



**Apuntes de la Licenciatura en Derecho/
Asignatura: Derecho Romano
Teresa da Cunha Lopes**

ANTECEDENTES.-

Una de las mayores aportaciones del mundo romano a la Historia y a las Ciencias Jurídicas es el Derecho, sobreviviendo sus elementos fundamentales a la sociedad que los creó. Las leyes de las XII Tablas se consideran el punto de partida del sistema legal romano. Los primeros entendidos en el Derecho serían los pontífices, siendo los consejeros de jueces y particulares. Sus comentarios serán los primeros pasos de la literatura jurídica. Este primer Derecho pontificio estaba vetado a los profanos, al mantener un carácter sacro por lo que Cneo Flavio publicará la lista de los días que se celebraban los juicios. De esta manera los sacerdotes abandonaban su monopolio y se inicia la jurisprudencia pública. La actividad legislativa será aumentada cuando las Asambleas populares, los magistrados y el Senado aumenten el número de edictos promulgados. Incluso llegaron a realizarse recopilaciones de leyes que habían sido promulgadas por los pretores (ius praetorium) o los ediles curules (ius aedilicium) conformando el ius honorarium o Derecho de los magistrados. El poder judicial reside en manos de los pretores desde el año 336 a.C. Los otros magistrados tenían un poder muy limitado en comparación con el pretor. El proceso civil se iniciaba cuando el querellante invitaba al demandado a presentarse ante el pretor. Si el demandado se negaba, el querellante podía utilizar la fuerza para llevarle a juicio. El Estado declinaba la potestad de la citación en los ciudadanos. Los jueces eran elegidos por las partes entre los inscritos en una lista que anualmente preparaba el pretor para ese efecto. Si ambas partes llegaban a un acuerdo sobre los hechos

juzgados, el pretor decidía. La fórmula más antigua de proceso civil que tenemos noticia es la llamada de legis actio, declaración de un ciudadano ante el pretor de sus derechos. El pretor poseía la facultad de rechazar o dar curso a la instancia presentada por el demandante. Las causas penales eran mucho más sencillas, entre otras cosas porque los crímenes que juzgaban eran menores: incendio doloso, asesinato, destrucción de cosechas de manera intencionada. La antigua Ley del Talión será sustituida por una multa que recibe el agredido. La jurisdicción sobre las causas penales recaía en los reyes en un primer momento para pasar a los magistrados en los tiempos de la República que dejaron paso a las Asambleas populares. Si durante la época republicana el Derecho alcanzó un importante grado de desarrollo, en el Imperio tomará unas proporciones vastísimas, parejas a las dimensiones y cantidades de población que habitaban dentro de las fronteras. Las fuentes del Derecho serán las leyes dictadas por los emperadores y los decretos senatoriales. Las leyes del emperador se dividían en: edictos -disposiciones para toda la población-, mandatos -para los funcionarios-, rescriptos -disposiciones sobre temas aislados- y decretos -decisiones sobre problemas judiciales-. Entre los siglos II y III adquieren especial importancia los juristas, intérpretes del Derecho ahora laicos, entre los que destacan Gayo y Papiniano



El Legado Jurídico De Roma.

Roma, heredera mítica de Troya, la ciudad de los héroes. Allí donde ésta fue mortal, aquella es Eterna. Con estas palabras del poeta se simboliza la permanente influencia de Roma en nuestra cultura. Es usual afirmar que el Occidente Cristiano es hijo de la Loba (Romana) y en un sentido muy exacto la afirmación es correcta. Es Roma la que nos lega las instituciones jurídicas, que han perdurado en Occidente por milenios. También ha sido Roma la que nos ha aportado el esquema general de nuestras concepciones de organización política y social. Su influencia es visible en las costumbres y también en la lengua. El legado religioso cristiano, base de la civilización occidental, es a su vez, el vehículo primordial de la transmisión y continuidad de Roma. Finalmente, con la integración de los últimos diez países a la Unión Europea y con la posible entrada de la Turquía en la UE, el bloque europeo parece reintegrar las fronteras del imperio. Todos estos aportes son demostración de una herencia perdurable, que nos

permite justificar el calificativo de "Eterna" que se ha dado a la ciudad de los emperadores y Papas.

Pero, cabe preguntarse cuáles son las razones de esta influencia, y en particular, la importancia de Roma en la construcción civilizacional de países tan remotos geográficamente, pero tan cercanos culturalmente, como es el caso de México. La respuesta es bastante sencilla, pero de una consecuencias enormes desde el punto de vista histórico.

La cuna o matriz de la cultura Cristiano Occidental es Roma (junto a Grecia). La República Romana es la que conquista la Península Ibérica y la sustrae a la influencia del poder de Cartago. El Imperio es el que unifica el status jurídico de los habitantes de la Península concediéndoles la ciudadanía romana. Es Roma la que, asimismo, unifica la cultura, absorbiendo a los distintos pueblos sujetos a su dominio (dentro de los cuales están los ibéricos o habitantes de las Hispanias); es igualmente Roma la que adopta el cristianismo como religión oficial y es Roma la que nos lega los principios de organización jurídica a través de su magno Derecho (Que es la base de la organización jurídica Europeo continental y de Iberoamérica).

El ideal político cristiano de la Edad Media es nada más ni nada menos que la reconstitución del Imperio Romano Universal, cuya misión (en una perspectiva milenarista) consistía en preparar la segunda venida del Salvador a quien el Emperador Romano, entregaría las llaves del mundo. Es esta idea imperial y su modelo romano que recuperan el conjunto de las legislaciones visigodas y más tarde, el Imperio de Carlos V. O sea, la Conquista y el virreinato están impregnados de este espíritu político y jurídico inspirados en Roma.

En fin, nuestra cultura sería imposible de explicar sin la intervención de Roma.

Por esto resulta de toda lógica estudiar el desenvolvimiento y desarrollo histórico de Roma y de sus instituciones como una forma de entender las razones que llevan al establecimiento de una cultura occidental en el Nuevo Mundo.

A la vez debe considerarse que siendo Roma la base de las instituciones jurídicas que florecen en el sucesor reino de Castilla, su influencia se proyecta directamente hacia México, por ser Castilla la que transplanta dichas instituciones jurídicas a nuestro suelo.

ETAPAS DE DESARROLLO DE ROMA



1 y 2. En el siglo VIII a. C., Roma es una pequeña aldea situada en el corazón del Latium, es decir, de Italia.

3. En el año 275 a. C., tras la victoria sobre Pirro, Roma domina toda la Italia peninsular.

4. Año 31 a. C. Roma es ya soberana del mundo mediterráneo.

5. Año 116 d. C. El Imperio Romano alcanza su mayor extensión: de Escocia a Arabia, del Danubio y el Cáucaso al Sáhara.



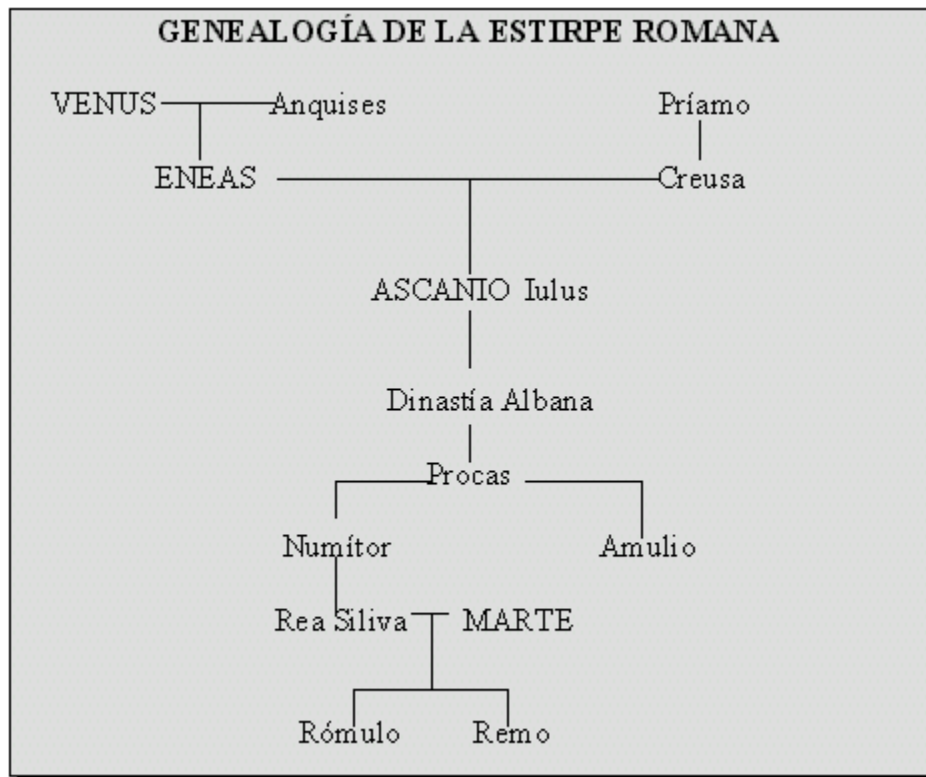
Hablar de la Historia de Roma implica precisar las diferentes etapas por las que atraviesa la civilización latina desde sus remotos orígenes hasta sus últimos días.

Para tratar este tema es usual (y es lo que aquí haremos) dividir la historia de Roma en dos vías paralelas:

La Historia Política Y La Historia Jurídica De Roma.

Desde el punto de vista de la **Historia Política de Roma**, la división tradicional distingue entre:

Monarquía (desde 754 o 753 a.C., año de la Fundación de la Urbe, hasta la caída del trono de Tarquino el Soberbio en el 509 o 510 a.C.) Corresponde a una época más o menos mítica, que se inicia con la Fundación de la Urbe en el "Septimontium" o siete colinas del Lacio, y se caracteriza por la oscuridad de su historia política y social. La ciudad está limitada por sus propias murallas y debe enfrentarse permanentemente a las agresiones de sus vecinos más avanzados y poderosos en el plano militar. La Pirámide política y social está encabezada por el Rey y la nobleza o patricios. Culmina con el destierro del último rey de origen Etrusco, Tarquino el Soberbio en 510.



República (desde 510 a.C. hasta el 27 d.C, con la ascensión al poder de Octavio Augusto). Este periodo se examinará detenidamente en clase, por su importancia formativa en el campo constitucional y jurídico de Roma, y por ser el período de expansión militar y territorial de Roma, por excelencia. Sin embargo, hay que distinguir, al interior de la Republica, dos grandes su-períodos: de la fundación hasta el 218 a.c. (2ª. Guerra Púnica); de 218ª.c. hasta la batalla de Actium (27 a.c.)

El Imperio (desde el 27 a.C. hasta el 476 en que cae el Imperio de Occidente): Este periodo suele subdividirse en las siguientes sub-etapas:

a) El Principado (Desde el 27 a.C. al 235 d.C., o sea , desde la batalla de Actium y el inicio del poder personal e individual de Augusto, hasta la muerte del último de los Severos, el emperador Alejandro). Durante este periodo se guardan las formas republicanas, pero despojadas de sustancia. Es decir, durante esta etapa (Augusto no tuvo el título oficial de Emperador. El primero en acceder a esa dignidad es su sucesor y sobrino Tiberio) formalmente el Senado sigue conduciendo el proceso político, aunque en la práctica se limita a ratificar los Edictos del Príncipe (Princeps Senatus) o Emperador.

b)El Dominado (Desde el 235 d.C. al 337 d.C. , o sea desde el último Severo hasta la muerte de Constantino el Grande) .En esta etapa ha habido un cambio conceptual en la noción e idea del gobierno y el Imperio adopta algunas de las formas políticas orientales, es decir, el Emperador es revestido de atributos absolutos y el Senado y los demás órganos dejan de tener un papel activo en la política, para pasar a ser cuerpos de representación simbólica o consultivos. La Corte Imperial adopta las costumbres del oriente y el Emperador asume un papel divino o sagrado. Curiosamente es un periodo repleto de intrigas y complots, que acaban con la vida de muchos emperadores, de manera violenta las más de las veces.

c)El Bajo Imperio (Desde el 337 d.C. al 476 d.C. , desde la muerte de Constantino hasta la conquista de Roma por los Bárbaros y deposición del último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo). Por un lado, este periodo se caracteriza por una fragmentación operativa del poder imperial. Son frecuentes los casos de varios emperadores simultáneos, o de la existencia de emperadores y césares adjuntos, de modo a asegurar la sucesión y el control regional directo. Por otro lado, la unidad política del imperio se disloca, pues es dividido en forma más o menos permanente en dos amplias secciones: Occidente con Capital en Roma y Oriente con centro en Constantinopla. A veces la división es aún mayor, como sucedió con los sucesores de Constantino que fueron 5. Desde Teodosio el Grande se produce la división permanente entre Oriente y Occidente y la presencia cada vez más acentuada de los bárbaros en las debilitadas fronteras del Imperio hace que este empiece a colapsar. La penetración de estos pueblos germanos en el mundo romano es gradual y lenta, pero a inicios del siglo V adquiere un carácter violento: El saqueo de Roma en 410 por Alarico, rey de los Visigodos constituye un presagio de los tiempos de descomposición que vendrán. Al final del Imperio Romano de Occidente, sólo queda una parte de la Península Itálica y esta cae con la llegada de Odoacro, un bárbaro de origen hérulo que depone al último emperador, un niño de 14 años cuyo nombre resulta paradójal: Rómulo Augústulo (une los nombres del primer rey y primer príncipe emperador romano).

d)Bizancio (desde el 330 a.C. con la fijación de la ciudad Capital en Constantinopla hasta 1453 momento en que Constantinopla cae en poder de los Turcos Otomanos). Cuando Constantino decide fundar una nueva capital en Oriente y elige a la antigua ciudad griega de Bizancio, rebautizada Constantinopla como centro de expansión política, provoca un desplazamiento de las energías y

fuerzas políticas que dejan a Roma en una situación de mayor inestabilidad. Sin embargo la nueva ciudad y su porción del imperio, sobreviven y se desarrollan para formar una nueva sociedad más rica y compleja que la que le dio origen: El Imperio Bizantino. Decenas de gobernantes se suceden en un imperio que sabe combinar por más de 12 siglos la fuerza militar, la riqueza comercial y las armas de la diplomacia. Sólo a mediados del siglo XV, frente al desafío del poder del Turco, Bizancio, extenuada por largas guerras y, sobre todo, por conflictos internos, cae en poder de éste pueblo asiático convertido al Islam.

Cabe destacar que durante más de un siglo Roma y Constantinopla comparten el mundo romano y la separación en Imperio Occidental y Oriental, como se ha dicho, viene sólo desde la muerte de Teodosio el Grande (en 395).

Esquema Cronológico y Historia Jurídica de Roma

En cuanto a la cronología y división de la **Historia Jurídica de Roma**, es de general aceptación la siguiente clasificación del Prof. Álvaro D'Ors:

Época Arcaica: (Desde la Fundación de la Urbe hasta el surgimiento del Derecho de Juristas, en 130 a.C.) Coincide con la Monarquía y gran parte de la República. En este periodo el Derecho se basa en las llamadas "**mores maiorum**", las costumbres de los antepasados. Es un derecho primitivo, no escrito y basado en las estipulaciones de la tradición y de lo que es "justo" según los mayores. El Derecho no se vincula a la autoridad política, sino a la creación de la propia comunidad, cuya unidad primera es la Gens. Luego de una larga evolución se codifica y fija por primera vez en la llamada Ley de las XII Tablas o Decemviral (nomenclatura motivada por la denominación del colegio de magistrados encargados de su redacción; los decemvros o diez varones). El texto original de estas leyes nos es desconocido, pero se han conservado algunas referencias y citas posteriores que se refieren a su contenido esencial. En cuanto a su estructura, las 10 primeras fueron obra del primer colegio reunido alrededor del año 451 a.C. y las 2 restantes (llamadas leyes "inicias" por prohibir el matrimonio entre patricios y plebeyos) obra de un segundo colegio reunido en 449. Es con la dictación de estas leyes, que se da inicio a una progresiva tarea de interpretación y creación jurisprudencial, por parte del Colegio de los Pontífices que interpretan el Derecho (jurisprudencia pontificia).

Época Clásica: (Desde el 130 a.C. al 230 d.C.), coincide en líneas generales con la última fase de la República y el Principado y se divide a su vez en 3 etapas:

a)Primera época clásica (Desde el 130 a.C. al 30 a.C.) En este periodo, que se inicia con la adopción del "Agere per formulam" por la Lex Ebuca, se desarrolla el Derecho Clásico Jurisprudencial y termina con la generalización del procedimiento formulario.

b)Alta época Clásica (Desde el 30 a.C. al 130 d.C.) Este periodo se caracteriza por el desarrollo de las escuelas de jurisprudentes, que alcanzan su máximo desarrollo. Culmina con la fijación del Edicto Pretorio.

c)Época Clásica Tardía (Desde el 130 d.C. al 230 d.C.) En esta etapa decae y termina desapareciendo la escuela de los juristas y hacen su aparición como fuente casi exclusiva de derecho, las Constituciones Imperiales.

Época Postclásica: (Desde el 230 d.C. al 530 d.C.)- Este periodo coincide con el Dominado y el Bajo Imperio (en Occidente). Se extiende desde la desaparición de los juristas hasta la fijación de la totalidad del Derecho Clásico en los cuatro elementos del Magno Corpus Iuris (Civilis) del emperador Justiniano, en 530.

Sin embargo, otros autores usan una división cronológica diversa a la de Álvaro D'Ors. Así, esta larga historia, que comprende cerca de trece siglos, también se puede dividir en cinco períodos:

Período del derecho arcaico o quiritario.- Que se desarrolla desde los orígenes de Roma hasta el siglo *si* a. de C. En esta fase el derecho, formado esencialmente por normas consuetudinarias, referentes a la vida local y agrícola de la civitas primitiva, va referido principalmente a los cives, esto es, a los ciudadanos romanos (quirites) y presenta caracteres rigurosos y formalistas, que se revelan también en la estructura del proceso llamado "*legis actiones*", dividido en dos estadios, el que se realiza ante el magistrado que fija los términos de la controversia y el que se actúa frente al juez que juzga los elementos de hecho. Se van creando los institutos jurídicos fundamentales en torno a las XII tablas, codificación parcial de los usos vigentes en el siglo y a. de C. y se compone el primer núcleo del "*ius civile*" (en el sentido de "*ius proprium civitatis*", elaborado primero por la jurisprudencia pontifical y después por la de carácter laico.

Periodo del derecho republicano.- A partir de la segunda guerra púnica (218-201 a. de C.) que inicia la expansión de Roma en la cuenca mediterránea, el derecho romano va enriqueciéndose y renovándose. El pequeño municipio rústico, que llega a ser una potente ciudad-estado, entra en contacto con otras civilizaciones. Junto al "*ius civile*" surgen nuevos ordenamientos: el "*ius gentium*", más elástico y sin formas, en el que participan, por las exigencias del comercio, los extranjeros (peregrini), y el "*ius honorarium*" (de honor, magistratura), creado por el pretor para adecuar la actividad judicial a las mudables condiciones sociales y espirituales. Entre ambos hacen triunfar la equidad sobre el estricto derecho, la intención de las partes sobre las figuras predeterminadas. Al procedimiento de las "*legis actiones*" antes se afianza y después le sustituye un nuevo sistema de proceso, más ágil y dúctil, también él dividido en dos estadios, llamado proceso formulado. La gran jurisprudencia republicana germina sobre la base de la elaboración técnica y científica del derecho, preparando así el esplendor de la edad sucesiva.

