinada individualmente, sino comprendida en una categoría genérica —*genus*—, y siempre que se trate de legado vindicatorio, es necesario que pertenezca al testador, correspondiendo la elección al legatario.<sup>47</sup> Si se trata de legado damnatorio, importa poco que la cosa sea o no de la propiedad del disponente, y la elección corresponde al heredero.<sup>48</sup> En el Derecho justiniano, en cambio, la elección corresponde al legatario, a no ser que el testador hubiere dispuesto de otro modo.<sup>49</sup>

3. *Legatum optionis*.<sup>50</sup> — Constituye una forma especial de legado *per vindicationem*, y recae, en la época clásica, sobre uno entre varios esclavos del testador, cuya elección compete únicamente al legatario, pues no se transmite a sus herederos. La *optio* es un acto solemne, semejante a la *cretio*; no admite términos ni condiciones; tiene carácter adquisitivo y, por tanto, es irrevocable; debe hacerse una vez aceptada la herencia.

Con miras a evitar una larga y perjudicial incertidumbre, el Pretor suele fijar un plazo dentro del cual deberá elegir el legatario; y si lo deja pasar sin elegir, su derecho queda desasistido de tutela. A fin de realizar la *optio*, puede intentar el legatario la *actio ad exhibendum*.

El Derecho justiniano concierta la *optio* y la *electio* en un tipo único de legado de elección, que viene atribuida al legatario. Se admite ahora la transmisibilidad a los herederos del legatario, si éste muere sin haber elegido por sí.<sup>51</sup>

4. *Legatum partitionis*. — Es el legado de parte de la herencia, o si se quiere, de una fracción numérica. Esta clase de legado se llama de partición porque el legatario se reparte la herencia con el heredero.<sup>52</sup> Según los sabianos, el legatario tiene derecho a exigir el valor de la cuota —la *aestimatio*—; los proculyanos, en cambio, estiman que le es debida la *pars* misma.<sup>53</sup> Justiniano faculta al heredero para elegir entre ambas soluciones, salvo que, tratándose de cosas indivisibles, debe prestarse siempre la *aestimatio partis*.

El *partiarius* o legatario no es *heres* y, por consiguiente, ni carga con las deudas, ni tiene título para dirigirse, como acreedor hereditario, contra los deudores de la herencia. Tal inconveniente pudo obviarse, sin embargo, mediante un régimen de *stipulationes partis et pro parte*,<sup>54</sup> en virtud de las cuales el legatario se compromete a asumir la parte del pasivo proporcional a la del activo recibido, a la vez que el heredero se obliga al reparto de lo cobrado a los deudores.

5. *Legado de una universalidad de cosas*. — Si se lega una universalidad de cosas —un rebaño, por ejemplo—, el legado comprende todas las que forman parte del conjunto en el momento de morir el testador.<sup>55</sup> El rebaño forma un solo cuerpo, y uno es el legado —*unum legatum*—, cuyo objeto permanece aunque aumenten o disminuyan las cabezas, y no se puede aceptar o rechazar en parte. Por el contrario, hay varios legados —*plura legata*— cuando el testador expresa nominalmente muchas cosas.<sup>56</sup>

6. *Legado de prestaciones periódicas.* — Es el legado de una cantidad de cosas fungibles —dinero, por lo común—, cuya prestación debe hacerse en determinados períodos —*annuum legatum*.<sup>51</sup> Se considera que hay tantos legados cuantas son las prestaciones periódicas a cumplir, cada una de las cuales tiene su propio *dies cedens*. El legado se extingue por la muerte del beneficiario.

Por el contrario, hay un solo legado cuando el objeto es una suma o una cantidad a pagar en diversos plazos. Muerto el legatario, sus herederos tienen derecho a cobrar lo que falta para el pago completo.

7. *Legado de alimentos.* — El legado de alimentos —*alimenta legata*— es figura afín a la anterior. No hay aquí tampoco un legado único, sino un conjunto de varios legados, en correspondencia con los varios períodos a que alcanza su prestación. En caso de duda, debe hacerse ésta durante toda la vida del legatario.<sup>58</sup>

Comprende todo lo necesario para el sustento de una determinada persona: comida, vestido, habitación. No cuentan los gastos de educación, a no ser que disponga de otro modo el testador.<sup>59</sup>

Dada su especial función, este legado no queda sujeto a las normas deductivas de la ley Falcidia.

Si nada se dice sobre la medida en que deben prestarse los alimentos, o no se remite la decisión de tal extremo a la persona gravada o a un tercero, se atenderá a lo que el testador hiciera habitualmente en vida, o a lo que dejó a otros con igual finalidad, o, en fin, a su riqueza y a las necesidades del legatario.<sup>60</sup>

Si se ordena la prestación de alimentos hasta la pubertad del legatario —*usque ad pubertatem*— cesa aquélla, según disposición de Adriano, a los dieciocho años, en los varones, y a los catorce, en las mujeres.<sup>61</sup>

8. *Legatum nominis.*<sup>62</sup> — El testador puede legar el crédito del que es titular, y el efecto será que el heredero venga obligado a ceder sus acciones al legatario.<sup>63</sup> Tal cesión ya no es necesaria en el Derecho justinianeo, cuando menos, pues se otorga al legatario una *actio utilis*.

El legado de crédito carece de eficacia cuando nada se debe.<sup>64</sup>

9. *Legatum debiti* — Es el legado de lo que el testador debía ya al legatario. La validez de tal legado depende de que la situación del acreedor-legatario resulte mejorada, de suerte que le interese más reclamar *ex testamento* que en virtud de la primitiva obligación.<sup>65</sup> La ventaja puede estar, por ejemplo, en la destrucción de una *exceptio* que paraliza la inmediata exigencia del crédito.