Período del derecho clásico.- El se extiende desde el final de la república y los albores del principado de Augusto hasta la época de Diocleciano ~fines del s. III después de C. Y En tal periodo se desarrolla al máximo la perfección del derecho romano, fundamentado sobre los tres sistemas del “*ius civile*”, del “*ius gentium*” y del “*ius honorarium*”, a lo que se le suma en este período y en medida siempre más extensa el derecho creado por los Emperadores con sus constituciones, por el Senado y por la actividad de un nuevo procedimiento, la “*cognitio extra ordinem*” que se desarrolla frente a un único juez y se afianza por el proceso formulado, sobre la cual se había fundado el derecho pretorio y la antítesis entre éste y el derecho civil. El derecho romano tiende a determinarse siempre como más universal y a ello contribuye fuertemente la concesión de la ciudadanía romana dada en el 212 después de C. por el emperador Caracalla a todos aquellos que “in orbe romano sunt”. El general robustecimiento de los poderes del Estado, que consigue el principado y, todavía más, la monarquía absoluta después de la muerte de Alejandro Severo (a. 235 después de C.), se manifiesta en el campo del derecho privado con una intervención siempre más decisiva de la autoridad imperial en la creación y actuación del derecho.

Periodo del derecho postclásico.—Se extiende desde la edad de Constantino (principios del s. iv) hasta la subida de Justiniano al trono de Oriente en el 527 después de C. Venida a menos la jurisprudencia clásica y el proceso formulario, dividido en dos el Imperio y habiéndose transferido el centro de gravedad de él a Oriente, e iniciadas las grandes invasiones bárbaras, también el derecho romano entra en una fase de decadencia, en la cual, por otra parte, a través de la actividad judicial y por la influencia siempre mayor del cristianismo, se produce la transformación de muchos institutos.

Período del derecho justiniano.—En este período que dura hasta la muerte de Justiniano, a. 565 después de C., el derecho romano realiza su última evolución de la que la gran Codificación hecha por este emperador representa la fase conclusiva.

Las posteriores vicisitudes de tal codificación y de su influencia determinan para Oriente la historia del derecho bizantino, y para Occidente la historia del derecho medieval y de los singulares derechos nacionales europeos.

La Ciencia Jurídica En Roma

CICERON

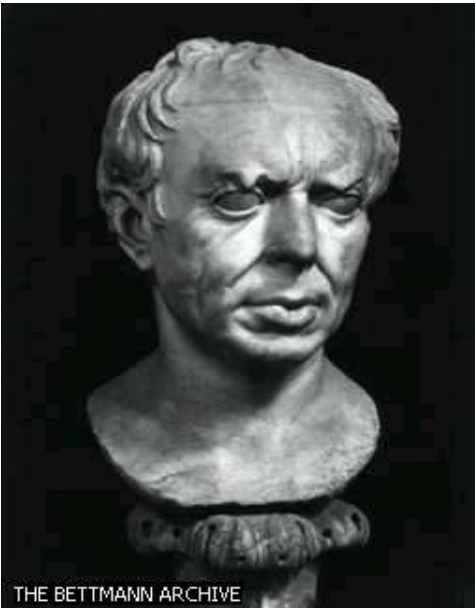


Arpino 106 a.C. - Formia 43 a.C.

Como la mayoría de los políticos republicanos, Marco Tulio Cicerón pertenecía a una familia acomodada lo que le permitió desarrollar sus estudios en Roma. Sus primeros pasos se dirigieron hacia la jurisprudencia, la filosofía y la retórica, realizando un viaje por Grecia para conocer la cultura helenística. En el año 77 a.C. regresó a Roma y contrajo matrimonio con Terencia, iniciando el *cursus honorum* al año siguiente. Fue nombrado cuestor en Sicilia, destacando por su honradez y en el año 67 obtuvo el cargo de pretor desde el que apoyó a Pompeyo. Tres años más tarde fue elegido cónsul, consiguiendo descubrir el complot dirigido por Catilina que pretendía acabar con su vida. Con las "Catilinas" consiguió convencer al Senado del castigo a muerte de los conspiradores. El Triunvirato de Pompeyo, Craso y César motivaría la decadencia de Cicerón ya que fue condenado al exilio durante un año. De regreso a Roma apoyó abiertamente a Pompeyo, provocando el enfrentamiento con César que le llevó a retirarse a Brindisi. La muerte de César le acechó de nuevo a la política al escribir contra Antonio sus "Filípicas" en memoria de Demóstenes, entrando en la lista de proscritos durante el Segundo Triunvirato. Antonio dirigió contra él a sus sicarios, que le dieron muerte cerca de Formia.

Las *Institutiones* del jurista romano Justiniano I contenían los elementos fundamentales del Derecho romano que estaban basados en las *Institutiones* de Gayo, vigente todavía en numerosos sistemas jurídicos europeos. Se sabe muy poco de la vida de Gayo, ni siquiera su nombre completo.

TERTULIANO



Tertuliano (c. 160-220), primer gran escritor cristiano, cuya obra, escrita en latín, destaca por su vigor, suave sarcasmo, y expresión aguda y concisa, así como por su hábil, aunque a veces engañoso, razonamiento. Fue también uno de los primeros Padres de la Iglesia.

Quinto Séptimo Florente Tertuliano nació en Cartago, hijo de un centurión romano. Tras estudiar derecho, ejerció en Roma donde, entre el 190 y el 195, se convirtió al cristianismo. Visitó Grecia y, quizá, Asia Menor. En el 197 volvió a Cartago para contraer matrimonio y hacerse presbítero de la Iglesia. Hacia el 207 llegó a ser el más destacado líder del montanismo, movimiento cristiano que fomentó las profecías y practicó una rigurosa forma de ascetismo. Sus miembros, en conflicto cada vez más abierto con las autoridades de la Iglesia, fueron a la postre declarados herejes.

Celoso paladín del cristianismo, Tertuliano escribió numerosos tratados teológicos, 31 de los cuales se conservan en la actualidad. En ellos defiende el cristianismo, refuta las herejías y analiza ciertos aspectos prácticos morales o de disciplina eclesiástica. Desde sus primeras obras sus opiniones sobre ética y disciplina, rigurosamente ascética, fueron poco a poco endureciéndose y, tras adoptar las doctrinas montanistas, criticó con severidad a los cristianos ortodoxos.

Si no hubiera abrazado la herejía sería uno de los más importantes Padres de la Iglesia, a quienes su obra influyó con intensidad, sobre todo a san Cipriano, así como a todos los teólogos cristianos occidentales. La Iglesia católica acepta muchas de sus obras como ortodoxas, incluyéndolas en la literatura patristica.

Tertuliano fue un profundo conocedor de las literaturas griega y latina, tanto en su orientación pagana como cristiana, y es el primer escritor en latín que formula conceptos teológicos como la naturaleza de la Trinidad. Sin tener modelos en los que basarse, desarrolló una terminología derivada de varias fuentes, sobre todo de las griegas y del vocabulario de los juristas romanos. La impronta legalista de este lenguaje teológico, por primera vez acuñado en Occidente, nunca se ha borrado.

Su obra más famosa, *Apologético* (c. 197), es una defensa apasionada de los cristianos contra las acusaciones paganas de inmoralidad y subversión política. De sus tratados doctrinales destinados a refutar la herejía, el más importante es *De los derechos de los herejes*, donde argumentaba que sólo la Iglesia tiene autoridad para declarar lo que es y lo que no es cristianismo ortodoxo. En otras obras se manifiesta en contra de las segundas nupcias, exhorta a los cristianos a no asistir a los espectáculos públicos y aboga por la sencillez del vestido y los ayunos estrictos. Como todos los montanistas, sostuvo que los cristianos deberían aceptar la persecución sin huir de ella. Los historiadores cristianos valoran algunos de sus escritos, en especial *Del bautismo* y *Sobre la oración*, por la luz que arrojan acerca de las prácticas religiosas de la época.

Fuentes del Derecho Romano

Característica de la formación y desarrollo del derecho romano es la pluralidad de las fuentes de las cuales ha emanado la creación de las normas jurídicas, de aquí que éstas se estratificaran y multiplicaran en sistemas múltiples y paralelos que, en general, tan sólo en la edad postclásica y justiniana se van apoyando y fundamentando.

Otra singular característica es la gradual reducción y estatalización de estas fuentes de producción por lo que la creación del derecho acaba por centralizarse casi del todo en las manos de los emperadores.

Fuentes del derecho romano fueron: la costumbre, la ley, los plebiscitos, la jurisprudencia, los edictos de los magistrados, los senado - consultos y las constituciones de los emperadores.

La costumbre (consuetudo, mos, mores), llamada también, en contraposición a la ley “*ius non scriptum*”, ha sido la primera y más antigua fuente de derecho. A los preceptos consuetudinarios en las épocas más remotas le es atribuido carácter religioso. A continuación del complejo de las normas consuetudinarias de carácter religioso y jurídico (“*ius*”), se destacó el “*fas*”, que comprendía las normas religiosas, mientras “*ius*” quedó como término específico para indicar las normas jurídicas. En una época histórica la costumbre es definida como: “*ius quod usus comprobavit*”. Su función, en un principio amplísima, va siendo cada vez más restringida en el curso de la edad clásica y casi anulada en la época del derecho justiniano. **El núcleo fundamental de los principios del Derecho Arcaico se**

halla constituido por los MORES MAIORUM (costumbres de los antepasados) y que representaban un Derecho consuetudinario, esto es, costumbres o modos de vivir de las familias y las gentes. Respecto de los mismos se discute si fueron vinculantes (obligatorios) por haber sido practicado por los mayores, o si por el contrario como indica KASER representaron una especie de Derecho natural romano originario y su valor jurídico fue previo a su aplicación.

Las normas consuetudinarias fueron la base de gran parte del **“ius gentium” y del “ius civile”**, sobre el cual la jurisprudencia desarrolló la “interpretatio”. Durante toda la época Arcaica los **Mores Maiorum**, en cuanto que reglas fundamentales de convivencia fueron respetados de generación en generación con devoción religiosa. En Roma las primeras manifestaciones del orden jurídico, es decir, del orden de Derecho, se producen por leyes de esquemas religiosos.

El proceso de secularización del Derecho fue muy lento y no se consiguió plenamente hasta el 304 AC. cuando Cneo Flavio ,que era el escriba del Pontífice Apio Claudio hizo público el contenido del LIBER ACTIONUM (libro de las acciones) recopilación de fórmulas, acciones y calendario judicial con posteridad llamado IUS FLAVIANUM y que hasta entonces estaba bajo la custodia del Colegio de Pontífices.

De todo ello se desprende que al IUS como reglas de convivencia entre los hombres, se opongan los preceptos del FAS, normas de la voluntad divina.

Para KASER, IUS EST (es Derecho) sería el comportamiento humano lícito, es decir, que no lesiona a ninguna persona. El concepto opuesto lo representaría la INIURA (es lo opuesto a licitud) es la ofensa entre humanos y su sanción exigía la venganza del ofendido. FAX EST sería la licitud de un determinado comportamiento frente a la divinidad. La antítesis lo constituiría un acto NEFAS, es decir, de ofensa a la divinidad y cuya sanción característica la representaría la SACERTAS.

IUS QUIRITIUM

Este representa el antecedente del IUS CIVILE, con la expresión QUIRITIUM se alude a una clase de ciudadanos, los QUIRITES, los más privilegiados en Roma. El IUS QUIRITIUM en sus orígenes fue en defecto en Derecho de los QUIRITES patricios pero paralelamente a la evolución de la CIVITAS QUIRITARIA en CIVITAS DEMOCRÁTICA se produjo también la progresiva evolución del IUS QUIRITIUM en su primitivo significado hasta llegar a convertirse en el IUS CIVILE ROMANORUM, esto es. en el Derecho civil de toda la comunidad romana (aplicable al universo de los “cives”).

No obstante, la interpretación del IUS QUIRITIUM estaba en manos de los pontífices, de ahí las aspiraciones para lograr un sistema jurídico accesible para todas las clases que pusiera a disposición de los plebeyos las normas consuetudinarias de los MORES MAIORUM que hasta entonces monopolizaban

los patricios. Dichas aspiraciones fueron parcialmente conseguidas con la ley de las " XII Tablas " de los años 451 y 450 AC.

LAS XII TABLAS

LA NARRACIÓN TRADICIONAL Y CRITICA

La tradición latina narra (con versiones discordantes entre TITO LIVIO y DIONISIO DE HALICARNASO) que como consecuencia de una propuesta de los plebeyos que con posterioridad fue aceptada por los patricios, fue creada una comisión legislativa de diez miembros, que son los DECEMVIRI, todos los cuales eran patricios con el encargo de redactar las leyes útiles par ambas clases sociales y propias para asegurar la libertad y la igualdad previo de una embajada de Atenas para conocer las leyes de SOLON, así como de otras ciudades griegas.

Dicho DECEMVIRATO presidido por APIO CLAUDIO gobernó la ciudad durante el 451 AC. y redactó diez tablas, con posterioridad aprobadas en los comicios centuriados y en las que se recogían normas igualitarias para todos.

No obstante, tras la elección de un segundo decemvirato también presidido por APIO CLAUDIO fueron redactadas dos tablas más, las llamadas TABULAE INIQUAE que presuponen la restricción de las libertades conseguidas por los plebeyos y que recogen entre otras normas la prohibición del CONNUBIUM (matrimonio entre patricios y plebeyos).

La Ley (lex), era para los romanos la norma solemnemente votada por el pueblo reunido en los comicios (quod populus iubet arque constituit) sobre la "rogatio" de un magistrado. A las leyes llegaron a ser equiparados los "*plebiscita*" que eran votados por la plebe reunida en los "concilia plebis". Fundamental importancia tuvo en el desenvolvimiento del derecho romano la "Lex XII tabularum" que fue la primera, única y parcial codificación oficial que la historia jurídica romana conoce hasta las de Teodosio II y Justiniano cerca de un milenio después. Si se exceptúa, sin embargo, aquella ley y algunas otras de la edad republicana y augustea esta fuente de producción no tuvo una función preponderante en la formación y desarrollo del derecho privado. Por otra parte las últimas leyes votadas por el pueblo no van más allá del e. 1 después de C. En el curso de la edad imperial el puesto de la "lex" es ocupado por los senado - consultos y por las constituciones imperiales.

La jurisprudencia

Es importante resaltar la importancia del desarrollo de la Ciencia jurídica y de la jurisprudencia. En un principio monopolio del colegio de los pontífices, y después laicizada a partir del siglo IV a. de C., llegó la jurisprudencia de los "veteres" a colocar las bases del "ius civile" con la "interpretatio" de las normas consuetudinarias y de las XII Tablas. El jurista era en Roma "iuris conditor" y algunas fuentes hacen en efecto derivar el "ius civile" exclusivamente de la creación de los juristas.

Otras veces, más que componiendo obras jurídicas, éstos participaban en el progreso del derecho con indicar a los litigantes los medios procesales para hacer valer sus pretensiones (*agere*), con sugerirle esquemas de resoluciones a las partes contrayentes (*cavere*) y con dar respuestas a consultas de particulares y magistrados (*respondere*). Esta última actividad asume también un carácter oficial cuando los emperadores, a partir de Augusto, concedieron a los más acreditados juristas el “*ius respondendi ex auctoritate principie*”, esto es, poder dar respuestas que vinculaban la decisión del juez y cuya eficacia terminó por extenderse más allá del caso visto. El emperador Adriano estableció que la opinión concordé de los juristas tuviese valor de ley. Entre el centenar de juristas de los que nos ha llegado el recuerdo, mencionamos aquí sólo algunos de los más importantes en la edad republicana: Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio; en el s. I d. de C., Labeon, Capiton, Maeurio Sabino, Cassio, Próculo, Javoleno; en el s. II, Celso, Juliano, Pomponio, Africano, Gayo, Marcelo; en el s. III, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Marciano y Modestino. En el s. I florecen dos escuelas llamadas de los Sabinianos y de los Proculyanos, que fueron fundadas respectivamente por Capiton y Labeon y tomaron el nombre de Maeurio Sabino y de Próculo: las disputas entre tales escuelas se perpetuaron por toda la época clásica y a ellas hicieron referencia los juristas posteriores. Los trabajos de éstas consistían principalmente en comentarios sobre el “*ius civile*” (que en la edad clásica tomaban como base las exposiciones que habían hecho Q. Mucio Escévola y Sabino y así, pues, se llamaron “*libri ad Q. Mucium e libri ad Sabinum*”), en comentarios al edicto del pretor Urbano (llamados “*libri ad Sabinum*”), y en comentarios monográficos sobre leyes o institutos particulares. Gran desarrollo tuvieron también las selecciones de respuestas y controversias. No faltaban tampoco tratados generales (“*libri digestorum*”), libros de definiciones, de reglas y obras didácticas, en particular “*libri o commentari institutorum*”. Con la llegada de la monarquía absoluta la jurisprudencia decae. En la práctica continuaron realizándose, en la edad postclásica, selecciones, epítomes, paráfrasis, anotaciones, pero ningún gran jurista continuó la actividad creadora que había caracterizado a la antigua jurisprudencia. Un signo de esta decadencia fue dado por la así llamada “*Legge delle citazioni*” (Ley de Citas) de Teodosio II, que por las exigencias de la práctica atribuía eficacia de ley a las obras de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo, estableciendo también el modo de determinar la mayoría en lo que fue llamado “*tribunale di morti*”. Sólo en el s. VI aparecieron algunas escuelas jurídicas en la parte oriental del imperio que, por otra parte, desarrollaron sólo una actividad modesta con anotaciones y resúmenes de textos clásicos. Sin embargo, Justiniano, en la realización de su codificación, tuvo la ayuda de algunos eminentes juristas, cuales fueron Triboniano, Teófilo y Doroteo. Pero en el derecho justiniano los poderes de la jurisprudencia llegaron a estar fuertemente limitados, excluyéndose así, pues, toda función creadora.

Los edictos (edicta) de los magistrados eran las enunciaciones —en *un* principio orales y después escritas en el “álbum depositado en los foros”—de los Criterios a los cuales los magistrados se hubieran atendido en el ejercicio de su jurisdicción durante el año de su cargo. El edicto de mayor importancia fue el del

“praetor Urbanus”, colega menor de los cónsules, creado en el a. 367 a. de C. para la administración de la justicia (iurisdictio), en el cual, en el 242 a. de C., se amparó un “praetor peregrinus” para las controversias entre los ciudadanos y extranjeros. Los edictos estaban fundamentados sobre el “imperium” del magistrado que los promulgaba.

“Edictum perpetuum” se llamaba aquel que duraba por todo el año del cargo; “edictum repentinum” el emanado para cualquier caso especial. Una Lex Cornelia del 67 a.c. dispone que el magistrado no podía “ius dicere” en disconformidad del propio edicto. Cada pretor fue por largo tiempo libre de dar al propio edicto el contenido que estimara, pero las normas que habían dado buena prueba se transferían de uno a otro y esto, que era recogido por el sucesor, fue llamado “edictum traslaticium”. Se formó así un cuerpo estable de normas que constituyó la base del “ius honorarium” o pretorio, definido como “ius quod praetores introduxerum adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam”. El derecho pretorio acabó por dar vida a un sistema jurídico que completaba y a menudo se contraponía al “ius civile”. Originado por la “iurisdictio” del pretor este sistema no atribuía derechos como los que podían nacer sólo del “ius civile”, sino que se concretaba en una serie de medios judiciales bastante numerosos que el pretor acordaba para proteger situaciones y relaciones no reguladas en todo o en parte por el derecho civil o regulados por éste de una manera no conforme a las mutables exigencias de los tiempos. El edicto pretorio deviene así el más potente instrumento de transformación y evolución del derecho romano y mantiene esta función hasta el reinado del emperador Adriano (hacia el 129 d. de C). Este hace redactar, por el jurista Salvo Giuliano, un texto definitivo de todos los edictos precedentes, que viene reeditado anualmente por los pretores al tomar posesión de su cargo sin posteriores modificaciones, por lo que se le llama, en un sentido nuevo, “edictum perpetuum”. El derecho honorario estaba íntimamente ligado al proceso formulario. Este fue sustituido en la edad postclásica por la “cognitio extra ordinem” y ello hace venir a menos la razón del dualismo entre el “ius civile” y el “**ius honorarium**”. Edictos auténticos fueron también dados por el pretor peregrino, por los ediles curules que tenían jurisdicción sobre los mercados y por los magistrados provinciales. Sin embargo, estos edictos como el del pretor Urbano, dejaron de ser publicados con la transformación de la organización estatal en la monarquía absoluta.

Los senadoconsultos (senatus consulta), esto es: las deliberaciones del senado, asumieron a veces, desde el inicio de la edad imperial, carácter normativo y así se acabó por darles valor de ley. Con la pérdida de la efectividad de las leyes comiciales, la actividad legislativa del *Senado fue* aumentando, pero por otra parte se transformó en una aprobación formal y después en una simple labor de conocimiento de las propuestas hechas por el emperador mediante una “oratio in senatum habita”; o una “epistula”. También esta fuente, sin embargo, quedó sin fuerza en el curso del período clásico.

Las constituciones imperiales (constitutiones principum) eran las disposiciones normativas de los emperadores que en el curso de la edad imperial terminaron por ser la principal fuente de derecho. Se dividían en “edicta” o

disposiciones generales; “rescripta” o respuestas dadas sobre cuestiones Jurídicas a exigencias de los interesados o del Juez; “decreta” o decisiones pronunciadas por el emperador sobre controversias sometidas a su juicio; “mandata” o instrucciones dirigidas a funcionarios públicos, en especial de las provincias, sobre temas administrativos o fiscales. A tales constituciones, en general, se le llegó a dar valor también más allá del caso visto, ya que provenían de la autoridad directa del emperador, de tal forma que se acuñó la máxima “quod principi placuit legis habet vigorem”. En la edad postclásica se le da el nombre de “leges”, mientras, en contraposición, se llamaron “jura” los escritos de los juristas. Desde la época clásica existieron selecciones de constituciones. Dos grandes selecciones privadas fueron hechas en la edad postclásica y por el nombre de sus autores se llamaron “Codex Gregorianus” y “Codex Hermogenianus”. La primera codificación oficial que recoge las constituciones generales, todavía en vigor desde el tiempo de Constantino, fue la de Teodosio II del 438 d. de C. que toma su nombre: “Codex Theodosianus”. Este será una fuente primordial para futuras codificaciones visigodas (vide Codees de Eurico). Posteriormente una selección más amplia fue hecha por Justiniano como veremos al hablar de su codificación. Las constituciones imperiales tuvieron una función primordial en el desarrollo del derecho romano, constituyendo, siempre en mayor medida, la base del nuevo derecho que se viene formando desde la edad clásica en adelante. Ellas acabarían por desplazar casi completamente toda otra fuente de derecho tanto que en el siglo VI Justiniano podrá exclamar: “itam conditor quam interpres legis solus imperator iuste existimabitur”.

EL CORPUS IURIS



Las fuentes de conocimiento del derecho romano son múltiples. El derecho más antiguo se ha conocido en general sólo por vía indirecta, a través de las referencias de los juristas - posteriores, las narraciones de los historiadores o los datos y las noticias que se encuentran en obras de literatos y gramáticos de la antigüedad clásica.

Algún fragmento de antiguas leyes nos ha llegado directamente por el hallazgo de fragmentos de tablas de bronce o inscripciones en mármol. Nada, sin embargo, conocemos directamente de las XII tablas, de la cual se ha hecho una reconstrucción sumaria mediante las numerosas citas de la literatura jurídica y extrajurídica posterior.

Para el derecho clásico la documentación aumenta. A los hallazgos epigráficos, con frecuencia fragmentarios, de leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales, se suman los fragmentos más o menos extensos que nos han sido conservados en papiros, encontrados principalmente en Egipto. Por esta vía se nos han conservado también, por lo menos fragmentariamente, documentos originales de actos jurídicos (*negotia*), tales como testamentos, contratos, cartas de pago, etc. Todavía todas estas fuentes, bien que acompañadas de las amplias noticias desprendidas de las obras literarias e históricas, nos darían una noción muy escueta y con amplias lagunas del derecho clásico, si Justiniano en su compilación, de la cual hablaremos en breve, no nos hubiese conservado una parte notable de los escritos de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales de esta época. La única obra jurídica clásica casi completa que nos ha llegado directamente fuera de la compilación justiniana es el **manual institucional de Gayo**.

Después de la entrada en vigor de la codificación, entre el 529 y el 565, las **Novellae** derogaban las disposiciones precedentes desde la más reciente a la más antigua. De ellas no fue hecha ninguna colección oficial, sino sólo tres colecciones privadas con un máximo de 168 novelas.

El Digesto y el Código seguían, con algunas modificaciones, el orden sistemático del edicto pretorio. Con ellos Justiniano salvó y legó lo mejor de la tradición jurídica romana e hizo al mismo tiempo una obra orgánica, de la cual cada elemento representaba una norma de derecho vigente, sin que se pudiese tener en cuenta la diferencia de tiempo de su composición. Una obra de tanta envergadura no podía naturalmente quedar sin defectos ni contradicciones, pero en su conjunto era admirable. Inmensas fueron las dificultades superadas para adaptar el antiguo derecho a las nuevas exigencias y a los cambios acaecidos. Para este fin Justiniano autorizó a los compiladores a modificar los textos utilizados, y él mismo afirmó, después de la composición del Digesto, que “*multa et maxima sunt quaed propter utilitatem rerum transformata sunt*”. Tales modificaciones que consisten en recensiones, cortes, añadidos, alteraciones del original de los Textos jurídicos y de las constituciones acogidas, se llaman “**emblemata Tribonianii**”, por el nombre del más importante artifice de la codificación o, en términos hoy más frecuentes, “interpolaciones”, cualquiera que sea el carácter de ellas.

Numerosos son los manuscritos de diversos tiempos, de las diferentes partes de la compilación justiniana llegados hasta nosotros, el más célebre de los cuales es conocido con el nombre de “carta florentina” y contiene el Digesto en una transcripción del siglo VI-VII.

La mayor parte de los textos jurídicos romanos, anteriores a Justiniano, así, pues, llegados a nosotros por vía independiente del “Corpus Iuris”, y excluido el Código Teodosiano, se puede encontrar recogida en “Fontes Iuris Romani AnteJustiniani”, II ed. Firense 1941/43 en tres volúmenes: 1. “Leges” realizada por S. Riccobono; 2. “Auctores”, por G. Baviera y “Liber syr. rom.”, de C. Ferrini y G. Furlani; 3. “Negotia”, por V. Axangio-Ruiz.

La edición más reciente y completa de cuanto nos resta del Código Teodosiano es de T. Mommsen y P. M. Mayer, “Theodosiani Libri VI”, en dos volúmenes, Berlín 1905.

La única edición completa del “Corpus Iuris Civilis” que se ha integrado sobre las ediciones críticas de sus diversas partes es la realizada por T. Mommsen, P. Krüger, R. Scholl, G. Kroll, en tres volúmenes, repetidamente editada en Berlín desde 1868.

Vivificada por la escuela de los glosadores de Bolonia, la compilación justiniana llega a ser en el siglo XII el punto de partida de una nueva evolución jurídica que ha conducido primero a la formación del derecho común europeo, y después, a través de la escuela humanista francesa y la pandectista alemana, a las modernas codificaciones. Entre tanto se iba operando, en especial en el siglo pasado, una profunda indagación sobre el desenvolvimiento del derecho romano. La escuela histórica y aun la crítica interpolacionista de los últimos sesenta años llevaron a reconstruir, a través del “Corpus Iuris” y las otras fuentes, el derecho clásico, separando en los textos utilizados por los compiladores justinianos la parte genuina de las modificaciones que ellos aportaron. Esto trae al mismo tiempo un conocimiento más exacto del derecho justiniano y de las tendencias que en él se dieron.

Esta visión del derecho romano no ha dejado, sin embargo, de levantar graves disputas en torno a las causas que han provocado la transformación de gran parte de los institutos desde la edad clásica hasta la codificación justiniana; transformación que en muchos casos aparece como un retorno a la anterior situación. La explicación fue buscada por la crítica moderna en las influencias que habrían tenido lugar, en la época postclásica, por los derechos provinciales de la parte oriental del imperio, donde se desarrolla la última evolución del derecho romano, y por las escuelas jurídicas bizantinas, que habrían llevado a la tradición romana elementos helenísticos o heleno-orientales. Cada cambio de las antiguas bases era en efecto atribuido a una u otra causa, con tal resultado que la parte más evolucionada de la doctrina recogida en el “Corpus Iuris”, es decir la que principalmente se había alejado de los principios del antiguo “Ius Quiritium” y que por ser la más viva y fecunda había determinado por sí el posterior desarrollo del

derecho hasta las codificaciones modernas, constituyendo el fundamento de la grandeza de todo nuevo derecho, era considerada no ya creación del genio jurídico latino, sino mérito y gloria de elementos extraños a la tradición de Roma, y, en especial, de aquellos helenísticos, los cuales, más allá de cada aportación particular, habían traído nueva sustancia y nuevo contenido ideal a la vida del derecho. Tal explicación puede ser utilizada para determinar algunos nuevos elementos que se encontraban en algún instituto singular, por lo demás secundario, pero ha acabado por revelarse falsa por lo que se refiere al conjunto del “Corpus Iuris”. La transformación del derecho romano no ha llegado tan sólo desde el comienzo de la edad postclásica, sino que se había comenzado algunos siglos antes, por la influencia de distintos factores, algunos de los cuales habían comenzado a influir al final de la república, y otros al surgir el imperio o durante los primeros siglos de éste.

El paso de la forma republicana de gobierno al principado no señaló tan sólo el epílogo de una vasta crisis constitucional del Estado. Los signos de una transformación siempre más acentuada son evidentes en cada uno de los sectores de la vida pública y privada de Roma. Se trata de un fenómeno grandioso que abarca todo campo y al cual, no obstante toda tendencia conservadora, ni tan siquiera el derecho se sustrae. Es toda una sociedad, un mundo, el que desde la segunda guerra púnica, insensiblemente, cambia las fases de su existencia; algún historiador no ha dudado en definir esta transformación como una de las más vastas que la historia humana ha conocido. A la crisis en el campo del derecho público corresponde una idéntica en el derecho privado. Ella todavía, a primera vista, aparece menos evidente, pero no por esto es menos cierta y profunda. Antiguas leyes caen en desuso, instituciones seculares se derrumban y se disuelven casi sin dejar huella. Los principios y los institutos más próximos a la mentalidad de los tiempos nuevos todavía se conservan, pero ninguno pasa de una época a otra sin sufrir un proceso de modificación y de adaptación. Y si alguna de aquellas supervivencias del pasado, que estaban íntimamente ligadas a una sociedad y a un modo de entender los hechos humanos ya lejano y casi desaparecido, todavía, se mantiene con vida, en general ya no volverá nunca a tener la misma función que tuvo en un principio.

El “**ius honorarium**”—con su función de ayudar, suplir y corregir al “**ius civile**”—, llega a ser el fundamento de la evolución jurídica, permitiendo, no obstante, por su naturaleza y estructura particular, el satisfacer la exterior tendencia conservadora romana. La actividad del pretor a través del edicto y la práctica, a la cual se suma el trabajo fecundísimo de la jurisprudencia y la vigilante tarea de los emperadores y de los funcionarios, permitieron, en efecto, que el edificio grandioso del derecho de Roma aunque adaptándose y transformándose, continuara para desarrollar su labor ordenada sin exteriormente se le diese un golpe demoledor a todo el antiguo. La genialidad romana supo así resolver la grave mas sin que permaneciera esclava de ésta. Los nuevos tarea de satisfacer las nuevas exigencias sin renunciar a la trafecundos elementos quedan a menudo y por largo tiempo en segundo plano, escondidos en la arquitectura del conjunto; más tarde son ellos los que tomarán en seguida la primacía.

El predominio de un nuevo sentimiento de equidad y de humanidad, el progresivo reconocimiento de la voluntad en los negocios jurídicos, la exaltación de la estricta realidad sobre ficción, cada sutileza y rigor de un derecho formalista, abstracto y superado, con frecuencia es hoy proclamado como conquistas del derecho justiniano, mientras se pueden reconducir a estos elementos nuevos que se habían venido poco a poco afirmando ya en el derecho clásico, a través de la práctica pretoria y la “cognitio extra ordinem”.

A la generalización de esta forma de procedimiento en la edad postclásica es debida la fusión entre el “ius civile” y el “ius honorarium”, y de estos dos, con todos los nuevos elementos; fusión de la cual nace el derecho justiniano y con él la base del derecho moderno. Los dos grandes sistemas habíanse desarrollado hasta ahora sobre planos independientes: en un plano siempre más teórico el “ius civile”, y en un plano más práctico el ius honorarium .

El proceso formulario que había dado vida a este dualismo debía necesariamente perpetuarlo sin poderlo superar.

Toda la jurisprudencia romana se había elaborado en torno a sus propios esquemas y aparentemente ello se reflejaba todavía por la índole especial de su composición, en muchos puntos de la misma codificación de Justiniano. Sin embargo, desde la edad postclásica había comenzado la síntesis; el dualismo tendía a desaparecer y con él fueron cayendo todas las teorías del pasado, que el derecho clásico había ya superado en el campo práctico, a través del “ius honorarium”, la elaboración jurisprudencial, y el “ius extraordinarium”, fundado sobre las Constituciones imperiales y sobre la “cognitio extra ordinem”. Cuando Justiniano ordenó a sus comisionados recopilar los antiguos vestigios del derecho de Roma detrayendo de ello “il troppo el vano” (lo mucho y lo poco) para hacer un cuerpo de normas vivas y actuales, tuvieron que actualizarlos mediante un número determinado de retoques y de notas a los textos originales. La crítica moderna ha sabido, con finísima agudeza, individualizar la mayor parte de este complejo de interpolaciones, algunas de las cuales provienen de glosas y modificaciones aportadas en el curso de la edad postclásica por los estudiosos privados; al dar la valoración del fenómeno advertimos la influencia de elementos extraños a la tradición romana. Otros factores han cooperado indudablemente; entre ellos destaca por su grandeza e importancia el influjo del Cristianismo. Pero en la mayor parte de los casos, en verdad, donde más a menudo se ha creído hallar el triunfo de la influencia provincial o de las escuelas bizantinas, las pretendidas innovaciones no son otra cosa que la prolongación del antiguo derecho, de modo que ello refleja precisamente la evolución sucesiva y el proceso de fusión y de síntesis que se había venido actuando en la práctica de los últimos siglos.

Cuanto hemos dicho hasta aquí muestra como del derecho romano no se puede hoy hacer una exposición puramente dogmática en la cual nos limitemos a reconstruir el sistema justiniano, sino que es necesario proceder a una exposición histórica, que permita, en cuanto sea posible, considerar los institutos en su formación y en su desarrollo a través de los siglos.

Legislación: Nociones Y Divisiones Romanas Del Derecho

Ya vimos, que el término “ius” designa para los romanos tanto el derecho en sentido objetivo, entendido éste como norma, cuanto el derecho en sentido subjetivo, esto es, como facultad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico a un sujeto. Correlativamente al concepto de “ius” en sentido subjetivo estaba el de “actio”, esto es, del medio procesal mediante el cual el ordenamiento jurídico aseguraba a los individuos la tutela y la realización de los derechos subjetivos a ellos atribuidos. Los dos conceptos estaban así íntimamente unidos tanto que con frecuencia la existencia de todo derecho subjetivo, y gran parte del derecho romano, se fueron creando a través del reconocimiento y la atribución de “acciones”. De aquí la enorme importancia que asumieron en el derecho romano las formas del procedimiento, todo el ordenamiento procesal, constituyendo la base de la formación y del desarrollo de los nuevos derechos subjetivos.

Un célebre pasaje romano define el derecho como “ars boni et aequi”, y otro determina su contenido con estas palabras: “iuris praecepta sunt hace honeste vivere, alterum nom laedere, sunt cuique tribuere”. La identificación entre deberes morales y deberes jurídicos no era, sin embargo, completa porque no todo lo que era jurídicamente lícito correspondía a las normas éticas .

La adaptación del derecho a las exigencias de las relaciones humanas venía expresada con el término “aequitas”, que significó en un principio igualdad y así, pues, justicia, aunque aquí tenga un sentido riguroso. Con frecuencia la “aequitas” se contraponía al mismo “ius” al mostrarse este demasiado riguroso o, bien, en un determinado momento histórico superado por la conciencia social. En la edad cristiana el concepto de “aequitas” asume un contenido de mayor humanidad y llega a ser equivalente de “benignitas”, “humanitas”, “clementia”, afirmándose en todo el campo del derecho.

Según el objeto de las normas, el derecho distinguíase en “ius publicum” y “ius privatum”. Público era el derecho que referíase a la estructura del estado romano y a su organización; privado era, por el contrario, el derecho que iba referido a los intereses de los individuos (publicum est ius quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem).

Se advierte, sin embargo, que entre las normas reguladoras de las relaciones privadas existían algunas referidas a un interés general: también ellas eran llamadas de “ius publicum” y valía para ellas la regla de que “ius publicum privatorum pactis mutad non potest”.

Ya hemos acentuado la pluralidad de los sistemas jurídicos que se fueron formando en el desarrollo del derecho romano. En relación a ellos se dan varias clasificaciones y contraposiciones.

“Ius civile” y *“Ius honorarium”*. Es la división verdaderamente fundamental de toda la edad clásica. *“Ius civile”* era el sistema más antiguo fundado sobre la costumbre y la interpretación de los juristas. La formación del *“ius civile”* fue por mucho tiempo extraña al Estado y en este sentido el *“ius”* se contrapone a la *“lex”*. Gradualmente la noción *“de iura civile”* se va ampliando hasta comprender también las normas creadas por la *“lex”* y por todas las otras fuentes, excepción hecha de aquellas emanadas del pretor. El *“ius civile”* se contrapone así, pues, esencialmente al *“ius honorarium”*, dando vida a un dualismo sobre el cual se construye gran parte del derecho romano. Este dualismo fue sustancialmente superado en el derecho justinianeo, en el cual se realizó, como ya hemos dicho, la fusión entre las normas civiles y las pretorias. Por otra parte, con frecuencia, la contraposición fue terminológicamente conservada y signos del antiguo dualismo se encuentran todavía en la estructura de muchos institutos, no sólo en el derecho justinianeo sino también en las codificaciones modernas.

“Ius extraordinarium”; así era llamado el derecho que se fue creando por la práctica de la *“cognitio extra ordinem”* y por las constituciones imperiales. La expresión era usada cuando se quería poner de relieve la contraposición de este nuevo derecho, bien sea al antiguo *“ius civile”*, bien sea al *“ius honorarium”*. Pero con frecuencia era absorbido por el *“ius civile”*, en la progresiva expansión de éste. *“Ius gentium”*; era el complejo de las normas consuetudinarias que los romanos tenían en común con los otros pueblos y de las cuales eran partícipes también los extranjeros. En este sentido el *“ius gentium”* se contraponía al *“ius civile”* que se reservaba tan sólo para los *“cives”*. No obstante, en la contraposición *“ius civile-ius honorarium”*, el primero comprendía también al *“ius gentium”*. Y de hecho, en la época clásica, muchos institutos del *“ius gentium”* acabaron por ser considerados como parte integrante del *“ius civile”*. La distinción fue, sin embargo, perdiendo importancia a medida que se extendía la ciudadanía romana.

“Ius naturale”; era tanto el derecho correspondiente a la exigencia de la justicia innata en el hombre, cuanto el derecho que nacía de la esencia misma de las cosas y de las relaciones humanas. En un sentido y en el otro se contraponía al *“ius civile”*, aunque a veces existía verdadera coincidencia. Según algunos textos el *“ius gentium”* tenía su fundamento en la *“naturalis ratio”* y así, pues, se identificaba con el *“ius naturale”*; según otros que defendían una división tripartita que se quiere atribuir a Justiniano, junto al *“ius civile”* y al *“ius gentium”*, e independientemente de ambos, era reconocida la existencia de un *“ius naturale”*, considerado como fuente ideal de todo derecho, modelo supremo al cual el derecho positivo debía intentar adecuarse en lo que fuese posible. En el derecho justinianeo esta concepción tuvo gran desarrollo y el *“ius naturale”* es considerado como un producto de la divina providencia, fijo e inmutable.