10. *Legatum liberationis.*<sup>66</sup> — Consiste en el legado de un crédito que ostenta el testador frente al legatario. En tal caso, el heredero no podrá pedir la deuda al mismo deudor, ni al heredero de éste, ni a otro que esté en lugar del heredero; y al contrario, podrá ser reconvenido por el deudor para que le libere de la obligación.<sup>67</sup> El legado también puede consistir en la renuncia al gravamen que pesa sobre la cosa del legatario.

### § 181. Fideicomiso<sup>68</sup>

El fideicomiso —*fideicommissum* = encargo remitido a la *fides*— vino a superar los inconvenientes del régimen formalista a que se sujetaba el legado, a la vez que a colmar las deficiencias que entrañaban tanto el legado como la herencia, cuando no permitían favorecer toda suerte de disposiciones *mortis causa*. Significamos, principalmente, que la falta de *capacitas* o la de idoneidad para ser heredero o legatario —*testamenti factio passiva*<sup>69</sup>— eran obstáculos invencibles para quien quisiera beneficiar por herencia o legado a personas incursas en dichas circunstancias. De otra parte, el impedimento podía ser, no ya legal, sino de hecho: imposibilidad, p. ej., de otorgar testamento por parte de aquel que se encontraba fuera de Roma, en «grandes y largas peregrinaciones».<sup>70</sup>

Característica del legado era su ordenación mediante determinadas palabras, solemnes e imperativas —*certa et solemnia verba; verbis imperativis*— a las que el Derecho otorgaba plena fuerza obligatoria. El fideicomiso carecía de ordenación formal, y su imperio se ejercía por la sola determinación de la moral. Es preciso llegar a la época augustea para encontrarlo dotado de carácter jurídico, en función de obligatoriedad. En efecto, Augusto mandó a los cónsules que interviniesen, en los casos más graves, para obligar al instituido al cumplimiento del fideicomiso. El fideicomiso no logró, sin embargo, ser encajado en el marco procesal del *ordo iudiciorum*, y su eficacia hubo de imponerse a través del procedimiento *extra ordinem*, desenvuelto ante los cónsules, ante los *praetores fideicommissarii* —establecidos por Claudio— o ante los gobernadores provinciales.<sup>71</sup>

### § 182. Acercamiento y fusión de legados y fideicomisos

Legado y fideicomiso se interfieren mutuamente en el curso de la evolución histórica. A partir de los tiempos clásicos, cabe apreciar una firme tendencia a fundir las normas de uno y otro, y a través de un doble expediente: liberando al legado del tradicional rigorismo formal; sometiendo la validez del fideicomiso a la observancia de determinados requisitos. La fusión alcanza su punto culminante en la legislación justiniana. Con Justiniano, en efecto, en todo se han equiparado los legados y los fideicomisos.<sup>72</sup>

Justiniano propende a que siempre se aplique el medio más favorable para actuar la voluntad del testador. Al propio tiempo, sienta el principio de que en los casos de choque o contraste entre los dos institutos, se deben seguir las reglas del «más humano» fideicomiso, de modo tal, que no *sine ratione* a la cabeza de los libros *de legatis et fideicommissis* se lee ahora que «los legados han sido efectivamente igualados a los fideicomisos», y no viceversa.<sup>73</sup>



### § 183. Reglas sobre la adquisición de los legados<sup>74</sup>

La efectividad del legado se subordina a la adquisición de la herencia por parte de los herederos. Si éstos son «necesarios» —*heredes necessarii*—, y puesto que la adquisición de la herencia va consonante con la delación misma, operándose de modo automático, el legatario ostenta su derecho desde este momento. No ocurre así cuando los instituidos son «extraños», ya que adquieren con la *aditio hereditatis*, y mientras ésta no se verifica el legatario tiene una simple expectativa. Lo grave del caso está en que el heredero «extraño», retrasando la *aditio*, puede frustrar tal expectativa: muerto el legatario después del causante, pero antes de la *aditio*, la expectativa no se transmite a sus herederos.

Sin traicionar al espíritu de las normas tradicionales, y con miras a favorecer la voluntad testamentaria, la jurisprudencia logra superar tal inconveniente, a través de la distinción entre *dies cedens* y *dies veniens*, esto es, entre la delación del legado y su adquisición. Con el *dies cedens* el legatario se asegura una expectativa en orden a una adquisición, y de forma que es transmisible a los herederos. Por regla general, coincide con la muerte del testador<sup>75</sup> —*dies legati cedit mortis tempore*. Decimos por regla general, ya que hay casos en que dicho régimen no se aplica: en los legados condicionales, el legado no vence hasta el momento de cumplirse la condición;<sup>76</sup> en los legados de usufructo y de uso, que otorgan un derecho inherente a la persona del beneficiario, el legado no vence antes de la adición de la herencia;<sup>77</sup> *ab adita hereditate* vence también el legado hecho a favor del esclavo a quien se manumite en el testamento;<sup>78</sup> en caso de *legatum optionis*, la *optio* no puede realizarse antes de la aceptación.<sup>79</sup> Obsérvese, en fin, que instituido un *heres necessarius*, delación y adquisición coinciden.<sup>80</sup>

Llegado el *dies veniens*, el legatario adquiere el legado, eso es, realiza el derecho respecto del cual solo tenía una expectativa. La adquisición es inmediata, según la doctrina que prevaleció, y se retrotrae a *morte testatoris*. Cabe repudiar el legado, entendiéndose entonces que nunca adquirió nada.

Por regla general, este *dies* vence en el momento de la aceptación de la herencia. No obstante, es posible demorarlo mediante un término suspensivo fijado por el testador.

### § 184. Limitaciones legales impuestas a los legados

Gayo habla de que antiguamente era absoluta la libertad de legar.<sup>81</sup> De tal afirmación se hacen eco las Instituciones de Justiniano,<sup>82</sup> donde se dice que las XII Tablas no ponían trabas de ninguna clase, pudiendo el testador distribuir en legados el entero patrimonio. Es lo cierto que a finales de la República la costumbre de otorgar legados, tanto en favor de personas de la familia, como de extraños, llegó a los extremos más graves. De un lado, se

puso en peligro la integridad del patrimonio familiar, y de otro, tales liberalidades corrieron el riesgo de no ser observadas, ya que no interesando a un heredero aceptar una herencia cargada de legados, podía optar por repudiarla, con la consecuencia de abrirse la vía intestada, donde los mismos no cuentan para nada.

La legislación de la época republicana trata de poner remedio a tal situación. En la primera mitad del siglo II a. de C., se dicta la *lex Furia*, por virtud de la cual nadie puede recibir a título de legado una cantidad superior a mil ases,<sup>83</sup> salvo que se trate de próximos parientes.<sup>84</sup> Para aquel que adquiere más, establece la pena del cuádruplo.<sup>85</sup> Pero, como dice Gayo, no se consiguió lo que se quería, porque el que tenía un patrimonio, por ejemplo, de 5.000 ases, podía agotarlo íntegramente dejándolo a cinco legatarios, con 1.000 ases de asignación a cada uno.<sup>86</sup>

La *lex Voconia*, del año 69 a. de C., prohibió que el legatario recibiese una cantidad superior a la adquirida por el heredero. Mas tampoco esta ley resultó suficiente, ya que el testador, distribuyendo el patrimonio entre un gran número de legatarios, podía dejar tan mermada la porción del heredero, que el beneficio de lo adquirido no le moviera a soportar las cargas de la herencia.<sup>87</sup>

La *lex Falcidia*<sup>88</sup> del año 40 a. de C., reglamenta definitivamente la materia, disponiendo que el testador no puede legar más de tres cuartas partes de la herencia, en términos de asegurar al heredero el cuarto restante —*quarta Falcidia*— cuando menos.

La ley Falcidia se refería tan solo a los legados, pero su disciplina se extiende luego a toda suerte de disposiciones patrimoniales *mortis causa*. La extensión a los fideicomisos —universales y singulares— se debe al senado-consulta Pegasiano, del año 75 de C., según el cual el heredero puede retener una cuarta parte —*quarta Pegasiana*— con el mismo derecho que tenía en virtud de la ley Falcidia cuando se trataba de legados.<sup>89</sup> El régimen de la *quarta* alcanza a los fideicomisos *ab intestato* por obra de Antonino Pio.<sup>90</sup> Fundidos el legado y el fideicomiso, en el Derecho justinianeo se habla únicamente de *quarta Falcidia*.

Para computar la *quarta* se toma como base el estado del patrimonio hereditario en el momento de morir el testador,<sup>91</sup> sin consideración a los aumentos o disminuciones posteriores,<sup>92</sup> y deduciendo las deudas,<sup>93</sup> el valor de los esclavos manumitidos,<sup>94</sup> los gastos funerarios<sup>95</sup> y los que ocasionan la liquidación de la herencia, la insinuación del testamento y la confección del inventario.<sup>96</sup> Depurado así el activo patrimonial, se procede a su valoración, y objetivamente, esto es, de modo que convenga a la verdad.<sup>97</sup> Y hecha comprobación de lo que vale el activo, los legados que exceden de las tres cuartas partes del mismo se reducen automáticamente —*ipso iure*—, en proporción a su importe, hasta que quede libre la *quarta*.<sup>98</sup> Pero está en la libertad del testador el sujetar a la Falcidia determinados legados, dejando íntegros otros, y siempre y cuando al disponer así salve el heredero la cuarta parte.<sup>99</sup>

En caso de legado *per vindicationem*, el legatario solo adquiere la propiedad de las tres cuartas partes. Si la cosa legada fuere divisible y se encontrare ya en manos del legatario, puede ejercitar el heredero la *rei vindicatio* por la *quarta*.<sup>100</sup>

Tratándose de legado *per damnationem*, el legatario tiene acción para reclamar las tres cuartas partes. Si movido por error de hecho, paga el heredero la totalidad del legado, le es dable a éste ejercitar la *conditio indebiti*.<sup>101</sup>

Respecto de los legados que no admiten división —legados de servidumbres, singularmente, que no son susceptibles de validez parcial— es principio general el de que se mantienen en pie, si bien el heredero tiene derecho a la *quartae aestimatio*, y puede hacerlo valer mediante *exceptio doli*, cuando él mismo posee la cosa, o por una *actio in factum*, en otro caso.<sup>102</sup>

De existir duda sobre si procede o no la aplicación de la ley Falcidia, el legatario deberá prometer, con asistencia de garantes, la restitución en dinero de lo recibido en exceso, y también el que no se comportará dolosamente.<sup>103</sup>

En orden a la aplicación de la ley Falcidia, importa siempre que el heredero impute únicamente lo que recibe a título de tal, esto es, *iure hereditario*, y no por otro título cualquiera —p. ej., *iure legati*.<sup>104</sup>

Si son varios los herederos, el cómputo de la *quarta* ha de hacerse separadamente, es decir, respecto de la porción que corresponde a cada uno de ellos.<sup>105</sup> Cada cuota hereditaria debe quedar libre de legados en una cuarta parte de su valor.

Dejadas a un mismo heredero varias porciones de herencia, sea puramente, sea bajo condición, se hace el cálculo cual si se tratase de una sola.<sup>106</sup>

En caso de sustitución pupilar, solo se toma en cuenta el patrimonio del padre,<sup>107</sup> pero se forma una única masa con los legados impuestos al instituido y al sustituto.