Los romanos distinguían además de las normas de *“ius commune”* las normas de *“ius singulare”*. En esta antítesis eran consideradas como *“ius commune”* las normas que tenían un matiz general y como *“ius singulare”* aquellas que, introducidas sucesivamente para los casos particulares de determinadas

categorías de personas, diferían, de las primeras. A los institutos de derecho especial que atribuían una ventaja, se daba

El nombre a veces de “beneficia,”. Fundamento de la introducción de la norma de derecho especial fue la existencia de una nueva “utilitas” y por esto el “ius singulare”, no obstante la prohibición a hacerlo extensivo a otras análogas situaciones, fue con frecuencia el punto de partida de muchas transformaciones e innovaciones que acabaron por afirmarse en el campo del “ius comune”; mejor, aún, a veces, tendía él mismo a transformarse en “ius commune”. Distintos del derecho especial eran los “privilegia”, esto es las instituciones, ventajosas o desventajosas, dispuestas a título exclusivamente individual para personas, colectividades o entes, específicamente determinadas. En el derecho justiniano todavía la noción de “privilegium” se viene considerando hasta llegar a comprender normas de “ius singulare” y en un sentido todavía más amplio los elementos propios y estructurales de un determinado instituto.

Desde el punto de vista sistemático el derecho privado estaba dividido según las instituciones de Gayo y las de Justiniano en tres grandes ramas; las normas que hacían referencia al estado de las personas; las normas que referíanse al patrimonio y las normas que iban referidas a las acciones. Esta división tripartita fue por mucho tiempo tenida como base de la exposición del derecho romano y es, todavía hoy, seguida por algunos autores. La doctrina moderna, sin embargo, por lo general se ha alejado de ella distribuyendo la materia de modo que fueran posibles las conexiones de los diversos institutos y el desarrollo lógico de la exposición. Por lo tanto, también nosotros, después de haber anunciado en la parte general nociones sumarias sobre la capacidad de los sujetos del derecho, sobre la teoría de los hechos jurídicos y sobre la defensa de los derechos, hablaremos - por capítulos independientes - del derecho de familia, de los derechos reales, de las obligaciones, del derecho hereditario y de las donaciones.

Desconocidos al derecho romano fueron la declaración de muerte presunta y el instituto de la ausencia. En cuanto a las así llamadas presunciones de muerte éstas eran conocidas en el derecho clásico; si varias personas ligadas por vínculos de parentela muriesen en una misma catástrofe y no se pudiera demostrar a efectos sucesorios cual hubiera muerto antes, eran consideradas muertas simultáneamente. En el derecho justiniano, sin embargo, cuando se tratase de padre e hijo, se consideraba muerto con anterioridad al padre, el hijo impúber, y el padre, al hijo púber.

Status libertatis y esclavitud

Fundamental distinción de los hombres era aquélla entre libres y no libres. Los libres se llamaban “ingenui” si habían nacido libres; “libertini”, si habían nacido esclavos y con posterioridad habían alcanzado el estado de libertad.

La libertad era definida como la facultad natural de hacer aquello que se quería, inmune a ser impedido por la fuerza o por el derecho. Nacían libres, y así, pues, eran “ingenui”, los nacidos de madre libre bien que fuese ésta a su vez libre o bien

que fuese liberta. En el derecho clásico los concebidos en matrimonio legítimo nacían libres, aunque la madre en el momento del parto hubiera caído en la esclavitud. Con posterioridad, para favorecer la libertad (“favore libertatis”), se acoge el principio de que existiese o no matrimonio, el nacido fuese libre si la madre hubiera sido libre en cualquier momento desde la concepción al parto. El ingenuo que hubiese caído en la esclavitud y después se hubiera libertado de ella volvía a ser considerado como tal. A esta condición de “ingenui” llegaron a ser admitidos los libertos a los que el emperador les hubiese concedido el “aureorum anulorum”, esto es: llevar el anillo de oro de los caballeros y a aquéllos a los cuales les hubiera sido atribuida la “restitutio”. En las Novelas justinianas viene por fin acordado el conceder a todos los libertos la posibilidad de alcanzar la libertad .

La esclavitud tenía su principal fundamento en la cautividad de guerra que hacía esclavos a los “captivi”. Era un elemento que el “ius gentium”, definía como “contra naturam”, porque se reconocía que por derecho natural todos los hombres eran libres e iguales. No obstante, desde un principio hasta la edad justiniana, la esclavitud fue siempre admitida en el mundo romano, como en casi todos los otros pueblos de la antigüedad, y considerada plenamente legítima según el derecho positivo.

El esclavo era considerado como una “res”, y así, pues, como objeto y no sujeto de derecho; sobre él se podía constituir la propiedad, el usufructo, la prenda y como tal cosa podía ser vendido, arrendado, donado, poseído. Totalmente privado de capacidad jurídica (servile caput nullum ius habet), no podía ser titular de derechos de familia, de propiedad, de obligaciones, de sucesión, ni podía promover o ser citado en juicio. Por lo tanto no era posible el matrimonio entre libres y esclavos, ni entre esclavos mismos, sino sólo uniones de hecho (contubernium), aunque sí permanentes; y con los nacidos de estas uniones no se establecía vínculo alguno de parentesco, siguiendo ellos en todo caso la condición de la madre. Por otra parte el esclavo no tenía un patrimonio propio; y si teniendo la capacidad de hacer, realizaba válidas adquisiciones, éstas iban directa y necesariamente a su propietario (quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur), que, por otro lado, no podía ser obligado por los negocios del propio esclavo (melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest). Por otra parte bajo si mismo aspecto era considerado como hombre y su personalidad reconocida. Esto sucedía especialmente en el campo del derecho sacro y para el derecho penal público: respecto al primero no se hacía regla de distinción entre libres y esclavos, y en cuanto al segundo el esclavo era responsable por los crímenes cometidos. Para los delitos privados, por el contrario, respondía el propietario, que podía, sin embargo, librarse de su responsabilidad consignando al ofendido al culpable

La condena penal, por la cual los condenados a muerte o a trabajos forzados eran considerados “servi poenae”. En el derecho justiniano, sin embargo, tal esclavitud iba referida sólo a la pena capital.

La venta. Partiendo del principio de que el ciudadano, por lo general, no podía ser esclavo en Roma, antiguamente, la venta debía realizarse «trans

Tiberim”, esto es, fuera del territorio romano. Podían ser vendidos como esclavos los “filii familias” por el padre, los ladrones cogidos en flagrante delito, los deudores insolventes (addictis), los desertores y aquellos que no se inscribían en el censo (incensi). Pero todos estos motivos dejaron de ser considerados en la Edad Clásica.

Por otra parte llegaban a ser esclavos del adquirente: el hombre libre mayor de veinte años que a sabiendas se hubiese hecho vender por un supuesto propietario para participar del precio de esta venta, por otra parte nula; del antiguo señor:

El esclavo libertado que se hubiese mostrado ingrato hacia él; del señor del esclavo ajeno: la mujer libre que con el esclavo mismo mantuviese relaciones no obstante la prohibición del “dominus”. Este último caso, decretado por el Senado Consulto Claudiano, fue abolido por Justiniano.

El esclavo podía alcanzar la libertad por la “*manumissio*”, esto es: por un acto de voluntad del patrón o por una causa reconocida por la ley.

Las manumisiones podían ser *civiles* o *pretorias*.

A) Las manumisiones civiles se daban en forma solemne y eran de tres géneros: “censu”, “vindicta” y “testamento”.

La “*manumissio censu*” consistía en la inscripción del esclavo, con el consentimiento del señor, en las listas del censo de los ciudadanos y llegó a ser poco considerada hacia el fin de la república.

La “*manumissio vindicta*” consistía en un supuesto proceso de reivindicación de la libertad del esclavo, promovido por un “*adsertor libertatis*”, delante de un magistrado. No oponiéndose el “dominus”, el magistrado pronunciaba la «*addictio libertati*». Esta forma se fue simplificando, principalmente en el derecho justinianeo.

La “*manumissio testamento*” consistía en la declaración de libertad hecha por el señor en el testamento; el esclavo era considerado libre desde el momento en el cual la herencia era aceptada, y era considerado libre del difunto. Si existía condición o término, el esclavo permanecía entre tanto propiedad del heredero, pero en situación de “*statu liber*”, situación que no perdía aunque fuese alienado, y era **automáticamente** libre al efectuarse la condición o al alcanzar el término. También en este caso era considerado liberto del difunto. La libertad podía ser impuesta además por testamento con la imposición al heredero o legatario de libertar al esclavo heredado o también por la imposición al heredero o al legatario de rescatar a un esclavo ajeno. Sin embargo, la libertad no se conseguía directamente del testamento sino del acto de manumisión que el heredero o legatario tenían que efectuar y que hacía adquirir al esclavo su libertad. Cuando una de estas tres formas de manumisión civil era empleada y el manumitente era “dominus” el esclavo era considerado libre y ciudadano romano. Normas

particulares regulaban la posición del esclavo manumitido cuando otros tenían derechos reales concurrentes con aquél del manumitente.

B) Por otra parte, junto a los modos civiles, se introdujeron en la práctica *modos no formales*, con los cuales el “dominus” podía manifestar su voluntad de hacer cesar el estado de esclavitud del siervo. Ellas no eran suficientes para considerar “iure civili”, libre al siervo, ya que el pretor, por razones de equidad, impedía que sucesivamente el “dominus” o el heredero de él pudieran reafirmar el derecho de propiedad, revocando la concesión.

Estos modos de manumisión no formal, que se llamaban pretorios por la protección acordada por el pretor a los esclavos con ellos manumitidos eran de tres especies: “*inter amicos*”, que consistía en la declaración ante la presencia de amigos; “*per epistulam*”, que consistía en una carta dirigida al esclavo; “*per mensam*”, que consistía en admitir al esclavo como libre a la propia mesa. Una “Lex Junia” o “Junia Norbana”, del final de la república y principio del imperio, reguló la situación de hecho de estos esclavos manumitidos sin la forma civil estableciendo que aquéllos adquirirían no la ciudadanía romana, sino una condición análoga a la de los “latini coloniari” de la cual hablaremos pronto y para distinguirlos de los cuales fueron llamados “latini iuniani”. Ella les atribuyó la capacidad patrimonial para actos entre vivos, pero no podían disponer por testamento de sus bienes, los cuales por expresa disposición de la ley recaían sobre el antiguo señor, de donde se dice que vivían libres y morían esclavos. También de diversos modos, en especial por las concesiones públicas, podían alcanzar la ciudadanía romana. Justiniano abolió la condición de los “latini iuniani” y admitió que la voluntad del “dominus” así, pues, manifestada ante la presencia de cinco testigos hiciese libre y ciudadano al esclavo.

A estos modos no formales se le sumaron otros en el derecho postclásico y justiniano, como la “*manumissio in ecclesia*”, es decir: la declaración realizada delante de la autoridad eclesiástica; el haber llamado “filius” al esclavo en un acto público; el haber consentido el matrimonio de la esclava dotándola, etc.

En el derecho clásico estaban en vigor dos leyes del tiempo de Augusto que por fines políticos y morales limitaron los abusos de las manumisiones: la “lex Julia” y la “lex Aelia Sentia”. La primera restringe las misiones testamentarias, fijando el número en proporción a los esclavos que se tenían, con un máximo de cien, nominalmente indica dos. La segunda establece una serie de prescripciones acerca de la edad mínima del manumitente (20 años) y del esclavo (30 años), lo cual se podía derogar sólo por una causa justa comprobada ante un consejo especial; quien era manumitido contraviniendo a estas disposiciones, era considerado “latino iuniano”. Por otra parte, prohibió la otorgación de la ciudadanía romana a los esclavos de mala conducta, asignando a ellos la pésima condición de “peregrini dediticii”, y declaró nulas las manumisiones hechas en fraude a los acreedores. Justiniano anuló completamente la ley de Augusto y consideró de la “Aelia Sentia” sólo la nulidad de las manumisiones fraude a los acreedores y el requisito de la edad del manumitente, rebajando por otra parte a

diecisiete años la edad requerida para las manumisiones testamentarias; respecto a estas

últimas acabó después por exigir tan sólo la facultad de hacer testamento, esto es, el alcance de la pubertad.

Independientemente de la manumisión, los principales casos en los cuales un esclavo alcanzaba la libertad por disposición de la ley, eran: por un edicto de Claudio cuando el “dominus” lo hubiera abandonado gravemente enfermo; cuando lo hubiera vendido a condición de que el comprador debía manumitirlo dentro de un cierto tiempo y ello no hubiese sido cumplido; cuando de buena fe se hubiera encontrado por veinte años en posesión de la libertad y, en el derecho justiniano, cuando con el consentimiento del dominus” hubiera recibido una dignidad o las órdenes eclesiásticas.

El esclavo manumitido llegaba a ser “libertus” del señor manumitente y desde aquel momento adquiría en su relación con él los “iura patronatus”, transmisibles en favor de sus hijos, pero no a cargo de los hijos del señor. Los derechos de patronato consistían en el “obsequium”, “honor” y “reverentia”, que significaban principalmente un respeto filial y la abstención de realizar acciones injuriosas contra el señor; y en las “operae”, “dona” y «munera”, promesas para obtener la libertad y que si no eran confirmadas en forma legal representaban sólo una obligación moral. Las promesas demasiado graves eran nulas. En algunos casos el señor tenía también derecho a los “bona”, esto es, a la sucesión legítima del liberto, y entre los dos existía el deber recíproco a los alimentos en caso de necesidad. El señor debía por otra parte defender y asistir en juicio al liberto. El señor que no cumplía en sus deberes perdía el derecho de patronato, mientras en la edad postclásica el liberto ingrato podía ser obligado a volver a su primitiva esclavitud. La relación de patronato se extinguía con la muerte del liberto y con la consecución por parte suya de la “ingenuidad” mediante la «restitutio natalium”, conseguida con el consentimiento del señor. En el derecho justiniano quedaron sumidos, también al vínculo de patronato hacia los herederos del difunto los liberti, y en el derecho de las Novelas la relación de patronato no se extinguía por la “ingenuidad”, la cual fue concedida a todos los hijos de los libertos.

Status civitatis

Para que un individuo fuese considerado sujeto de derecho era necesario en Roma que al requisito de la libertad, presupuesto esencial de la capacidad jurídica, se sumara también el requisito de la ciudadanía. Tal principio tuvo aplicación muy rigurosa, aunque se realizaron algunas atenuaciones y, formalmente, se mantuvo siempre en vigor, aunque la progresiva extensión de la ciudadanía terminó por quitarle todo valor práctico.

Ciudadano romano se nacía o bien se adquiría tal condición por liberación de la esclavitud o por concesión. Nacía ciudadano el hijo concebido por padres que tenían el “connubium” y se hallaban unidos en legítimo matrimonio, o bien el nacido de madre ciudadana aunque, no obstante, ésta hubiera alcanzado la ciudadanía después de la concepción. Normas particulares regulaban la posición

de los nacidos de las uniones estables entre una mujer ciudadana y un hombre no ciudadano.

Por liberación de la esclavitud llegaban a ser ciudadanos en un principio todos los esclavos liberados a través de las formas de manumisión civil; después, en el derecho clásico, sólo aquellos para los cuales, además de la manumisión civil, hubieran sido aplicadas las disposiciones de la ley “Aelia Sentia”; al final, en el derecho justiniano, todos los esclavos así, pues, que hubieran alcanzado la libertad. Por concesión llegaban a ser ciudadanos los extranjeros a los cuales le hubiese sido dada la ciudadanía por el pueblo romano o por un delegado suyo y, en la edad imperial, por el emperador.

La concesión podía ser hecha singularmente o, bien, a todos los habitantes de una ciudad o región. Con tal concesión colectiva la ciudadanía romana es extendida en el último siglo de la república a todos los habitantes de Italia, y durante los primeros siglos del imperio a muchas comunidades de fuera de ella.

La ciudadanía, siempre que no existiese una causa limitativa de la capacidad jurídica, significaba en el campo del derecho público, para el hombre púber, principalmente el “*ius suffragii*”, que era el derecho de voto, y el “*ius honorum*” que era el derecho de ser elegidos para las magistraturas; en el campo del derecho privado todos los “*ius connubii*” (o connubium), es decir: el derecho de contraer legítimo matrimonio y así, pues, de adquirir los derechos familiares respectivos y consiguientes; y el “*ius commercii*” (o commercium), esto es, el derecho de realizar válidamente los actos jurídicos del “*ius civile*” y, finalmente, usufruía del “*testamento facit*”. La lucha por la adquisición de todos estos derechos por parte de la plebe romana y la plena equiparación con los patricios, que en principio eran los únicos detentores, ocupa los primeros siglos de la historia romana y se concluye tan sólo en torno al año 300 a. de C.

En contraposición a los ciudadanos, se hallaban los extranjeros a la “*civitas*”, llamados en un principio “*hostes*”, y después “*peregrini*”, los cuales estaban sometidos a su propio derecho nacional y completamente excluidos del “*ius civile*”. Peregrinos eran considerados también los súbditos de las provincias, que fueron distinguidos en dos categorías: “*peregrini aliius civitatis*”, que eran considerados formalmente aliados, y, en condición inferior, los “*peregrini dediticii*”, que eran por lo general los pertenecientes a comunidades constreñidas por las armas romanas a la sumisión (*deditio*) y privados de autonomía política. Los peregrinos fueron, sin embargo, admitidos, sin distinciones, para realizar válidamente los negocios del “*ius gentium*”, y para juzgar de las relaciones que a este respecto ellos tenían con los romanos fue creado el “*praetor peregrinus*”.

Una condición intermedia entre ciudadanos y peregrinos fue la de los “*latini*”, de la cual hubo tres categorías:

1) “*Latini veteres*”, que eran los antiguos habitantes del Lacio y de las más antiguas colonias de Roma. Ellos tenían todos los derechos de los ciudadanos,

salvo el “*ius honorum*”. En el curso de la república adquirieron la ciudadanía romana, y de aquí, que esta categoría perdiese su primitivo sentido.

2) “*Latini coloniarii*” que eran los habitantes de las colonias romanas fundadas después del año 268 a. de C. Ellos tenían el “*ius sufragii*” y el “*ius commercii*”, pero por lo general no tenían el “*ius connubii*”. La latinidad colonial fue concedida también a regiones enteras, aunque a veces excluyéndolas de algunos derechos.

3) “*Latini iuniani*”, que fueron gracias a la “*lex Junia*” los esclavos manumitidos a los cuales no le había sido reconocida la ciudadanía, a excepción de aquellos que por la *lex Aelia Sentia*, llegaban a ser “peregrinos dediticios”. Eran igualmente “*iuniani*” los esclavos que habían conseguido la libertad sin manumisión. Tenían el “*ius commercii*”, pero no tenían capacidad en materia hereditaria. Pero todos los latinos fueron más tarde y poco a poco reconocidas numerosas causas de adquisición de la ciudadanía.

En el 212 d. de C. el emperador Antonino Caracalla concedió, sin embargo, la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del “orbe romano”, quedando acaso excluidos sólo los peregrinos dediticios (*Constitutio Antonianiana*). Por lo tanto la distinción entre ciudadanos y peregrinos pierde toda importancia salvo en referencia a los bárbaros, con los cuales el imperio estaba en contacto o que se fueron situando en el territorio romano, y a los “*dediticii ex Aelia Sentia*”. Quedó también la categoría de los “*latini iuniani*” para los esclavos que recaían en la esclavitud con posterioridad a la concesión de Caracalla. En el derecho justinianeo, venida a menos, por el desuso, la condición de los dediticios y expresamente abolida aquella de los “*latini iuniani*”, se acabó por conceder la plena ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio.

La ciudadanía se perdía principalmente por la pérdida de la libertad y por la pena de la “*deportatio*”; antiguamente también por la pena del “*aqua et igni interdictio*” y por la adquisición de otra ciudadanía.

Status familiae

Además del requisito de la libertad y de la ciudadanía, para que se tuviese la plena capacidad jurídica en el campo del derecho privado, era necesario otro requisito: el ser “*sui iuris*”, esto es, autónomo respecto a cualquier potestad familiar.

De aquí nacía la distinción entre “*personae sui iuris*” y “*personae alieni iuris*”, no menos fundamental que aquella entre libres y esclavos y de ella independiente, ya que principalmente fundamentábase sobre la organización de la familia romana.

Era “*sui iuris*” el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos, o que hubiera sido liberado, mediante un acto que llamábase “*emancipatio*” de la potestad del ascendente del cual dependía. Si era hombre, era “*pater familias*” cualquiera que fuese su edad, aun desde el nacimiento y así, pues, independientemente de que tuviera o no hijos. Si era mujer, era considerada “*caput et finis familiae suae*”. Sólo las personas “*sui iuris*” tenían la plena capacidad en orden a los derechos patrimoniales.

Eran “*alieni iuris*”, todos los otros, libres o esclavos que dependían de un “*paterfamilias*” o de un “*dominus*”. En principio el poder que sobre ellos se ejercitaba era único y se indicaba con el término “*manus*”. Posteriormente se diversificó, llamándose “*manus*” el poder sobre las mujeres que contrayendo matrimonio con el “*paterfamilias*” o con uno de sus “*filius*” hubieran entrado en la familia subordinándose al jefe de ella; “*potestas*” el poder sobre los esclavos y sobre los “*filius familias*”, considerados libres en antitesis a los primeros; “*mancipium*” el poder sobre los hombres libres que por enajenación, por delitos cometidos o en garantía de una obligación hubieran sido sometidos a un “*paterfamilias*” en condición de cuasi esclavos (*personae in causa mancipi*) - Sin embargo, el sometimiento a la “*manus*” por el matrimonio pierde su fuerza primitiva hacia el final de la república e igualmente las diferentes causas de “*mancipium*” fueron también desapareciendo. Las únicas personas “*alieni iuris*” que permanecieron fueron así, pues, los esclavos y los hijos de familia. Los “*filius familias*” eran todos los descendientes legítimos o adoptados por un “*paterfamilias*” vivo y quedaban como tales cualquiera que fuese su edad.

De los esclavos ya hemos hablado; de los otros volveremos a ocuparnos muy pronto. Aquí es necesario revelar que en el derecho privado por largo tiempo la condición jurídica de los “*filius*”, en especial respecto a las relaciones patrimoniales, no fue diversa de la de los esclavos. Así, pues, ellos tampoco podían adquirir en nombre propio, porque todo recaía directamente en el “*pater*”, y no podían válidamente obligarse. Por otra parte, con el consentimiento del “*pater*” podían contraer legítimo matrimonio y a través de la administración de los peculios llegaron a extender la esfera de su capacidad patrimonial; admitiéndose igualmente que pudieran presentarse en juicio bien sea como demandantes bien como demandados.

6. *Capitis deminutio*

Llamábase “*capitis deminutio*” a todo cambio sufrido en el “*status libertatis*”, “*civitatis*” y “*familiae*”; por ello era considerada como una extinción de la personalidad precedente.

Con referencia a estos “*status*” se distinguía la “*capitis deminutio*”, “*máxima*”, “*media*” y “*mínima*”. La “*máxima*” consistía en la pérdida de la libertad y así, pues, de la ciudadanía y de todo otro derecho; la “*media*”, en la pérdida de la ciudadanía y así, pues, de todos los derechos que habían fundamentado su esencia en el “*ius civile*”; la “*mínima*”, en un cambio del “*status familiae*” consiguiente a la emancipación, a la adopción y a la “*datio in mancipio*”, cambio por el cual se conservaba la libertad y la ciudadanía, pero se perdían los vínculos agnaticios y sucesorios con la familia de origen y se extinguían una serie de relaciones jurídicas preexistentes (usufructo, uso, débitos, etc.). Muchos efectos de la “*capitis deminutio mínima*” dejaron, sin embargo, de ser estimados en virtud de las diversas consideraciones del pretor, hasta tal punto que en el derecho justinianeo se acabó por eliminarlos completamente.

Limitaciones de la capacidad

La capacidad de un sujeto de derecho, además de por la falta de autonomía respecto a la potestad familiar, podía ser limitada por varias causas que disminuían o anulaban la capacidad de hacer y, aun, la capacidad jurídica. De tales causas, que cambiaron en el curso de la historia del derecho romano, recordamos las siguientes:

Edad.—Fundamental era la distinción entre “impúberes” y “púberes”. Las mujeres se consideraban púberes a la edad de doce años; los hombres a partir de los catorce (el momento varia en los hombres y es definido por el pater familias), no habiendo prevalecido la doctrina sabiniana de que era necesario el reconocimiento físico. El impúber “sui iuris” estaba sometido a tutela y llamábase «pupillus». Entre los impúberes se distinguían los “infantes”, los “infantae maiores”, los “infantae proximi” y los “pubertati proximi”.

Infantes eran aquellos que no sabían hablar y que no podían tener conciencia de sus palabras. En el derecho justiniano el término de la “infantia” fue fijado al cumplirse los siete años. Los infantes no tenían capacidad alguna de hacer, pudiendo sólo el tutor cumplir por ellos los actos patrimoniales. Los “*infantae maiores*” podían realizar actos patrimoniales con el consentimiento (auctoritas) del tutor y, aún, sin tal consentimiento cuando eran para ellos ventajosos. La distinción entre “infantae” y “pubertati proximi” hacía, sin embargo, referencia a la responsabilidad por delito, que fue excluida para los primeros y admitida para los segundos cuando hubieran estado en grado de comprender la ilicitud del acto realizado. Alcanzada la pubertad se podía contraer matrimonio y si se era “sui iuris” hacer testamento y realizar válidamente cualquier acto. Por otra parte, habiendo una lex Plaetoria del siglo II a. de C. penado a quien engañase a un “sui iuris” menor de veinticinco años en la realización de un negocio y habiendo el pretor concedido algunos medios para rescindir el negocio mismo si resultaba desventajoso al menor, prevaleció el uso de que hasta alcanzar los veinticinco años el menor fuese asistido por un curador especificado por el magistrado. Se viene así, pues, determinando gradualmente una nueva limitación de la capacidad de hacer para las personas «sui iuris» menores de veinticinco años, considerándose por lo general nulos los actos de enajenación y las obligaciones asumidas cuando hubiese faltado la asistencia del curador. En la edad postclásica, sin embargo, el varón de veinte años y la hembra de dieciocho cuando fuesen “sui iuris” y estuvieran en grado de administrar sus propios bienes, podían obtener del Emperador la “venia aetatis” que significaba la plena capacidad, excepto para hipotecar o enajenar inmuebles.

Sexo.— La mujer en razón del sexo tuvo por largo tiempo una capacidad jurídica fuertemente limitada. Excluida del todo de la vida pública, también en el derecho privado su situación, en un principio, fue muy inferior a la del hombre. Si era “sui iuris”, entre otras cosas, quedaba sometida a tutela perpetua; no podía hacer testamento, ni heredar más allá de ciertas sumas.

Estas limitaciones fueron, sin embargo, desapareciendo y quedaron tan sólo algunas incapacidades entre las cuales recordamos la de ejercitar la “patria potestad” y, por lo general, también la tutela; de ser testigo en un testamento; de comparecer en juicio por otros y de hacerse garante de las obligaciones ajenas.

Agnación, cognación y afinidad.—El estado de familia, el parentesco y la afinidad llevaban a diferentes limitaciones de la capacidad, pero de ellas hablaremos al tratar del derecho de familia.

Enfermedades físicas y mentales.—Los sordos, mudos y sordomudos, no podían realizar los antiguos negocios solemnes. El impotente y el castrado no podían contraer matrimonio; y el castrado ni tan siquiera adoptar. Los enfermos dementes (furiosi) si tenían intervalos lúcidos podían durante éstos realizar actos válidos, pero normalmente hallábanse privados de toda capacidad de hacer y juntamente a sus propios bienes estaban sometidos a un curador.

Prodigalidad.—Quien disipaba los bienes paternos era privado, bajo el pronunciamiento del magistrado, del “commercium”, y su patrimonio sujeto a la administración de un curador. Como los “infantiae maior” podía, sin embargo, adquirir.

Celibato y falta de hijos.—Por principios de política demográfica, Augusto estableció graves limitaciones en materia de sucesiones para los célibes y para aquellos que no hubiesen tenido hijos. Pero estas disposiciones perdieron vigencia en la edad postclásica.

Libertad.— Los libertos, aunque poseyeran la ciudadanía, no gozaron hasta pasado mucho tiempo de todos los derechos políticos, ni pudieron contraer matrimonio con ingenuos. A esto último fueron más tarde admitidos por las leyes matrimoniales de Augusto, quedando por otra parte prohibidos los matrimonios entre los libertos y los pertenecientes al rango senatorial. Justiniano abolió, sin embargo, tales limitaciones. De las derivadas de la relación de patronazgo hemos hablado ya.

Condiciones sociales, cargos y profesiones.—Venida a menos la división entre patricios y plebeyos se introduce en la edad imperial una distinción entre “humiliores” y “honestiores”, esto es: entre clases inferiores y clases superiores que implicaba, entre otras cosas, en el campo penal una pena más mitigada para aquellos que pertenecían a esta última clasificación. Particulares restricciones recaían sobre los senadores a los cuales les estaba prohibido poseer naves y debían invertir un cuarto de su patrimonio en fundos itálicos, y no podían contraer matrimonio con libertas, etc. Los magistrados provinciales no podían, en la provincia administrada, tomar mujer, recibir dones, adquirir inmuebles, manumitir esclavos. A algunas categorías de militares les fue, durante la época clásica, prohibido el contraer matrimonio. Desde la edad postclásica comenzó, pues, la división de la población en clases cerradas sobre las cuales recaían especiales honores, como, por ejemplo, la administración municipal, y se fueron formando corporaciones hereditarias de profesiones de tal forma que saliendo de ellas se incurría en graves sanciones. La condición social y pro-

fesional llegó a ser así, pues, la base de reglamentos jurídicos particulares. Igualmente algunas incapacidades en materia hereditaria fueron dispuestas para las “feminae probosae”, quedando, asimismo, prohibido a las meretrices, a las “celestinas”, a las actrices y a las que ejercían una actividad considerada vergonzosa (y a menudo también a sus hijas), el matrimonio con los ingenuos y, principalmente, con los “dignitate praediti”. Las prohibiciones matrimoniales, fuertemente mantenidas en la edad clásica y postclásica, perdieron, sin embargo, su efectividad en el derecho justiniano.

“Colonatus”.—En la edad postclásica, entre otras, se afirma también esta nueva causa de limitación de la capacidad jurídica, que tenía orígenes remotos y complejos y que adquirió larga difusión por las condiciones sociales y económicas del tiempo, tomando en parte el puesto de la propia esclavitud. El “colonatus” (servidumbre de la gleba) consistía en un vínculo que ligaba en perpetuo al colono y a sus descendientes a un fundo del cual eran arrendatarios, pero del cual no podían alejarse o ser alejados y al cual seguían su suerte. El colono era libre e ingenuo; podía, con algunas limitaciones, contraer matrimonio legítimo y testar; pero si abandonaba el fundo podía ser reivindicado. Se llegaba a ser colono: por nacer de padre o de madre colona; por voluntaria sumisión; por prescripción treintenar; por mendicidad. Se cesaba: por la adquisición del fundo; porque hubiera sido nombrado obispo o porque hubiese sido llevado por el señor del fundo al servicio militar, a los cargos municipales o a las órdenes religiosas. No estaba admitida la exención.

“Testabilitas”.— Quien habiendo participado en calidad de testigo en un negocio jurídico y se hubiese después negado a rendir testimonio, era declarado “iniprobis intestabilisque”, perdiendo con ello la capacidad de ser testigo y, de en la edad postclásica, aún la de hacer testamento. Esta última consecuencia viene dispuesta también para los autores de todo escrito difamatorio (carmen famosum).

Infamia.—El menoscabo del honor y la Lengua en la estima social podían llevar a una disminución de la capacidad jurídica. Esto se determinaba con las “notae censoriae”, que en la edad republicana castigaban a los difamantes del honor, y a una serie de actos por los cuales el pretor prohibía a determinadas personas el comparecer en juicio no tan sólo por “se” sino también “pro certis personis”, o hacerse en el representar. Las personas castigadas por esta incapacidad llamábanse “infames” o “ignominiosae”. Tan sólo, sin embargo, en el derecho justiniano la “infamia” aparece como especial condición jurídica. Entre los “infames” recordamos los condenados por crímenes públicos y por algunos delitos privados (hurto, rapiña, injuria) o por dolo; los condenados en algunos juicios de buena fe referentes a las sociedades, o a la tutela, fiducia, mandato y depósito; los que ejercían el arte teatral o gladiatoria o bien una actividad vergonzosa; los que hubieran quebrado en sus negocios; los perjuros; los militares expulsados del ejército; los bígamos; las mujeres que han contraído matrimonio antes de un año de la disolución de su primer matrimonio; quien con ellas hubiese contraído matrimonio y quien hubiera dado el consentimiento; el tutor que se hubiese casado con la pupila o la

hubiera dado en matrimonio a su propio hijo, etc. En el derecho justiniano, sin embargo, la infamia no podía nunca ser dispensada por el adversario. Ella producía además la incapacidad de ocupar cargos públicos, de promover una acción popular y de dar testimonio. De la infamia se distinguía la "turpitud", esto es: la mala conducta que bajo diversos aspectos era tomada en consideración por el magistrado.

Religión.—El profesar una fe determinada no representó, al menos hasta cuando el cristianismo llegó a ser considerado como religión oficial, una causa que modificase la capacidad jurídica. De la edad postclásica nacen, sin embargo, una serie de limitaciones que van desde la exclusión a los cargos públicos para todos los no cristianos, y a la prohibición para los hebreos de poseer esclavos cristianos y de contraer matrimonio con cristianos, hasta la incapacidad de hacer testamento y donar para los apóstatas y los heréticos. La herencia de estos últimos parece ser que recaía sobre el fisco. Una incapacidad cuasi plena penaba más tarde a los seguidores de la herejía maniquea que fue considerada ilegal.

Otras causas.—En el derecho quirritario eran considerados en condición de semiesclavitud los "addicti", esto es: los deudores insolventes asignados judicialmente al acreedor, el cual podía privarles de la libertad, venderlos o matarlos, y los "nexi" esto es: los deudores (o personas sumidas a su potestad) entregados al acreedor en garantía de la deuda. Estos institutos primitivos desaparecen antes de la edad clásica, en la que encontramos, no obstante, la condición de semiesclavitud en los "auctorati", es decir: en los hombres libres que se hubieran vinculado a un empresario de gladiadores, y en los "redempti ab hostibus", que eran los ciudadanos que otros habían rescatado de la cautividad de la guerra y que quedaban sometidos al "redemptor" hasta que con su propio trabajo hubiesen satisfecho la suma por éstos pagada. En el derecho justiniano queda sólo esta última categoría, disponiéndose por otra parte que la duración de tal sumisión no podía sobrepasar los cinco años, durante los cuales el "redemptus" permanecía vinculado como en prenda.

Las personas jurídicas

El derecho romano no llegó a elaborar una doctrina completa de las personas jurídicas, suministrando, sin embargo, a los intérpretes posteriores las bases para su construcción. No obstante, él ya había llegado, a través de un largo y laborioso camino, a reconocer la capacidad de ser sujeto de derechos, aún, a entidades diversas del hombre. Hasta el final de la época clásica esta capacidad le es atribuida tan sólo a las asociaciones de hombres organizadas para la consecución de fines duraderos de interés común e independientes de la voluntad y de los intereses de los miembros que las integran. En la edad postclásica y justiniana, con una mayor abstracción, se comenzó a reconocer la capacidad jurídica también a entidades patrimoniales destinadas a un fin específico.

Con términos modernos las asociaciones de hombres se llaman corporaciones; las entidades patrimoniales, fundaciones.

Prototipo de ente colectivo era el *Populus Romanus*, que tenía todos los posibles derechos. Sobre su base se configuraron otras comunidades de derecho público, como los “*municipia*” y las “*coloniae*”, a las cuales se le va, gradualmente, reconociendo una capacidad de derecho privado; y las corporaciones privadas, para las cuales se tenían numerosas denominaciones (*collegia*, *corpora*, *societates*, *sodalicia*, etc.). Los componentes de ellas se llamaban “*soci*” o “*sodales*”, y la totalidad de ellos “*universitas*”.

Requisito para la existencia de una corporación era la reunión de por lo menos tres personas que tuvieran la intención de constituir una unidad orgánica dirigida a un fin lícito, que podía ser religioso, especulativo, profesional, etc. Por largo tiempo no fue necesario el reconocimiento por parte del Estado, ya que era suficiente la licitud del fin; pero desde el principio de la edad imperial era necesario, sin embargo la autorización estatal. Cada corporación tenía un estatuto, órganos directivos, una sede común y se consideraba existente aunque cambiaran todos los socios o se redujesen a uno. Por lo menos desde la edad clásica se viene afirmando el elemento más característico de la personalidad jurídica de la corporación cual ente distinto de sus miembros, esto es: que los derechos y obligaciones se referían directamente a ella y no a sus miembros (si *quid universitatī debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*). La capacidad patrimonial de las corporaciones se fue poco a poco extendiendo; se admite también que pudieran ni admitir esclavos adquiriendo el derecho de patronazgo y, en último término, le fue concedido, en un principio a algunas como privilegio, después a todas, el recibir herencias y legados. Las corporaciones privadas se extinguían: por la desaparición de todos sus socios; por la disolución voluntaria; por la consecución del fin; por la supresión estatal.

Las fundaciones comienzan a aparecer sólo en la edad postclásica, bajo forma de instituciones de beneficencia y de culto promovidas por el cristianismo para una «*pia causa*». Consistían en patrimonios confiados por lo general a una iglesia y destinados a la creación de orfanatos, asilos, hospitales, etc. Pero, sin embargo, a un reconocimiento explícito de su capacidad jurídica no se llegó ni tan siquiera en el derecho justiniano. No obstante, se intentó asegurar de todos modos la consecución del fin, dándole a los obispos la vigilancia y el cuidado sobre la administración de tales patrimonios y ampliando las muchas normas que ya regulaban la vida de las corporaciones.

Una personalidad jurídica más plena le es atribuida, al menos en el derecho justiniano, al “*fiscus*” y a la “*hereditas iacens*”. El fisco era el patrimonio imperial. El acaba por absorber al *aerarium*”, esto es: el patrimonio del pueblo romano; pero se separó de la persona del emperador y fue considerado como una entidad en sí misma, a la cual le fueron atribuidos muchos privilegios. La herencia yacente era cualquier patrimonio hereditario todavía no aceptado por el heredero. Puesto que la aceptación era, por lo general, necesaria para que el heredero tomara la posición del difunto, en este intervalo de tiempo tal patrimonio permanecía sin titular y así, pues, como si fuese una “*res nullius*”. En el derecho clásico se llegó a decir, sin embargo, que la herencia ocupaba el lugar de la personalidad del

difunto, y en el derecho justinianeo se llegó aún más allá, considerando a la herencia misma como persona y como “domina” las cosas hereditarias.

El Procedimiento Civil Romano



NOCIONES GENERALES

El procedimiento civil romano (de esta manera queda mejor especificado que no con la expresión “defensa de los derechos” en cuanto, como veremos más tarde, en el derecho romano encuentran defensa aun situaciones de hecho que no tienen reconocimiento en el “ius civile”), es una de las materias en las cuales más se refleja la rápida evolución del derecho romano que tuvo lugar por obra del pretor.

En él se distinguen precisamente tres períodos, los cuales, se ve bien, no se han sucedido en el sentido de que el principio del uno haya coincidido con el fin del otro, sino que frecuentemente han convivido, ofreciendo medios concurrentes para la defensa del ciudadano hasta que ha prevalecido aquel que, por ser más conforme a la conciencia social, mejor respondía a las exigencias de la defensa real de aquellas situaciones necesitadas de una sanción jurídica.