No procede la deducción de la *quarta* cuando se lega un esclavo bajo el ruego —fideicomiso— de manumitirlo.<sup>108</sup> Tampoco en el caso de legados pios,<sup>109</sup> ni en el legado de cosas que compró el marido para uso de su mujer.<sup>110</sup>

La dote legada queda fuera del cómputo de la ley Falcidia, porque se considera que la mujer recibe una cosa que es suya.<sup>111</sup>

El Derecho justinianeo muestra una tendencia desfavorable a la cuarta Falcidia. En efecto, el pago íntegro de un legado importa renuncia a la cuarta respecto de los otros legados;<sup>112</sup> el heredero que no hace inventario pierde el derecho a la cuarta,<sup>113</sup> y, en fin, el propio testador puede disponer válidamente que no se aplique la deducción.<sup>114</sup>

## § 185. Acciones y garantías

El legatario está asistido por las acciones, reales o personales, de que ya hemos hablado —*vindicatio (rei, usus fructus, servitutis)*; *actio ex testamento*.

La *actio ex testamento* pertenece al grupo de aquellas acciones que crecen al doble contra el que se obstina en negar el derecho del actor —*infittiatione crescunt in duplum*. Esta regla de la condena *in duplum*, que aplicaron los antiguos a los legados consistentes en una *certa res*, dejada con la fórmula *per damnationem*, fue extendida por el Derecho justiniano a todos los legados y fideicomisos, ahora fundidos, si bien con la excepción de los otorgados a favor de las Iglesias y obras pías.<sup>115</sup>

Cuando el legado está sujeto a condición o término, el legatario tiene derecho a exigir que el heredero le preste una *cautio* en orden al exacto cumplimiento —*cautio legatorum servandorum causa*.<sup>116</sup> Si no se presta la *cautio*, el Pretor introduce al legatario en los bienes de la herencia —*missio in possessionem, custodiae causa*.<sup>117</sup> Al legatario no se le confiere la posesión de los bienes, sino su custodia; no tiene derecho a expulsar al heredero, sino que detenta la cosa juntamente con éste.<sup>118</sup> La jurisprudencia y la práctica extiende ambas disposiciones al fideicomiso.<sup>119</sup>

A partir de Caracalla se confiere también al legatario y al fideicomisario la posesión de los bienes del heredero, para el caso de que éste deje transcurrir seis meses, a contar desde la reclamación judicial, sin cumplir el legado —*missio Antoniniana*.<sup>120</sup> Desde que entra en tal posesión y hasta que se dé cumplimiento a la voluntad del causante, el legatario tiene derecho a percibir los frutos.

Justiniano prohíbe al heredero que venda o hipoteque la cosa legada, y en caso de enajenarla, no procede contra el legatario o fideicomisario la usucapión.<sup>121</sup> Además, otorga el legatario una hipoteca legal sobre los bienes que el gravado consigue de la herencia, para garantía del cumplimiento del legado.<sup>122</sup>

El legatario no puede entrar por sí, esto es, por acto propio, en la posesión de la cosa legada. Posesionándose de la misma sin la voluntad del sucesor pretorio —del *bonorum possessor*—, se confiere a éste, con miras a recuperar la posesión, el *interdictum quod legatorum*.<sup>123</sup> Tal interdicto es extendido por Justiniano a todo heredero.

## § 186. Invalidez de los legados<sup>124</sup>

Al principio, la validez del legado depende de que la *heredis institutio* no sea nula o no pierda posteriormente su eficacia, por muerte del instituido o por repudiación, sin que exista un heredero sustituto. Sin embargo, en el Derecho clásico y en el Derecho justiniano se dan no pocas excepciones a tal regla, y entre ellas las siguientes: el heredero testamentario que repudia la herencia para recibirla *ab intestato*, y no satisfacer, de consiguiente, los legados, puede ser constreñido al pago de éstos mediante una *actio ficticia*;<sup>125</sup> la caída de la *heredis institutio* por inoficiosidad del testamento —*testamentum inofficiosum*— deja en pie los legados.<sup>126</sup>

La invalidez puede afectar específicamente al legado, y tanto cabe que sea inicial, como posterior o sucesiva. Es nulo *ab origine* el legado cuya ordenación no se hace en consonancia con las formalidades exigidas, así como el que arrastra vicios de capacidad, de voluntad o de contenido. El legado nulo no se convalida si la causa de nulidad desaparece antes de la muerte del testador. Tal es lo que enseña la *regula Catoniana*<sup>127</sup> formulada por Catón hijo, y cuyo tenor es éste: «el legado que no hubiera tenido eficacia, si el testador hubiese muerto al tiempo de ser otorgado el testamento, no es válido, cualquiera que sea el momento de la muerte».<sup>128</sup>

La invalidez sucesiva del legado puede obedecer a varias causas: muerte del legatario antes del *dies cedens*, o pérdida de su capacidad antes de la adquisición; perecimiento de la cosa legada, sin culpa del gravado; falta del cumplimiento de la condición suspensiva; adquisición del objeto por otro título lucrativo; revocación.

La revocación —*ademptio legati*— ha de hacerse, según el Derecho antiguo, mediante empleo de una fórmula solemne, justamente opuesta —*contrariis verbis*— a la del otorgamiento: «no doy, no lego el fundo Corneliano a Ticio»<sup>129</sup>; «mi heredero no dé el fundo Corneliano».<sup>130</sup> El rigor de tal principio viene atenuado en el propio Derecho clásico<sup>131</sup> y desaparece totalmente en el Derecho justiniano: «la revocación de los legados... es válida, tanto si se hace con palabras contrarias, como no contrarias, esto es con cualesquiera otras palabras».<sup>132</sup>

La revocación puede tener lugar mediante la sustitución del legado primeramente ordenado por otro nuevo —*translatio legati*— Cabe transferir el beneficio de una persona a otra; transferir la carga de un gravado a otro; mudar una cosa por otra, o sujetar a condición lo que se dio puramente.<sup>133</sup>

El fideicomiso se considera revocado por cualquier acto o comportamiento que denote una manifestación contraria de voluntad. Es en este campo, justamente, donde se formulan y explican ciertos principios de la revocación tácita que luego se extiende a los legados.

## § 187. Acrecimiento entre colegatarios

La atribución conjunta de una misma cosa a varios legatarios determina un acrecimiento cuando alguno de ellos queda excluido por muerte, incapacidad o renuncia.

En el legado *per vindicationem*, y ya se haga la institución conjuntamente —«doy, lego a Ticio y Seyo el esclavo Estico»—, o en proposiciones separadas —«doy, lego a Ticio el esclavo Estico; doy, lego a Seyo el mismo esclavo»—, todos los legatarios se entienden llamados a la totalidad de la cosa, de forma que la división tiene lugar por obra del concurso.<sup>134</sup> El propio régimen se aplica al *legatum per praeceptionem*.<sup>135</sup>

En el legado *per damnationem* no se da el acrecimiento. Si los colegatarios han sido instituidos separadamente, cada cual tiene derecho a la totalidad de la cosa legada, de manera que, otorgada ésta a uno, se da a otro el valor —la *aestimatio*<sup>136</sup>—. En caso de institución conjunta, el crédito resultante del legado se reparte proporcionalmente entre todos.<sup>137</sup>

En el legado *sinendi modo* tampoco se da el acrecimiento, por más que la cuestión es discutida.<sup>138</sup>

El régimen del acrecimiento sufre profundas modificaciones con las leyes caducarias.<sup>139</sup>

Justiniano otorga valor general a las reglas del legado vindicatorio clásico. Afirmada la naturaleza única de los legados, es principio común el de que si una misma cosa viene legada a varias personas, ya conjunta, ya separadamente, cada una de ellas tiene derecho a una parte, a no ser que el testador haya dispuesto que se atribuya por entero a un legatario, pagándose al otro su valor.<sup>140</sup> Mas si el legado se ordena conjuntamente, el acrecimiento se verifica con cargas, y es voluntario; si se ordena separadamente, no proceden las cargas, y ocurre necesariamente.

### § 188. El prelegado<sup>141</sup>

Prelegado es el legado hecho a favor de uno de los herederos. El legado hecho al único heredero es nulo porque no cabe una relación del heredero consigo mismo,<sup>142</sup> si bien puede resultar útil si el heredero único adquiere como legatario el objeto legado cuando renuncia a la herencia y entra otro en su lugar.

Dispuesto el legado a favor de uno de los herederos, y siempre que no se imponga expresamente a alguno de los que con él concurren a la herencia, su satisfacción compete a todos, en proporción a las respectivas cuotas hereditarias. Sobre el propio heredero favorecido pesa también la carga del legado, pero dado que no puede pagarse a sí mismo la parte que grava sobre su cuota, en esta misma parte se considera nulo. El legado es nulo en los límites de la cuota del heredero prelegatario, el cual puede hacer valer su derecho frente a los otros coherederos en proporción a sus cuotas.

La nulidad del prelegado da lugar a soluciones que revisten especial importancia, si es que, a veces, no parecen chocantes. Si se deja un objeto al heredero juntamente con un extraño, adquiere éste, por acrecimiento, la parte ineficaz del legado. Si se lega el mismo objeto a varios herederos, cada uno recibe, en virtud de acrecimiento, la parte de legado del otro que resulta ineficaz; pero siendo llamados a la herencia en cuotas desiguales, el legado se adquiere en proporción inversa a la cuantía de la asignación hereditaria: el instituido en cuota menor se beneficia del prelegado en la mayor medida.<sup>143</sup>

### § 189. El fideicomiso universal

En los comienzos de la época imperial, es decir, cuando el fideicomiso estaba ya jurídicamente sancionado, el fideicomisario de toda la herencia o de una cuota no asumía el carácter de heredero universal, de suerte que el título de *heres* quedaba vinculado al instituido —*heres fiduciarius*— bajo un régimen idéntico al de la *partitio legata*. Verdad es, no obstante, que mientras las relaciones del *heres* y del *partiaris*, en lo que toca a la regulación de los respectivos derechos y obligaciones, no pasaron nunca de tener el mero carácter de internas, la configuración del fideicomisario como sucesor universal fue afianzándose más y más en el curso de los tiempos.

Cuando se quería transmitir fideicomisariamente una herencia, esto es, cuando se quería dar actuación a un fideicomiso universal, era preciso recurrir a una venta fingida del patrimonio hereditario —*mancipatio nummo uno*—. Ahora bien, la *mancipatio* —mera *causa* de la transmisión—, no otorgaba fuerza a una restitución de la herencia, y, consiguientemente, no producía el paso de las cosas singulares al fideicomisario.<sup>144</sup> La actuación del fideicomiso se lograba mediante la particular transmisión de cada objeto singular. Por medio de estipulaciones añadidas comúnmente a la venta —*stipulationes emptae et venditae hereditatis*—, se regulaban las relaciones entre comprador y vendedor. El heredero fiduciario se obligaba a transmitir el activo, a la vez que el fideicomisario quedaba constreñido a liberar o mantener indemne a aquél por razón del pasivo, es decir, por las deudas. El fideicomisario se obligaba también, llegado el caso, a intervenir como representante —*cognitor* o *procurator in rem suam*— en los procesos entablados contra el heredero fiduciario por razón de las obligaciones que pesasen sobre la herencia. Finalmente, el heredero fiduciario facilitaba al fideicomisario el ejercicio de las acciones de la herencia.<sup>145</sup>