Los tres períodos del procedimiento civil romano son:

1. **Período de las “legis actiones”.**
2. **Período del procedimiento “per formulas”.**
3. **Periodo de la “cognitio extra ordinem”.**

Antes de adentrarnos en el examen particular de estos períodos no parece inoportuna alguna consideración de orden general sobre el procedimiento.

Es conocido como característica de las normas jurídicas de los ordenamientos estatales (el derecho internacional no está, en efecto, sujeto a esta particularidad) el que las normas por ellos recogidas asuman fuerza obligatoria por medio de la sanción que representa un mal o la pérdida de un bien (Arangio Ruiz) conminando a quien llegue a transgredir la norma llamada primaria, esto es: aquella que prescribe el comportamiento que ha de seguirse. La aplicación de la sanción se obtiene exigiendo, en los modos debidos y con un específico procedimiento (“proceso”, “procedere”, “processus”), al Estado el reconocimiento de la existencia

de lo propio, esto es del derecho, y la actuación concreta para la restauración del derecho violado o menoscabado.

La “*Actio*” era para los romanos el medio para poner en funcionamiento el proceso “*actio nihil aliud est quam ius persecuendi iudicio quod sibi debetur*”.

Por lo que hasta ahora hemos dicho, resulta claro que la actividad del Estado para la reintegración del derecho del particular consta - por lo general - de dos fases: una primera tendente a afirmar la existencia del derecho y su lesión; y una segunda que tiende a la realización o reintegración del derecho reconocido; la actividad procesal asume, pues, dos diversos aspectos y se distinguen por lo tanto un “**proceso de cognición**” y un “**proceso de ejecución**”.

Respecto al proceso de cognición puede darse el caso de que el bien que se intenta tutelar sea un derecho real o que sea por el contrario un derecho de obligaciones. En el primer caso se tendrán las “*actiones in rem*” en cuanto siendo el derecho real una relación directa entre el titular del derecho y la “*res*” objeto de éste, él tiende a la tutela de esta relación dirigiéndose hacia quien lo obstaculice indebidamente (*erga omnes*). Ellas eran llamadas por los romanos “*vindicationes*”. Las acciones que tendían por el contrario a la tutela de una relación obligatoria, en cuanto ello ocurría entre personas que son las únicas que pueden violarla, se llamaban “*actiones in personam*” y también, con un término específico, “*conditiones*”.

Existía, en el derecho romano, también un “*tertium gens*” de acciones que tenían origen en las “*actiones in personam*”, en cuanto nacían de una relación obligatoria, pero tenían al mismo tiempo la característica de poderse dirigir contra todos aquellos que se encontraban en condición de poder defender el derecho en cuestión. Ellas eran llamadas “*actiones in rem scriptae*”, siendo la más característica la “*actio quod metua causa*”, la acción, esto es, concedida en tutela de quien pudiera sufrir una inminente violencia en la estipulación de un negocio.

En cuanto al objeto de la demanda los romanos conocían otra distinción de las acciones:

«**Acciones rei persecutoriae**», aquellas que tenían por objeto el resarcimiento inmediato de un daño patrimonial.

“**Acciones poenales**”, es decir, aquellas con las cuales se perseguía una suma de dinero debida a título penal (ejemplos típicos: las acciones de hurto, rapiña, daño, injuria).

“**Acciones mixtae**”, eran en suma, las acciones que tendían a ambas finalidades.

“**Acciones civiles**”, eran las acciones que se dirigían para hacer valer las relaciones tuteladas por el “*ius civile*”

“**Acciones honorariae**” o «**praetoriae**», aquellas concedidas por el pretor para la tutela de las relaciones no comprendidas por el “*ius civile*”.

De particular relieve, a los fines de un justo conocimiento de la importancia de la función sustancial que tenía en el derecho pretorio el procedimiento civil, son otras distinciones como:

“Actiones in factum”, que eran las acciones con las cuales el pretor tutelaba una relación de hechos no especificados por el derecho civil y que hubieran quedado por lo tanto privados de la tutela jurisdiccional por éste concedida para los titulares de las relaciones jurídicas.

“Actiones útiles”, por las cuales el pretor aplicaba acciones ya existentes a situaciones análogas a aquellas para las cuales se habían constituido (por contraposición la acción originaria era llamada “actio directa”).

“Actiones ficticiae”, aquellas mediante las cuales el pretor para hacer posible la aplicación de una acción ya existente a una relación nueva, fingía la existencia en tal relación de un elemento que, sin embargo, faltaba (por ejemplo, fingía la existencia de la usucapio cuando ella no se había aún cumplido: “rei vindicatio utilis”).

En las “acciones útiles” se extendía en sustancia una acción a unos hechos especiales que no habían sido tipificados; pero en las “acciones ficticiae” el procedimiento era contrario y se encuadraban, con las oportunas adaptaciones, los hechos especiales en el ámbito de una “actio” existente. La parte que actuaba era llamada en el Derecho Romano “actor” mientras que aquella contra la que iba dirigida la acción (demandado) era llamada “reus”.

En cuanto a la representación en juicio, en un principio limitada, fue ya en la época clásica normalmente admitida. Se distinguía el “cognitor” que era constituido como tal por una fórmula ya establecida (“certis verbis”); y el “procurator” para cuya designación no era necesaria una solemnidad particular y que tuvo así, pues, en el transcurso del tiempo mayor efectividad. Naturalmente la distinción entre “acciones civiles” y “honorariae”, y todas las especificaciones técnicas relativas a ellas, desaparecieron poco a poco en la época post-clásica con la fusión del derecho civil con el derecho pretorio de tal forma que el origen profundamente diverso de los dos sistemas resultó irrelevante.

Las dos primeras fases del procedimiento civil romano, esto es, la fase “per legis actiones” y la fase “per formulas” suelen ser reagrupadas en una denominación más amplia llamada “ordo iudiciorum privatorum”. Este término, que significa “orden de los juicios privados”, encuentra su justificación en el hecho de que en este procedimiento típicamente romano es prevalente la acción del juez privado, elegido por las partes. El tenía, por llamarle con términos modernos, carácter típicamente arbitral.

El procedimiento se desarrollaba, en efecto, en dos fases:

1. una primera que tenía sólo el fin de crear la relación procesal y fijar los términos de la controversia, que se desarrollaba ante un funcionario público, el “praetor” y que era llamada “in iure”; y una segunda que constituía el juicio verdadero y propio en cuanto tendía a la búsqueda de la

verdad, que era llamada “in iudicio”. La primera fase se cerraba con la “litis contestatio”.

2. La segunda fase se desarrollaba toda ella ante el juez privado, elegido por las partes, y de él emanaba la decisión, llamada sentencia.

El procedimiento “per legis acciones”, caracterizado por un estrecho formalismo y que era rígidamente establecido por la ley (de aquí precisamente su denominación), tiene su origen en la época más antigua y fue ya estudiado en la Ley de las XII Tablas. La reforma de este procedimiento, apenas idónea para una pequeña sociedad y economía típicamente agrícola, pero aún más inadecuada por la transformación de la economía romana, con la conquista del ámbito del Mediterráneo, de agrícola a comercial, fue iniciada en la segunda mitad del siglo II a. de C. por la Lex Aebutia, la cual introduce como facultativo el procedimiento formulario. Es natural que él por su mayor adaptabilidad a la conciencia social y a las necesidades prácticas, se extendiese con la rapidez que el conservadurismo de los romanos consentía. De tal forma que después de poco más de un siglo Augusto con su “lex iudiciorum privatorum”, haciendo obligatorio el nuevo sistema, podía sancionar el uso ya prácticamente generalizado.

EL PROCESO “PER LEGIS ACTIONES”

El proceso de cognición tenía lugar en el período del procedimiento civil romano que corresponde, más o menos, a la fase del derecho quirritario y que tiene como característica la más absoluta oralidad, por medio de tres acciones.

Esto es por cuanto concierne a la fase preparatoria del juicio (in iure). La fase “in iudicio”, por su propia función, no estaba ya sujeta a formalismos particulares. Se abría con la manifestación oral hecha por las partes y los testigos sobre cuanto había acaecido en la primera fase (litis contestatio).

“*Legis actio sacramento*”, así llamada porque el fundamento de todo el procedimiento era una promesa en forma solemne (sacramentum) que las partes se hacían y que cualificaba el pronunciamiento del juez, el cual, como conclusión de la fase “in iudicio”, antes que declarar cuál de las partes tuviera razón y cuál culpa, determinaba “ut ius sacramentum in iustitia ut ius iniustum sit”.

Ella era una acción general (actio generalis) en el sentido de que encontraba aplicación en todos los casos para los cuales en tutela de una determinada relación no existiese una acción específica. Llena de simbolismo arcaico (de lo cual la naturaleza religiosa del “sacramentum” era una típica manifestación), postulaba que si “sin rem”, la cosa misma o una parte representativa de ella (por ejemplo, un terrón del fundo en litigio) fuese llevado ante el magistrado y que sobre él los dos contendientes presentaran su pretensión con la imposición de una “vindicta” o “signum iusti domini”, y el pronunciamiento de fórmulas determinadas. La acción “in personae” era más simple en cuanto el actor se limitaba a declarar solemnemente ante el magistrado su pretensión y el demandado requerido, a negar su existencia.

“Legis actio per conditionem”: “condictio” era la intimidación con la cual el actor al negarse el demandado ante la pretensión por él expuesta *in iure* sin el uso de fórmulas particulares, le emplazaba a un reencuentro a los treinta días ante el pretor para la elección del juez privado al cual debía ser confiada la segunda parte del juicio (*in iudicio*). A diferencia de la 1. a. Sacramento, que era, como se ha dicho, de carácter general, esta acción, como la *“per iudicis arbitrive postulationem”*, fue introducida por la Lex Silia para los créditos consistentes en una suma de dinero determinada (*certa pecunia*), y extendida por la Lex Calpurnia para los créditos consistentes en una cosa determinada (*certa res*).

“Legis actio per iudicis arbitrive postulationem”. También ella era de origen bastante antiguo (se determinaba ya por la Ley de las XII Tablas). Era por otra parte bastante simple en cuanto por medio de ella el actor exigía al demandado el reconocimiento de su deuda contraída por una *“stipulatio”*.

En el caso que se diera la negación el actor invitaba al pretor, con una fórmula solemne, de la cual ha tomado el nombre la *“actio”*, para que nombrase al juez de la controversia.

El proceso se cerraba con una *“sententia”* que podía ser de condena, de absolución, o de mera afirmación. Este último tipo de sentencia, que declaraba la existencia de un derecho de estado, no implicaba el procedimiento ejecutivo.

Dada la sentencia de condena, por el contrario, el actor para obtener una concreta ventaja debía realizar el bien judicialmente reconocido.

En el procedimiento *“per legis actiones”* se acostumbraba a distinguir entre *“actiones in rem”* y *“actiones in personam”*. En las primeras parece que la ejecución de la sentencia iba garantizada por medio de fiadores o *“praedes”*, que al principio del proceso se constituían como responsables de la restitución de la cosa y de los frutos. En las acciones obligatorias, por el contrario, estaban en uso dos acciones específicas.

Como para la parte relativa al proceso de cognición, también aquí ha de distinguirse una acción general la primera y, una acción admitida en casos taxativamente determinados, la segunda apuntada.

“Legis actio per manus iniectioeni”. Característica del proceso ejecutivo de este período arcaico es la existencia de la ejecución personal sobre el deudor. Quien había sido condenado a pagar una suma de dinero, después de treinta días de demora, era llamado a juicio por el acreedor o, si no prestaba garantía era, con la autorización del pretor, asignado (*adictus*) al mismo acreedor. Si después de sesenta días ninguno lo rescataba, podía ser, en la época más arcaica, matado o vendido *“trans Tiberim”*.

La evolución posterior atenuó el primitivo rigorismo, por lo que el derecho del acreedor fue limitado a la posibilidad de tener al deudor en prisión, al fin de satisfacerse con el trabajo de él.

"Legis actio per pignoris capionem": era una ejecución de carácter patrimonial introducida por las XII Tablas sólo para las relaciones de carácter sacro, pero más tarde extendida a la materia fiscal para relaciones determinadas (aes militare, aes aequestre, aes hordearium').

EL PROCESO "PER FORMULAS"

Mientras, como se ha dicho, la característica del procedimiento "per legis actiones" era la completa oralidad del proceso, por la cual el juez, en la segunda fase del juicio (in iudicio) tomaba de la propia voz de los interesados y de los testigos cuáles habían sido los extremos de la controversia fijados "in iure", el procedimiento formulario toma su nombre del documento escrito (fórmula) que el pretor redactaba, en conclusión de la primera fase del juicio, dándole al juez instrucciones, el cual era un ciudadano privado.

En sustancia el magistrado, que, en cuanto tal era necesariamente experto en derecho, fijaba los términos jurídicos de la controversia y delegaba la indagación sobre los hechos al juez, que, por ser un ciudadano privado, podía no tener cultura jurídica adecuada. La parte más extensa y difícil del proceso era por otra parte la que se desarrollaba ante el juez privado para la determinación de las pruebas y de las restantes confirmaciones.

La *formula* comenzaba precisamente con la designación del juez ("Titus iudex esto") y se dividía en varias partes:

- a) La *"demonstratio"* (quod Aulus Ageius - nombre supuesto con el cual solía indicarse al actor -. Numerium Negidius - otro nombre con el cual se indicaba al demandado - hominem vendidit), con la cual se fijaba una breve exposición de los hechos. En la doctrina general el hecho que daba origen a la controversia era la venta de un esclavo hecha por A. Ageius a N. Negidius.
- b) La *"intentio"* (si paret Numerium Negidium Aulus Ageius sestertium X milia dare oportere) con la cual se fijaba la pretensión del actor; Negidius debía 10.000 sestercios a A. Ageius por la adquisición del esclavo.
- c) La *"condemnatio"* (iudex, Numerium Negidium Aulus Ageius sestertium X milia condemnato, si non paret absolvo) con la cual el magistrado daba al juez la potestad de condenar o absolver al demandado según que hubiese resultado fundada o no la pretensión del actor.

Esta parte, en los juicios divisorios, era sustituida por la *"adiudicatio"*; faltaba, sin embargo, en los juicios de mera confirmación (*formulae praeiudiciales*), esto es, en aquellos juicios con los cuales se tendía a obtener la confirmación de un hecho y no a la realización de una pretensión.

A veces la *"demonstratio"* iba precedida de una parte que precisamente por estar escrita al principio de la fórmula, era llamada *"praescriptio"*. Ella servía para precisar cuál de los numerosos efectos de una relación litigiosa, se quería hacer valer en aquel juicio.

Como ya se ha acentuado las “formulae” fueron un potente medio utilizado por el pretor para proteger de tutela jurídica las relaciones que no encontraban tal tutela en el “ius civile”. Se distinguieron así las “formulae in ius conceptae”, las cuales hacían referencia a una relación tutelada por el “ius civile”, o tutelaban una relación fingiendo la existencia de un elemento que faltaba para que ella pudiera ser tutelada por el “ius civile”; y por extensión, diríamos analógica, éstas (formulae ficticiae), de aquéllas en “factum conceptae”, en las cuales una determinada relación era tutelada “ex se”, porque era considerada meritoria de esta tutela.

Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico como exigencia de cada acción debe existir una relación reconocida por el derecho, en el derecho romano el pretor, aun no teniendo facultad para crear el derecho, podía, en resumen, dar relieve jurídico a través de la tutela jurisdiccional a relaciones que no eran jurídicas.

Pero no sólo a través de estas “formulae” el derecho pretorio actúa como correctivo del arcaico “ius civile”, extendiendo su campo de aplicación. El rigorismo formalista del derecho quirritario podía, a veces, no prestar la debida protección a relaciones jurídicas que surgidas, ciertamente, en los modos y términos establecidos por el “ius civile”, hallábanse, sin embargo, en contraste con aquellas que eran consideradas como “boni mores”. Hacia el final de la república, cuando el crecimiento del comercio aumentó el número de los negocios dolosos, la tutela jurídica comenzó a dirigirse - por un progresivo refinamiento del sentido jurídico - hacia la esencia de las relaciones más que hacia la forma, hacia la voluntad efectiva más que hacia la declaración formalista. Nace así la “*exceptio doli*” que representa el arma más potente del triunfo del “ius praetorium” sobre el “civile”, y que servía para paralizar las acciones basadas sobre las relaciones que el derecho civil protegía, pero que el derecho pretorio juzgaba inmerecedoras de tutela; y pues, la “*actio doli*”, para hacer tutela en situaciones análogas en beneficio del actor antes que del demandado.

Más allá de la “*exceptio doli*”, que como se ha visto, no encontraba su fundamento sino en una valoración de hecho, y que pertenecía así, pues, aunque no con caracteres propios del todo, a la más basta categoría de las excepciones concedidas por el pretor para los hechos que él consideraba merecedores de tutela (exceptiones honorariae), las excepciones podían, a semejanza de las acciones, hacer referencia a expresas disposiciones del “ius civile”, como por ejemplo: la “*exceptio de ius Cinciae*”, que servía para hacer ineficaces las donaciones hechas sin la forma solemne, y la “*exceptio senatus consulti Veileiani*” en favor de la mujer en materia de garantías obligatorias.

Estas excepciones, dada su naturaleza y atendiendo en sustancia a la configuración jurídica de la relación, debían ser insertadas en la fórmula y así, pues, propuestas “in iure”. Se insertaban después de la “intentio” en forma de condiciones negativas que excluían la condena

Las excepciones podían ser:

Peremptoriae, que eran aquellas idóneas para paralizar en perpetuo la acción.

Dilatoriae, que eran aquellas idóneas para paralizar la acción sólo por un cierto tiempo.

Determinada la fórmula, que venía aceptada por el demandado, y nombrado el juez, tenía fin la fase "in iure" del procedimiento, que se cerraba con la invitación hecha a los presentes a dar testimonio del acuerdo que habla tenido lugar (litis contestatio). Es importante subrayar que en el procedimiento del "ordo iudiciorum privatorum", la "litis contestatio" tenía una importancia fundamental, igual a la de la "res iudicata", a los fines, por ejemplo, de la aplicación del principio "bis de eadem re agi non potest". También el particular efecto que suele llamársele "consumación de la acción relativa a la relación deducida en juicio" (consumación procesal), en el sentido de que al vínculo jurídico preexistente al juicio y que de él había sido el fundamento se le sustituía por un nuevo vínculo nacido de la instauración de la relación procesal. Ella valía, asimismo, para cristalizar la relación sustancial en el sentido de que el juez debería remitirse al momento de la "litis contestatio" ya sea para determinar la existencia de la pretensión deducida en juicio, ya sea para la determinación de la condena.

Como en el proceso por "legis actiones" también aquí es característico el carácter privado de la segunda parte del proceso (in iudicio), siendo el juez un particular y no un funcionario público. Por lo más el juez era único (unus iudex), pero no faltaban ejemplos de juicios deferidos a órganos colegiados (recuperatores, centumviri, decemviri, stitibus iudicandis)

Característico de esta fase del juicio era que, dentro del esquema fijado en la fórmula, el juez procedía con la máxima libertad en la admisión de las pruebas, y podía también concluir que él no estaba en grado de resolver la controversia (jurare sibi non liquere) y hacerse sustituir.

Característica del derecho romano era la inderogable necesidad de que la petición del actor, fijada en la fórmula, debía reflejar con la máxima precisión la efectiva realidad de su derecho. En tanto él hubiese exigido de más (plus petitio), el juez debía pronunciar la absolución del demandado.

Se conocían *cuatro casos de "pius petitio"*: "re" o "summa", cuando se excedía en la petición de la cantidad debida; "tempore", cuando se demandaba antes del tiempo establecido; "loco", cuando se demandaba la prestación en lugar diverso de aquel en el que debía hacerse; "causa" o "qualitate", cuando se alteraban en cualquier modo los términos de la prestación.

El pronunciamiento del juez, que no estaba sujeto a formas particulares, llamábase "sententia" (esto es, "sentencia") y, dado el carácter arbitral del juicio, no estuvo por mucho tiempo sometida a impugnación. La apelación parece haber sido introducida, bajo forma de recurso al emperador, en el principado de Augusto. Es notable subrayar que en el período "del procedimiento formulario el objeto de cada controversia "aun de carácter real) debía valorarse en una suma

de dinero y la “condemnatio” era siempre “pecunaria”, pero contenía en las acciones reales la cláusula restitutoria (“nisi restituat”).