Sin embargo, la obligación de liberación por las deudas no evita que, frente a los acreedores, sea tenido por único deudor el heredero fiduciario, como tampoco hay algo que se oponga a apreciar en el fideicomiso una serie de singulares atribuciones. A la hora de no encontrar beneficio alguno, si procedía a una restitución por el todo hereditario, el heredero fiduciario renunciaba muchas veces a aceptar la herencia, con lo que caía el fideicomiso y, por ende, quedaba irrealizada la voluntad del testador. Como remedio a tan grave inconveniente, se dictó el senadoconsulto Trebeliano —62 d. C.<sup>146</sup>—, a tenor del cual el fideicomiso universal se configura como sucesión universal. De un lado, el heredero fiduciario transmite el activo; de otro, se libera de las deudas y, por último, el fideicomisario, tras la restitución de la herencia, ocupa el lugar de heredero,<sup>147</sup> como *quasi heres*, ya sea accionando frente a los acreedores, ya sometiéndose a las acciones de éstos.<sup>148</sup>

El senadoconsulto Pegasiano —75 d. C.— alteró la norma del senadoconsulto Trebeliano, instaurando un régimen ciertamente complejo.<sup>149</sup>

Justiniano zanjó el espacioso y complejo problema fideicomisario,

mediante una refundición de las normas de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano.<sup>150</sup> De una parte, dispuso que el senadoconsulto Trebeliano atribuyese una única calificación a toda suerte de entregas fideicomisarias, en términos de considerar siempre al fideicomisario como sucesor universal; de otra, mantuvo en vigor dos reglas del senadoconsulto Pegasiano, a tenor de las cuales el *heres* retendrá la *quarta*, obligándosele, en todo caso, a adir la herencia y entregarla al fideicomisario. Detraída la *quarta*, el fideicomisario es sucesor universal respecto de las tres cuartas partes, puesto que la herencia es recibida como unidad, y en esa unidad se comprende tanto el activo como el pasivo.<sup>151</sup>

### § 190. La sustitución fideicomisaria<sup>152</sup>

Tanto respecto de los legados como respecto de los fideicomisos, cabe hablar de sustitución. Sin embargo, no debe confundirse la sustitución directa en los legados y fideicomisos con la sustitución fideicomisaria. La sustitución directa u ordinaria tiene lugar cuando es nombrado un legatario o fideicomisario para el caso de que el primer legatario o fideicomisario no llegue a adquirir el legado o el fideicomiso. La sustitución fideicomisaria —expresión común a legados y fideicomisos— implica el otorgamiento de un legado o de un fideicomiso a favor de una persona, ordenándose que, tras su adquisición por ésta, pase a otra, luego de transcurrir cierto tiempo o de cumplirse determinada condición.

Hay herencia sucesiva, bajo un sello de singular característica, en la sustitución fideicomisaria, para la cual los romanos no emplean *substituere* o *substitutio*.<sup>153</sup>

En la sustitución fideicomisaria el heredero entra en la herencia, de un modo efectivo y verdadero, permaneciendo en el goce de ella durante cierto tiempo o hasta que se cumpla una determinada condición, debiendo después restituirla al sustituto. Hay, por tanto, un orden sucesivo —*ordo successivus*—, que califica característicamente a la herencia fideicomisaria, al *fideicommissum hereditatis*.

Sin apartarse de los principios singulares que definen el fideicomiso, la sustitución fideicomisaria llegó a adquirir unos rasgos propios, a tenor de los cuales no pudo considerársela como «disposición a título particular, comparable al legado, sino como disposición hereditaria, y precisamente de herencia sucesiva».<sup>154</sup> Advertidas las mutuas interferencias entre las normas del legado y de la herencia, que no permitieron nunca llegar a una formulación dogmática de la institución, cabe afirmar que, a partir de la mitad del siglo I de C., produjo los efectos propios de la herencia y no del legado, aun cuando «bajo otros aspectos es regulada por los principios del legado, y no de la herencia».<sup>155</sup>

De todas maneras, la *restitutio* se configura en términos de atribuir al



fideicomisario la condición de *heres*. El fideicomisario sucede, no en lugar del heredero, sino después del heredero, ocupando su misma posición jurídica respecto de la herencia toda.<sup>156</sup>

### § 191. El fideicomiso de familia

Una figura especial de sustitución fideicomisaria, y la más importante, sin duda, es el fideicomiso de familia —*fideicommissum familiae relictum*.<sup>157</sup>

El *fideicommissum familiae relictum* se caracteriza porque el testador vincula la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones. La obligación cifrada en la *restitutio* determina que el beneficiado no tenga facultad para enajenar los bienes recibidos, siendo improcedente, en tal caso, la deducción de la *quarta Falcidia*.

Los bienes fideicomisarios son restituidos a las personas indicadas por el testador, o bien, faltando éstas, a quienes lleven el nombre del disponente a la hora del fallecimiento, o a sus hijos inmediatos, si no hay disposición que lo prohíba.

Tanto cabe que el testador ordene la restitución a favor de un individuo concreto, como que la establezca en beneficio de aquel a quien elija el heredero, o también en provecho de todos los miembros familiares. Si el fiduciario a quien se facultó para elegir no eligiese, entra en juego el orden sucesorio *ab intestato*. Si la restitución se ordenó *in genere*, esto es, a favor de la familia, se precisa saber quiénes se entienden incluidos en la misma. En la legislación justiniana,<sup>158</sup> familia es término comprensivo, no solo de los ascendientes, los descendientes y todos los parientes, sino también, a falta de éstos, del yerno y la nuera, y, últimamente, de los libertos.

Justiniano extiende el fideicomiso de familia más allá del primer grado.<sup>159</sup> Pero la Novela 159 sanciona la libertad de los bienes fideicomitidos después de la cuarta generación. Es el primer paso de una tendencia encaminada a la abolición del fideicomiso familiar. Tal tendencia se manifiesta máximamente en las legislaciones modernas.

## CAPÍTULO VI

### DONACIONES

#### § 192. Concepto de la donación<sup>1</sup>

La donación implica un traspaso de derechos patrimoniales, bajo la determinante de una pura y simple liberalidad.<sup>2</sup> El traspaso no obedece a ningún deber y es independiente de cualquier compensación.

Lo dicho responde a la noción práctica, intuitiva con facilidad por el común de las gentes. El problema empieza, sin embargo, cuando hay que precisar, en dominio jurídico, el concepto de la donación. Resulta difícil, en efecto, aprehender sus elementos constitutivos, así como descubrir y dar contornos exactos a estos rasgos singulares que han de permitirnos su individualización. Importa, en todo caso, diferenciarla de toda una serie de actos que, no siendo donaciones, entrañan una liberalidad.

Dentro del Derecho clásico, la donación no constituye un negocio jurídico especial, esto es, obediente a un régimen propio o típico, sino una causa general de adquisición de derechos, un *genus acquisitionis*. La donación existe como *causa*, como fundamento práctico de una adquisición patrimonial, pero nada más. No existe la donación en el orden reclamado por un concepto técnico-jurídico.

Todo derecho, para ser constituido, exige de sus debidas formas. Cada negocio se sujeta a su propio régimen, y si hay varios negocios que favorecen, entre otras cosas, la atribución, liberalmente hecha, de un bien patrimonial, es esta *causa*, este fin práctico, lo único que tienen en común.

Puede llevarse a cabo una donación mediante negocios de varia índole, pero la *causa donationis* no es tomada en cuenta por la ley. Importa poco que una *mancipatio*, por ejemplo, se verifique *donationis causa* o *venditionis causa*. De un lado, la *causa*, cualquiera que sea, queda como escondida; de otro, el que entre en juego tal o cual causa no es algo que altere en lo más mínimo los requisitos y efectos uniformes del acto.

Comienza a destacar la *causa donationis* y, por consiguiente, a perfi-

larse la donación como instituto autónomo, cuando la *lex Cincia*, del año 204 a. de C., establece un régimen de prohibiciones. La ley Cincia prohíbe las donaciones que sobrepasan de cierta medida, y esto obliga a determinar si un acto concreto se ha realizado o no *donationis causa*. La propia cuestión se planteará después, al ser prohibidas, en los comienzos del Imperio, las donaciones entre marido y mujer —*donationes inter virum et uxorem*.

Con todo, la donación sigue siendo *causa*, fundamento justificativo de la adquisición. Mas considerada como causa, se diferencia desde varios puntos de vista de otros actos de liberalidad. La donación importa una disminución del propio patrimonio y del enriquecimiento irrevocable del donatario. No es donación, por consiguiente, el aquella disminución patrimonial que responde a un deber.<sup>3</sup> No lo es tampoco el precario, que obliga a restituir la cosa tan pronto lo decida el concedente.<sup>4</sup> Ni el comodato y el mandato, que importan liberalidad, pero constituyen figuras contractuales típicas.

La donación requiere el concurso de tres elementos: a) un negocio idóneo para el traspaso del derecho patrimonial; b) adquisición del derecho patrimonial sin reciprocidad o correspondencia —*causa donationis*—; c) intención de llevar a cabo una liberalidad —*animus donandi*.<sup>5</sup>

Según la naturaleza del acto patrimonial, se distinguen las donaciones en «reales», «obligatorias» y «liberatorias».

La donación real implica traspaso de la propiedad o constitución de un derecho real. La donación obligatoria determina el nacimiento de un derecho de crédito a favor del donatario. La donación liberatoria consiste en la remisión de una deuda o gravamen que afectaba al beneficiario.

Cada una de estas especies precisa las formas reclamadas por la naturaleza del derecho que se quiere transmitir. Entran en consideración, a este respecto, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, la *stipulatio*, la *acceptilatio*, el *pactum de non petendo*, etc.

### § 193. Límites y formas especiales de la donación

La delimitación conceptual de la donación se inicia, como ya hemos dicho, con la ley Cincia.<sup>6</sup> Prohíbe esta ley dar y recibir —*donare, capere*— donaciones —*donata et munera*— superiores a cierta cantidad —que no conocemos—, salvo que se trate de determinadas personas: *cognati* dentro del quinto grado, y del sexto los *sobrini*; cónyuges y novios; algunos afines —el suegro y la suegra, el yerno y la nuera, el padrino y la madrina, el hijastro y la hijastra—; el patrono, cuando le dona el esclavo o el liberto; el pupilo, favorecido por el tutor.

La *lex Cincia* es *imperfecta*, ya que prohíbe las donaciones superiores a la cuantía establecida en favor de las personas no exceptuadas, pero ni declara su nulidad, ni impone una sanción a los contraventores. El derecho preto-

rio, la jurisprudencia y la legislación imperial fijan las consecuencias de la infracción.

Si la donación es obligatoria, y a la *stipulatio* no ha seguido su cumplimiento, el donante puede paralizar la reclamación del donatario con la *exceptio legis Cinciae*. Si la donación es real, y a la *mancipatio* o a la *in iure cessio* no ha seguido la entrega de la cosa —*traditio*—, entra también en juego tal *exceptio*. Cuando la donación se ve paralizada por dicho medio, se dice que es *imperfecta*, en tanto que se llama *perfecta* a la que resulta inatacable, por haberse realizado el pago o la entrega.<sup>7</sup> Perfecta es también la donación cuando ha sido hecha mediante *acceptilatio*.<sup>8</sup>

La *exceptio legis Cinciae* no se da a favor de los herederos del donante. Muerto éste, cesa la aplicación de la ley.<sup>9</sup>

En el Derecho posclásico la ley Cincia cae en desuso.<sup>10</sup> Constantino sujeta las donaciones a nueva disciplina, que consiste en la exigencia de la «insinuación»,<sup>11</sup> esto es, su documentación ante funcionarios competentes. Esta exigencia de una forma peculiar, imprime a la donación el carácter de acto típico, de instituto autónomo.