Naturalmente podía conseguirse el fin de la restitución de la cosa pronunciando una condena pecuniaria desproporcionadamente mayor al valor de la cosa misma.

También en este período el proceso ejecutivo tiene el carácter prevalente de ejecución sobre la persona del deudor, que por causas del carácter pecuniario de la condena era siempre obligado a pagar una suma de dinero.

La reintegración patrimonial del acreedor-actor tenía lugar indirectamente en el sentido de que el proceso ejecutivo otra cosa no podía hacer más que apremiar sobre la voluntad del que había perdido el juicio para que cumpliera su obligación. Ello tenía lugar mediante la “actio iudicati”. Durante esta fase del proceso si el demandado no pagaba, pero reconocía su deuda, era entregado al acreedor que se resarcía con su trabajo. Si, por el contrario, negaba (infitiabat) su deuda, el proceso tenía el consiguiente desarrollo propio del procedimiento de cognición, pero, si la pretensión del actor resultaba fundada, el demandado era constreñido a pagar el doble.

Sin embargo, con el discurrir del tiempo, surge, como alternativa, y para el caso de que la ejecución personal resultase imposible, una forma de procedimiento ejecutivo con la cual el acreedor pasaba a ser titular de la posesión general de los bienes del deudor (missio in bona), con la posibilidad, después de un cierto tiempo, de llegar a la venta (bonorum venditio). Se trataba en suma de una ejecución general, semejante a la quiebra, que el deudor prefería soportar todas las veces en que sus deudas superaban a sus ingresos no obstante su trabajo. En casos determinados era admitida la venta de los bienes singulares.

Augusto permitió que el deudor se sometiera voluntariamente al procedimiento ejecutivo sobre los bienes (cessio bonorum), evitando así la infamia derivada del procedimiento coactivo.

LA “COGNITIO EXTRA ORDINEM”

Mientras en el «ordo i. p.» la intervención del poder público era, como se ha visto, extremadamente reducida, la “cognitio extra ordinem”, así llamada porque se trataba de un procedimiento desarrollado completamente más allá del “ordo i. p.”, era dominada por la actividad del magistrado funcionario público. Ella fue introducida ya en tiempos de Augusto para determinadas materias (por ejemplo, para los fideicomisos), y encontró condiciones favorables para su desarrollo principalmente en las provincias, por la ventaja que representaba el dejar la administración de la justicia en las manos de los representantes del Estado. Se afirmó, decididamente, también en el territorio metropolitano en la época postclásica.

El procedimiento extraordinario fue introducido, en un primer tiempo (época de Constantino), mediante la "litis denuntiatio", sustituida más tarde por el "libellus conventionis", que era un escrito, recopilado y firmado por el actor, en el cual éste exponía su pretensión, pidiendo al juez que fuese notificada al adversario. La notificación era llevada a cabo a través de un funcionario público (exsecutor), dando así lugar a la "editio actionis". El demandado que quería contrastar la pretensión del actor realizaba un documento de respuesta (libellus contralictionis) y depositaba la fianza como garantía de su comparecencia en juicio (cautio indicio sisti).

La vista del proceso se comenzaba mediante la exposición de los alegatos del actor y de los contraalegatos del demandado (narratio y contradictio), lo que hacía surgir la "litis contestatio", la cual, sin embargo, dado el carácter enteramente público del proceso, había adquirido importancia sustancial, quedando la consumación procesal como característica de la "res iudicata".

Naturalmente el magistrado tenía la más absoluta libertad de acción; el proceso se desarrollaba en una sola fase, y las "formulae" quedaban en desuso en cuanto la unicidad del desarrollo las hacía superfluas.

La sentencia asume el carácter no de decisión arbitral sino de orden de la autoridad pública y la condena ya no era necesariamente pecuniaria, sino que tenía por objeto la pretensión del actor. tal como la autoridad pública era instituida según un principio jerárquico es lógico que fuese concebida como regla general la apelación (appellatio) a un oficial público de superior categoría de aquel que había decidido la causa.

La introducción y la afirmación del instituto de la apelación demuestran claramente la superación *que* con la "cognitio extra ordinem" y la entrada de una concepción del todo pública y administrativa, dado que los jueces pertenecían al poder ejecutivo y juez de última instancia era el Emperador, se dio en relación con la precedente concepción privatista del proceso. Esta concepción duró hasta la época moderna, hasta que se sustituyó por el principio de la división de poderes que concebía la función judicial como absolutamente independiente del ejecutivo y del legislativo.

El procedimiento ejecutivo tiene una característica muy particular en este período. No se trataba en realidad de un procedimiento auténtico porque la "actio iudicati" había sido ya considerada nada menos que como una demanda de ejecución. La autoridad pública aseguraba los efectos de la sentencia, bien prestando el auxilio de los propios funcionarios al vencedor de la litis que desease apropiarse de la cosa objeto del juicio (manu militari), o bien, en caso de crédito de dinero, disponiendo que funcionarios públicos procedieran al embargo de los bienes del deudor (pignus in causa iudicati captivi); bienes que si el incumplimiento del pago continuaba, eran vendidos en subasta.

También en ese período existía un proceso general infamante sobre los bienes del deudor, llamado "bonorum díatractio"

LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Además de esta actividad jurisdiccional el magistrado romano podía, en determinados casos aplicar, después del recurso de la parte lesionada, un proceso de urgencia, de carácter administrativo, que era designado con el término “interdicere”; e “interdictum” era la orden correspondiente.

Los romanos conocían diversos tipos de “interdicta” (“prohibitoria”, “exhibitoria”, “restitutoria”, “adipiscendae”, etc).

En el período postclásico se tuvo conocimiento de los procedimientos sumarios y precisamente de:

El procedimiento “per rescriptum”: el juez o las partes podían recurrir por la decisión de las controversias al Emperador, el cual decidía con su, rescripto.

El procedimiento sumario (“summatia cognitio, summatio cognoscere), que se asemeja a los interdictos del período clásico.

La Organización Social Y Estructura Política De Roma: Comitia /Asambleas Populares



ASAMBLEAS POPULARES

Las asambleas populares o comitia, representan la participación del Populus en la gestión política. Las asambleas populares han variado históricamente y si las

asambleas primarias fueron los comitia curiata y los comitia centuriata, más tarde aparecerían los comitia tributa y desde el 494 ac los Concilia Plebis. Todas las asambleas tienen finalidades políticas, si bien los comicios curiados, los comicios centuriados y también en los comitia tributa, se añade en ocasiones otras finalidades de carácter religioso, administrativo y militar.

A fines de la república, los comitia curiata, mantienen una presencia mercantil simbólica, representada por 30 dictores.

COMITIA CENTURIATA

El ejército centuriado en cuanto organización fiscal y militar que determinaba el encuadramiento de los ciudadanos en función de su fortuna en cada una de las 193 centurias, se convertirían en la principal asamblea política romana que son los comicios centuriados. Estos asumirían competencias políticas desde el inicio mismo de la república, para algunos romanistas, concretamente con la promulgación de la ley "lex valeria de provocatione" que la tradición sitúan en el 509 ac., estos comicios tenían competencias electorales, así la elección de los magistrados mayores (cónsules, pretores, etc), legislativos y competencias judiciales siendo exclusiva su competencias en los procesos capitales.

A. Convocatoria Comicial Y Rogaciones Legislativas

Los requisitos de convocatoria son los mismos para las 3 funciones indicadas, electorales, legislativas y judiciales.

El comicio centuriado constituido en asamblea militar se reunía en el campo de Marte, fuera del Pomerium de la ciudad. El magistrado presidente cum imperium dictaba un edictum con la convocatoria y la fecha de la reunión, que debía ser un "dies comitialis" (día comicial) y entre la convocatoria y la reunión debían transcurrir al menos 3 mercados, es decir, 24 días. Al llegar el día fijado el magistrado convocante tomaba los auspicios y de ser favorables ordenaba al pueblo por centurias, proponía una rogatio y se procedía a la votación. En esta votación tenían prioridad las 80 centurias de la 1 clase y las de Equites, votando cada uno con su centuria y lográndose la mayoría dentro de cada una de ellas. Concluido el recuento, el magistrado publicaba el resultado mediante la renuntiatio y, normalmente las leyes eran conocidas por el nombre del magistrado que hizo la rogatio o de ambos colegas en su caso o incluso a veces por su contenido. La ley una vez aprobada era seguida de la Sanctio que era un conjunto de cláusulas tendientes a asegurar su eficacia, y a acomodar sus disposiciones a las reglas religiosas, así como a los mores civitatis (costumbres de la ciudad).

B. Funciones Electorales Y Judiciales. Provocatio Ad Populum

Con relación a estas funciones electorales, originariamente el magistrado crea (creat) a su sucesor, y quedando limitada la actividad de la asamblea a rechazar o aprobar con su voto el nombre del magistrado propuesto.

Posteriormente, cualquier ciudadano podía proponer su nombre al magistrado convocante, el cual, no podía rechazar esta propuesta y si tan sólo comprobar los requisitos de idoneidad del candidato.

Respecto a la función judicial, existen dos posiciones:

La tradicional, representada por Mommsen, para el que todos los procesos comiciales son siempre PROVOCACIONES y en consecuencia toda sentencia aplicada por un magistrado cum imperio y dentro de la urbs conduce si el condenado hace uso de su derecho a un juicio popular y en consecuencia existen dos instancias: una primera en que el magistrado hace una Quaestio, una averiguación y comprobación del delito, y una segunda instancia o de apelación ante el tribunal popular.

La defendida por Brecht y Junkel, estima que el proceso comicial no está esencialmente ligado a la provocatio. Así, para Kundel, la perduellio así como otros delitos graves son plenamente independientes de la provocatio.

C. La Reforma De Los Comitia Curiata

A lo largo del s. III ac se hizo necesaria una reforma de la asamblea toda vez que sus procedimientos de votación conducían a resultados antidemocráticos.

La reforma tendió por una parte a adecuar el número de centurias con el de tribus y así mismo desde el punto de vista político se eliminó el privilegio de las centurias de 1 clase debiéndose pasar al menos a conocer el voto de las centurias de 2 clase. No obstante, dado que el ordenamiento centuriado no era apto para las necesidades militares, los iniciados comicios centuriados serían con posterioridad sustituidos por los comitia tributa.

D. Comitia Tributa

Con posterioridad a la subdivisión de los ciudadanos en 3 tribus de la época monárquica, tras las conquistas y anexiones realizadas por Roma en las zonas vecinas fue definitivamente estabilizado hacia el año 241 ac el n de tribus en 35, de las cuales 4 eran urbanas y el resto rústicas. Inicialmente, en las tribus eran inscritos los Assidui, los propietarios agrícolas que tenían una sede propia. Con posterioridad a estas tribus, era inscrito todo ciudadano, la inscripción en una tribu formaba parte del estado civil, de su nombre y daba la prueba de su plena ciudadanía romana.

Tras la reforma introducida por el censor Apio Claudio, en el 312 ac que es de clara inspiración democrática, se facultó a cada ciudadano para inscribirse en la tribu que desease.

Mientras en los Comitia Tributa, tenían que ser presididos por un magistrado curul y nunca por un tribuno de la plebe, los concilia plebis tributa en cambio, eran necesariamente presididos por un magistrado plebeyo y no eran asambleas de todo el Populus sino tan sólo de la plebe.

Los comitia tributa tuvieron un carácter más democrático que los comitia centuriata. La unidad votante era la tribu donde podían votar todos absolutamente lográndose la mayoría cuando hubiesen votado 18 tribus en un mismo sentido.

Las funciones de los Comitia Tributa son las mismas que para los comicios centuriados son:

Electoral: así por Ej. la elección de los magistrados menores.

Legislativas: las leyes indiferentemente podían ser presentadas ante los comicios centuriados y ante los comicios por tribus salvo la Lex de Bello Indicendo, que es la de declaración de guerra, y la lex de potestate censoria para la elección de los censores, que fueron competencia exclusiva de la asamblea centuriada.

A partir de 218 ac la mayor parte de la legislación romana fue aprobada en los Comitia Tributa.

Finalmente, tenían competencias judiciales y juzgar en materia de multas siempre que estas hubiesen sido aplicadas por un magistrado curul (patricio), si por el contrario el magistrado multante era de la plebe la competencia era de los Concilia Plebis.

E.-Concilia Plebis

La plebe desde sus primeras rebeliones se reunía en los Concilia Plebis tributa que son los comicios o asambleas de la plebe por tribus, donde a lo largo del s. V ac aprobaban las leyes Sacrae que consagraban la inviolabilidad de los tribunos y que afectaban a todo ciudadano. Paulatinamente, la plebe logró ir imponiendo su estructura a toda la civitas y a partir de 286 ac en que se dicta la Lex Hortensia, de equiparación de los plebiscitos a las leyes comiciales, casi toda la legislación son plebiscitos aprobados a propuesta de los tribunos en los Concilia Plebis.

LAS MAGISTRATURAS: INTRODUCCIÓN



INSTITUCIONES ROMANAS: MAGISTRATURAS

Año 509 A. C.

Fin: Año 400 D.C.

Las instituciones políticas de la República parecen haber sido creaciones empíricas marcadas por las diversas vicisitudes de la historia de Roma y la necesidad de adecuarse a ellas. La magistratura consular no fue creada inmediatamente después de la caída de la monarquía. Es de suponer que los

pretores o cualquiera de los binomios que cubrieron el vacío político en aquellos años ya cumpliera uno de los requisitos inherentes al consulado: el de la anualidad, y que tendieran a cumplir el de la colegialidad ya antes del 449, año en el que los supremos magistrados son designados cónsules. Esta colegialidad podría venir expresada por el propio nombre si ciertamente el término cónsules derivase de consodes, del verbo sedeo, los que se sientan juntos. Pero tal etimología no es segura. El régimen consular se basa, pues, en la colegialidad y anualidad. Los cónsules ostentan el poder en términos de absoluta igualdad y cada uno de ellos, en virtud de la capacidad de intercessio, puede oponerse a la acción o propuestas del otro. Los cónsules eran elegidos por los Comicios Centuriados y recibían la investidura, por la Lex curiata de imperio, de manos de los representantes de las curias primitivas, creadas durante la primera fase de la monarquía romana. Estas curias no fueron suprimidas hasta la creación por Servio Tulio de los Comicios Centuriados, pero perdieron prácticamente todas sus atribuciones y quedaron reducidas a cumplir una simple formalidad: la de realizar la investidura de los cónsules, los supremos magistrados. A los cónsules les correspondía el imperium y los auspicios. Después de los cónsules venía el pretor, magistrado con imperium pero inferior a los cónsules, que era el titular de la jurisdicción. Los cuestores eran colaboradores de los cónsules y tenían funciones administrativas y jurídicas a su cargo. El primer cuestor plebeyo se remonta al 409 a.C. La concepción colegial de los cónsules ofrecía en ocasiones el inconveniente, frente a los graves peligros de orden externo o interno (como las sublevaciones de la plebe), de no contar con una unidad de mando fuerte. Cuando esta necesidad se presentaba, se procedía al nombramiento de un dictador. Esta magistratura, la dictadura, tenía carácter extraordinario y su limitación en el tiempo era de seis meses. El carácter empírico y utilitario de las magistraturas romanas llevó a la creación de una nueva magistratura a partir del 444 a.C., los tribunos militares con poder consular o, sencillamente, los tribunos consulares. Las fuentes nos ofrecen una visión de la creación de los mismos totalmente mediatizada por los enfrentamientos patricio-plebeyos. Según éstas, se trataría de un invento patricio para satisfacer a los plebeyos sin necesidad de perder el monopolio del consulado. La explicación de esta magistratura, sin embargo, parece más sencilla. Los cónsules, siempre patricios entre el 444-367, se vieron obligados por la complejidad de las tareas militares, administrativas y jurídicas, a delegar parte de sus competencias en una serie de colaboradores que eligieron entre los tribunos militares, es decir, los oficiales que componían el Estado mayor de cada legión. Como el ejército en el siglo V a.C. estaba compuesto por dos legiones y los tribunos de cada legión eran seis, el total de tribunos militares era de doce. De éstos, probablemente los propios cónsules (o tal vez el Senado) eligieron a tres, a los que les otorgaron potestad consular con el fin de que pudieran realizar las tareas asignadas por los cónsules. Creados los tribunos consulares, los plebeyos añadieron la nueva magistratura a sus objetivos y ciertamente ésta resultó ser más abierta que el consulado, puesto que a partir del 400 a.C. ya hay constancia de plebeyos entre los tribunos consulares. Otra magistratura del siglo V fue la censura, cuyo origen la tradición sitúa en el 443 a.C. Los censores fueron dos y a ellos correspondía la elaboración del censo que se renovaba cada cinco años. Ejercían además la vigilancia sobre las costumbres, la cura morum, que les facilitaba el control de las actividades públicas de los

ciudadanos y, frecuentemente, también de las privadas. Su permanencia en el cargo era de ocho meses y carecían de imperium o poder de mando. Por último, además del Senado y de los Comicios Centuriados, durante el siglo V se procedió a la elección de los Decemviri, para recopilar y redactar las leyes de las XII Tablas. Durante sus años de existencia constituyeron una magistratura con imperium, como el poder consular. La elección de esta comisión, los Decemviri, tuvo lugar en el 451 y se suspendieron las magistraturas ordinarias para sustituirlas por esta comisión, integrada mayoritariamente por patricios que, además de escribir las leyes, asumió el gobierno de la ciudad. La historia de esta comisión es bastante confusa. Inicialmente, parece que estos decemviro contaron con el apoyo de todos los ciudadanos. Cicerón dice que también los tribunos de la plebe abdicaron aquel año en pro de los decemviro. De este modo, concentrando en sus manos todas las magistraturas y el consenso general, procedieron al gobierno de la ciudad y elaboraron las diez primeras tablas de leyes. Al año siguiente se eligió una segunda comisión de decemviro, puesto que la tarea no había sido terminada. En esta segunda comisión había bastantes elementos plebeyos, pero su gobierno degeneró en tiranía e intentó, en el 449 continuar en el poder. Los diez Tarquinios, como se les designaba, fueron abatidos por una revuelta popular y se restauró el consulado.

Cuadro: Cursus Honorum

REPUBLICA	Edad Mínima	IMPERIO	Edad Mínima
		Vigintivir	18
Sevicio Militar		Servicio Militar	20
Cuestor	30	Quaestor	25
Edil Tribunus	37	Edil Tribunus	27
Praetor	40	Praetor	30
		Prefectus Propraetor Proconsul	
Consul	43	Consul	32
Censor		Praefectus urbi Propraetor Proco	

LAS MAGISTRATURAS DURANTE LA REPUBLICA

La Res Publica

El estado romano, en esencia, es una comunidad de ciudadanos libres, que se denominaban a sí mismos populus romanus, su forma política nuclear es la ciudad-estado. A diferencia de las polis griegas, tiene un concepto que le unifica, la llamada res publica.

En nombre de este concepto aparece un reparto del poder entre distintas instituciones públicas, divididas en tres ámbitos: las magistraturas, el senado y las asambleas.

LAS MAGISTRATURAS.

Básicamente la magistratura es una función pública que se ejerce por delegación en un ámbito concreto. El magistrado no es un funcionario en el concepto actual, mas que un servidor del pueblo, es la representación del poder del estado, portador de este poder.

Según las agrupaciones de funciones las magistraturas romanas se dividen en patricias y plebeyas. Unas y las otras se fundamentan en una serie de principios generales que las limitan y las regulan:

- 1) Las magistraturas son **electivas**, excepto las que obedecen a momentos especiales como: **interrex**, **dictator** y su ayudante el **magister equitum**. La elección ha de ser votada por el pueblo.
- 2) Deben ser **anuales**, excepto el **dictator**, y el **colegio de censores**.
los **cónsules** comienzan a ejercer su cargo el 1 de Marzo (desde el 153 a.C., el primero de Enero).
los **tribunos de la plebe** desde el 10 de diciembre.
los **cuestores** desde el 5 de diciembre.