Justiniano exige la insinuación de las donaciones superiores a 500 sueldos. Las superiores, no insinuadas, son nulas en cuanto al exceso.<sup>12</sup> Dicho requisito afecta por igual a las donaciones efectivas y a las promesas de donación.

No es necesaria la insinuación de las donaciones otorgadas a favor de una misma persona, cuando no excede cada una de 500 sueldos.<sup>13</sup> Tampoco es precisa para las constituciones de renta que no sobrepasan en un año tal cantidad.<sup>14</sup>

No requieren la insinuación las donaciones hechas al emperador o por el emperador, las destinadas a fines píos, a la reconstrucción de edificios ruinosos, al rescate de prisioneros, a la constitución de dote.<sup>15</sup>

## § 194. Figuras especiales de donación

Figuras especiales de donación son las siguientes:

1. *Donación «sub modo»*.<sup>16</sup> Es la que impone al donatario la obligación —*modus*— de realizar una prestación a favor del propio donante o de un tercero. Es frecuente recurrir, con tal fin, a un *factum fiduciae*, inserto en el acto mancipatorio, o a una promesa estipulatoria separada. En el Derecho justinianeo el donante *sub modo* dispone de la *condictio causa data causa no secuta* para pedir la devolución de lo entregado, y de la *actio praescriptis verbis*, para obligar al cumplimiento de la carga. Cuando se dispone el *modus* en beneficio de un tercero, asiste a éste una *actio utilis*.<sup>17</sup>
2. *Donación remuneratoria*.<sup>18</sup> Es la verificada para premiar algún favor o beneficio recibido. La donación hecha a quien salvó la vida del donante es irrevocable en el Derecho justinianeo.<sup>19</sup>

3. *Donatio mortis causa*.<sup>20</sup> Es la que se hace con vistas a la propia muerte, por lo que sus efectos definitivos dependen de que el donatario sobreviva al donante. Los romanos explican el fin de la donación diciendo que el donante quiere tener la cosa antes que el donatario, y que la tenga éste con preferencia al heredero.<sup>21</sup> También cabe donar en consideración a un peligro inminente —enfermedad grave, viaje peligroso, guerra, etc.<sup>22</sup>—, pero la donación pierde su eficacia si el donante sobrevive al riesgo.

Tanto cabe someter la donación a condición suspensiva, como a condición resolutoria, de suerte que la cosa donada solo sea adquirida al morir el donante, o que, por el contrario, se adquiriera inmediatamente, salvo revocación en caso de premorir el donatario.


Las donaciones *mortis causa* entrañan una adquisición que no arranca de la herencia, aunque importan una merma de lo que vendría a parar al heredero. Su asimilación a los legados se hace gradualmente, alcanzándolas los preceptos de las leyes Furia y Voconia, que limitan la facultad de recibir por legado o donación por causa de muerte,<sup>23</sup> de las leyes augusteas sobre incapacidad,<sup>24</sup> y de la ley Falcidia.<sup>25</sup> El proceso de unificación tiene su punto culminante, si bien no definitivo, en el Derecho justiniano. No se exige aquí el requisito de la insinuación, sino que es bastante el concurso de cinco testigos,<sup>26</sup> cual ocurre en el codicilo, y, por otra parte, se admite la libre y plena revocación.<sup>27</sup>

### § 195. Revocación

La donación puede ser revocada por ingratitud manifiesta del donatario. El Derecho clásico la concede al patrono contra el liberto ingrato;<sup>28</sup> se otorga luego al padre y a la madre, si ésta no ha contraído segundo matrimonio,<sup>29</sup> así como a cualquier ascendiente,<sup>30</sup> y, por último, Justiniano la hace general.<sup>31</sup> La acción revocatoria fundada en la ingratitud del donatario es personal, de forma que ni puede intentarse contra los herederos de éste, ni por los herederos del donante.<sup>32</sup>

El Derecho posclásico admitió la revocación por supervivencia de hijos a favor del patrono y frente al liberto.<sup>33</sup>

La revocación puede fundarse también en un convenio —revocación convencional o reversión. En el Derecho clásico cabe convenir la restitución de la cosa al donante o a un tercero, mediante *stipulatio* o *pactum fiduciae*, pero de aquí solo surgen efectos obligatorios. La revocación real es admitida en el Derecho justiniano, pudiendo acordarse por simple pacto.<sup>34</sup>



Si la sociedad romana se centró en la propiedad agrícola, mientras la moderna lo hace en la empresa financiera, en la compañía mercantil, en el industrialismo invasor, en el crédito, en el ámbito laboral, resulta cierto que el **Derecho romano**, referido a la seca literalidad de sus prescripciones o, si se quiere, de sus fieles dictados formativos, carece de sitio en el mundo actual. Sin embargo, otra cosa es desterrar el conocimiento de la más soberana formación jurídica que han conocido los tiempos. Otra cosa es declarar baldío aquello que en expresión de Zubiri, se ofrece como uno de «los tres productos más gigantescos del espíritu humano».

Esta obra del profesor Iglesias, por cuya dedicación al estudio y la enseñanza del Derecho romano durante más de seis décadas le fue concedido el Premio Príncipe de Asturias 2001 de Ciencias Sociales, ha sido elogiada unánimemente en numerosas recensiones, tanto españolas como extranjeras. El elegante y castizo lenguaje, su valor pedagógico, la consistencia científica, la riqueza expositiva y el sentido histórico-jurídico han dado singular fama a este libro, un verdadero clásico de la literatura «romanística».