La anualidad se encontró con un problema, cuando se ejercía fuera del territorio asignado los periodos de mandato se fueron alargando hasta que terminara el problema a solucionar.

- 3) La **colegialidad**, excepto el **dictator**, que concentra todo el poder en una sola persona, los magistrados romanos forman colegios de al menos dos miembros, esto no significa que deban estar todos a la hora de ejercer su cargo, cada miembro tiene el poder completo e ilimitado de su función

Las magistraturas romanas llevaban asociados dos elementos fundamentales que son necesarios para comprender la trascendencia de la institución:

LA POTESTAS

Es el poder estatal concedido a un magistrado legalmente, es decir, la competencia en su función. Pero este concepto es siempre abstracto, no tiene un contenido específico en la magistratura correspondiente.

Las asambleas constituyen otro elemento institucional del estado romano, es el pueblo de Roma, los ciudadanos que participaban en la ciudad mediante comicios. En estas se incluían a todos los ciudadanos.

La soberanía del pueblo de roma se manifestaba en una triple función: la electiva, la legislativa y la judicial, que para evitar las interferencias de jurisdicción se ejercían en distintas asambleas. Pero su control era ficticio.

La asamblea para ser válida debía de ser convocada por un magistrado en días hábiles, los comitales, unas 195 días al año, con una serie de condiciones religiosas y en un lugar adecuado. La dirige un magistrado, y el pueblo puede opinar pero no puede discutir la cuestión concreta que se propone

Las funciones de estas asambleas eran vitales para el buen gobierno de Roma y se englobaban en tres ámbitos:

Electiva: elegían a los magistrados, los **comitia centuriata**, eran convocadas por magistrados superiores, que elegían a los magistrados con **imperium**, cónsules y pretores, los **comitia tributa**, elegían a los otros magistrados

Legislativa: votan las leyes, tras la **Lex Hortensia**, los **concilia plebis** aprobaran los plebiscitos.

Judicial: tenían competencia en materia penal para los crímenes contra el estado. Tras la **Lex Valeria** (300 a.C.), cualquier ciudadano condenado podía apelar ante el pueblo.

EL IMPERIUM

Mientras la **potestas** es un concepto abstracto, el **imperium**, es el poder, la autoridad concreta, los derechos y prerrogativas que se conceden a un magistrado en el ejercicio de su poder. Este elemento solo aparece en las altas magistraturas como son el consulado y la pretura.

CONSULADO.

Esta magistratura aparece constituida plenamente en el año 367 a.C.. La magistratura se ocupa anualmente por un titular plebeyo y otro patricio.

Los cónsules son los representantes del poder del estado romano y son los funcionarios de mas alto rango. Ellos dirigen el estado, pero sobre todo dirigen el ejército. Poseen en su más amplio sentido el **imperium**, con todas su prerrogativas y derechos. Sus competencias a penas tiene limitaciones.

Son magistrados epónimos, es decir que dan nombre al año. recordemos aquello de: "**Siendo tal y tal cónsules...**".

A partir de la fusión patricio-plebeya, el consulado aparece como la primera magistratura ordinaria que se estabilizaría a partir del 367 ac con la aprobación de las tres leyes LICINIA SEXTIAE, la tercera de las cuales concretamente la LEX DE CONSULE PLEBEIO posibilitaría que uno de los dos cónsules nombrados fuese plebeyo.

La nueva clase dirigente patricio-plebeya, queda consolidada cuando a partir del 342 ac se permitió que los dos cónsules fuesen plebeyos. En la época de mayor esplendor de la república, los cónsules pueden ser tanto patricios como plebeyos, son anuales y colegiados. Gozan de los máximos honores, se acompañan de 12 LICTORES, tienen a su servicio un personal auxiliar que son los APPARITORES y dan nombre al año. Ambos cónsules en cuanto que ejerce supremos del Estado. Tienen en principio la plenitud del IMPERIUM tanto militar, incluir dentro de éste el reclutamiento de tropas y el derecho al triunfo, como civil, incluir la convocatoria y presidencia de las asambleas populares y del senado, tienen la COERCITIO en materia penal pudiendo condenar a muerte con el límite de la PROVOCATIO y sus además competentes en temas de jurisdicción voluntaria (Manumisiones liberaciones de esclavos, las adopciones y las emancipaciones).

Los cónsules son elegidos en los COMITIA CENTURIATA bajo la presidencia de un cónsul del año anterior, el cual propone, es decir, CREAT los nombres de los candidatos y proclama elegidos a través de la RENUNTIATIO a los dos que hallan obtenido la mayoría de votos de los comicios.

Los cónsules perdieron gran parte de su poder durante el Imperio, pero siguieron manteniendo un gran prestigio. Durante el Imperio, el Senado presionó con firmeza para que se aumentara el número de cónsules por año. Aparecieron los cónsules **suffecti**, que comenzaban a gobernar el 1 de Julio, sustituyendo a los **ordinarii**, que respondían a los principios tradicionales. De esta forma había cuatro cónsules cada año.

El número siguió ampliándose cada año. Con los Flavios hubo entre 6 y 10. Durante el gobierno de Trajano 6 y 8, con Adriano 8, entre 8 y 10 con Antonino Pío, 10 con Marco Aurelio, hasta un máximo de 12 con los Severos, o sea seis parejas anuales, dos meses cada una.

La edad con la que se llegaba al consulado era variable. Los patricios que se saltaban dos fases intermedias del **cursus honorum** (edil/tribuno de la plebe y los puestos sucesivos a pretor), solían ser jóvenes, de unos 32 o 33 años. Los demás senadores tardaban unos 10 años en llegar a esta magistratura.

PRETURA

Se trata de una magistratura inferior del colegio de praetores. Como el consulado se positivo hacia el año 367 a.C., cuando la función directiva del estado la separa la administración de justicia.

El denominado **praetor urbanus** poseía **imperium**, de categoría menor, por lo tanto subordinado a los cónsules. La pretura se va complicando en función de la complicación del estado romano, pero siempre se desarrolla en el campo de la jurisdicción.

Al **praetor urbanus** se añadió el **praetor peregrinus**, que se encargó de impartir justicia entre romanos y extranjeros (*peregrini*).

Cuando se conquistaron los primeros territorios fuera de la península, en el 227 a.C. (Córcega y Sicilia), se crearon dos nuevos pretores, con la misión de administrar estas dos circunscripciones. Al añadirse las dos nuevas provincias de Hispania en el 197 a.C., se duplicaron los pretores. La diferencia entre pretores jurisdiccionales (dos) y pretores provinciales (cuatro), fue revisada en el momento de gobierno de Sila, que aumenta su número a ocho y amplía sus competencias en el campo de la justicia.

Cuando habían ejercido como jueces podían ejercer como propretors, el gobierno de las provincias.

Ejercer la pretura era también muy importante, porque daba acceso a un tripe conjunto de funciones que eran: el mando de una legión como **legatus legionis**, el gobierno de una provincia de rango pretoriano y la prefectura del tesoro (del **aerarium Saturni** o del **aerarium militari**).

Normalmente los patricios no solían ejercer esta fase y ejercer el consulado desde la pretura. Los demás senadores debían ejercer uno o dos de estos puestos, entre los cuales, el gobierno de una provincia, garantizaba el acceso al consulado.

Muy probablemente, el PRAETOR MAXIMUS, junto con los dos praetores menores representen la primera magistratura republicana.

A partir del año 367 ac, con las LEGES LICINAE-SEXTIAE, la actuación del pretor evoluciona de su primitivo ámbito militar que comprendía el mando militar y el reclutamiento de tropas para configurarse como una magistratura esencialmente jurisdiccional, anual, ordinaria y única, que se sitúan en colegialidad desigual con los cónsules que ostentaron MAIOR POTESTAS que es el pretor.

El pretor era un magistrado CUM IMPERIO y AUSPICIA, y era elegido en los Comitia Centuriata presididos por un cónsul.

Como magistrado director del proceso, el pretor inicialmente, tan sólo suministraba los medios procesales y ordenaba al Juez que resolviera la controversia.

A partir del año 367 ac, no obstante, el pretor urbano, asumía propiamente ya unas competencias jurisdiccionales entre ciudadanos romanos y en el año 242 ac, fue creado el PRAETOR PEREGRINUS para resolver los litigios entre extranjeros.

El pretor publicaba cada año asesorado de un CONSILIUM de juristas, las normas procesales por las que se regía, esto es, el EDICTUM, las cuales reiteradas de unos pretores a otros, se denominaban EDICTUM TRASLATIUM, fueron codificados o recopilados en el año 138 dc. por obra de Salvio Juliano.

El edicto pretorio, que vino a constituir el denominado IUS HONORARIUM, representó un derecho vivo y variable, frente a la permanencia e invariabilidad del IUS CIVILE.

CENSURA

La censura no es una magistratura inferior a la pretura, sin embargo en comparación con el consulado y la pretura se diferencia de estas porque no contiene *imperium* y su ámbito de competencia es más restringido.

La tradición afirma que su origen fue en el 443. Históricamente los censores formaban un colegio de dos miembros, que se elegían cada cinco años para un periodo activo de año y medio. Evidentemente rompía la regla de la anualidad, pero era necesaria por la función fundamental de la magistratura: realizar y controlar la lista de ciudadanos y repartirlos en clases censitarias y en tribus, para poder desarrollar la vida política de Roma.

Realizar el censo era relativamente complicado, y tenía un fondo religioso porque era interpretada como una renovación del pueblo de Roma. Se realizaban ceremonias de purificación, la *lustratio* (de *lustrum*, cada cinco años).

La *lex Ovinia* entre los años 318-321, les dio una función importante, la confección de la lista de senadores, que anteriormente era un función consular.

Eran los magistrados que controlaban las costumbres y era los guardianes de la moral . Uno de sus métodos de coacción era la nota censoria, por la que podían tachar de la lista de senadores a personas que no eran dignas.

También controlaron las finanzas y las obras públicas, los impuestos, las minas, las tierras comunales y otros elementos económicos de Roma.

El colegio de dos censores representa una magistratura ordinaria, no permanente, surgida hacia mediados del s V ac y cuya función principal fue la de confeccionar el censo. Los censores no tenía IMPERIUM pero sí tenía POTESTAS y eran plenamente libres en sus juicios, con el único límite derivado de la colegialidad censoria. No podían ser objeto de INTERCESSIO por parte de los cónsules, no podían convocar las asambleas populares ni el senado. Tampoco podían proceder a la CREATIO (nombramiento) de su colega y tampoco podían proponer su sucesor y debían recurrir a la COERCITIO de los magistrados supremos contra todo aquel que violara los preceptos censorios.

Eran elegidos en los COMITIA CENTURIATA aproximadamente cada 5 años. y a través de una LEX DE POTESTATE CENSORIA.

Las operaciones del censo se realizaban en el campo de Marte y previamente los censores fijaban los criterios a seguir con una LEX CENSUI CENSENDO DICTA cada ciudadano bajo juramento declaraba su edad, hijos, bienes y en concreto los FUNDOS sobre los que ostentaba el DOMINIUM EX IURE QUIRITIMUM (propiedad por derecho Quiritario). Con los datos obtenidos, los censores confeccionaban los TABULAE CENSORIAE con situación de cada ciudadano en la tribu y centuria correspondiente y el censo concluía con la LUSTRATIO que era una solemne ceremonia religiosa que finalizaban con el sacrificio expiatorio de un cerdo, de una oveja y de un toro, esto se llamaba SUOVETAURILIA.

La periodicidad quincenal finaliza con la república misma, a partir de la fecha en que a Julio Cesar se le atribuyó la POTESTAS CENSORIA VITALICA, sin colega.

EDILIDAD

Se trata de la magistratura inmediatamente inferior a la pretura.

El colegio edilicio estaba compuesto por cuatro miembros emparejados. Los ediles patricios o **curules** y los ediles plebeyos.

Estos magistrados fueron creados por los plebeyos en su lucha con los patricios y tuvieron funciones paraestatales.

Eran guardianes de los templos y archivos plebeyos. Cuando terminó la lucha contra los patricios se legalizo esta magistratura. Se duplicaron los magistrados añadiendo dos ediles patrios.

Se regularizaron sus funciones, esencialmente policiales: el control de las calles de Roma, sus edificios y mercados, y controlar los víveres de la ciudad.

Se les recomendó la organización de los juegos públicos del estado. Esta organización necesitaba la posesión de una hacienda saneada. Los juegos públicos eran una forma de propaganda electoral, y que permitían continuar la carrera política. Por este motivo la edilidad era una clara limitación del ascenso político para las clases menos acomodadas.

Esta magistratura nace originariamente como magistratura plebeya, y cuya función primitiva fue la custodia y administración de los templos de CERES, LIBER y LIBERA, que estaban sobre el monte Aventino.

Tras la LEX VALERIA HORATIA del 449 ac, los ediles se convierten en custodios de los bienes plebeyos y en auxiliares de los tribunos de la plebe.

A partir del año 367 ac en virtud de las leyes licinae-sexstiae, los dos primeros ediles plebeyos elegidos en los CONCILIA PLEBIS, se añadieron dos ediles más denominados ediles CURULES, y que eran elegidos en los COMITIA TRIBUTA, presididos por un cónsul o por un pretor.

Los ediles eran magistrados SIN IMPERIUM, pero tenían AUSPICIA MINORA, una potestas con poderes de coacción y representación y una competencia jurisdiccional importante. Gozaban también de IUS EDICENDI (derecho de publicar edictos obligatorios para todos los ciudadanos durante el ejercicio de la magistratura.).

TRIBUNADO DE LA PLEBE

Compuesto por diez miembros, que como su nombre indica debían pertenecer a familias plebeyas, para ser coherente con su origen, nacida como consecuencia de la contienda entre patricios y plebeyos.

Se trataba de un defensor de la plebe frente al estado patricio, esta magistratura estaba investida con características específicas, la **sacro-sanctitas**, el derecho al **auxilium** y la posibilidad de veto de la acción pública de cualquier magistrado.

Nacido para proteger a la plebe su función se amplió para defender a todo el pueblo contra cualquier abuso de autoridad de los cónsules u otro magistrado. Una de las funciones que creó el ejercicio de esta magistratura fue la **potestas tribunicia**, la función de velar por el Estado, por la res publica, asumiendo que la defensa del estado era del pueblo.

Actuaba en los casos de traición, **perduellio**, o en los que atentaban contra la dignidad del pueblo romano, **maiestas**.

Los tribunos de la plebe presidían las asambleas de los plebeyos, **concilia plebis**, donde mediante plebiscitos se ejercía la función legislativa del estado e incluso bajo circunstancias especiales podían convocar el senado

Según Cicerón y Dionisio de Halicarnaso, con anterioridad al 471 ac en que se votó la LEX PUBLILIA VOLTERONIS y que atribuyó la elección de los tribunos a los comitia tributa pues antes eran elegidos por los comitia curiata.

Era una figura política con SUMMA POTESTAS, en concreto una POTESTAS SACROSANTA frente a la potestas de los magistrados curules o patricios, que era una POTESTAS LEGITIMA. Ahora bien, estos tribunos no tenían Imperium.

El poder de los tribunos se concretó en la AUXILICATIO ADVERSUS CONSULES y de este auxilio se deriva LA INTERCESSIO, que suponía la oposición a cualquier acto de los magistrados, y que podía llegar incluso a paralizar la unidad del Estado.

Los tribunos disponían además de la SUMMA COERCENDI POTESTAS con la posibilidad de imposición de multas, arrestos e instauración de inicios penales ante la asamblea popular y disponía además de la facultad de decidir como arbitrios en las controversias entre plebeyos.

Mediante la LEX Sacra la persona del tribuno era inviolable y cualquiera que atentase contra su persona, era declarado HOMO Sacer (hombre proscrito) y era matado impunemente por cualquiera y su patrimonio entregado a los templos plebeyos de CERES, LIBER y LIBERA.

No obstante, el ejercicio de las funciones políticas de los tribunos, sólo era ejercitable dentro de la URBS sin que pudiesen oponerse a los actos de los magistrados en campaña ni a los de los dictadores.

CUESTURA

Es la magistratura mas baja y la que da comienzo al ***cursus honorum***.

Su función fundamental es la administración del tesoro público. Estos magistrados eran los ***quaestores aerrarii***.

Protegían los archivos del estado, que se guardaban en el Templo de Saturno. En los comienzos de la magistratura eran dos cuestores, para ser cuatro a finales del siglo IV a.C.

Durante el gobierno de Sila se elevaron a veinte. La justificación de este aumento era la necesidad de tener un número suficiente de funcionarios cualificados para controlar las finanzas en Italia y en las provincias. Estos funcionarios estaban a las órdenes directas del gobernador correspondiente.

Para algunos romanistas, esta magistratura arranca de los antiguos QUAESTORES PARRICIDII, que eran unos magistrados auxiliares del rey y que se ocupaban de la jurisdicción criminal. De este modo se ha podido ver una conexión de estos QUAESTORES PARRICIDII con los QUAESTORES AERARII (republicanos), que representarían auxiliares de los cónsules en la Administración financiera.

La cuestura se configuró durante la República como una magistratura menor SIN IMPERIUM, subordinada a los cónsules y que era elegida en los comitia tributa. A partir del 421 ac, habría dos cuestores urbani, encargados de la administración económica de la ciudad, elegidos en asamblea popular, y dos cuestores militares, subordinados a los cónsules para la Administración militar.

LA DICTADURA

Junto al ***interregnum*** constituye la segunda magistratura de carácter extraordinario.

El ***interregnum***, es mas una especie de privilegio del Senado, que una magistratura propiamente dicha.

La dictadura es una magistratura de origen oscuro. Puede derivar del llamado **magister populi**, un funcionario que sustituyó al rey después de la caída de la monarquía, y que tenía plenos poderes.

Durante la etapa de los decenviros (450 a.C.) se abolió esta magistratura. Dejó de aparecer como una magistratura ordinaria, pero se utilizaba para los casos de emergencia, y tenía una limitación temporal.

No se elige en comicios, sino que es nombrado por el cónsul, y su función no puede durar más de seis meses.

El dictador elige un segundo de abordo que es el denominado **magister equitum**, jefe de caballería. El poder del dictador es tan plenipotenciario que los tribunos de la plebe no pueden ejercer el derecho de veto contra sus acciones.

Esta magistratura se utilizó mucho en los primeros años de la República, pero fue desapareciendo. Aunque Sila y César fueron nombrados dictadores, no tiene nada que ver con el espíritu de esta magistratura, llegaron a ella como consecuencia de un golpe de estado militar.

La dictadura durante la República aparece como una magistratura extraordinaria a la que se recurre en caso de gravísimo peligro interior o exterior y que presume una alteración de todos los principios constitucionales.

Características del dictador:

Es único, SINE COLEGA, aunque libremente podía nombrar como magistrado subordinado a un MAGISTER EQUITUM (jefe de caballería). El dictador iba acompañado de 24 LICTORES.

Decae en su cargo por el transcurso de 6 meses o antes, bien por acabar la función para la que había sido nombrado o por finalizar el cargo de Cónsul que lo hubiese nombrado.

Tiene IMPERIUM MAIUS sobre todos los magistrados, incluso sobre los cónsules que son los que le nombran con unos requisitos especiales.

ORIENS (hacia oriente)

NOCTE (de noche)

SILENTIO (con signos)

IN AGRO ROMANO (dentro del campo romano).

No está limitado por la ROGATIO ni tampoco parece que los tribunos de la plebe pudieron ejercitar contra él la INTERCESSIO.

Se suele distinguir dos clases de dictaduras:

1. DICTATOR OPTIMA LEGE CREATUS (con máximo derecho), tenía entre otras funciones la de declarar la guerra y dirigirla o bien aplastar una revuelta interna, este último es el DICTATOR SEDITIO CAUSA.
2. DICTATOR INMINUTO IURE (de derechos más delimitados). Dentro de éste incluimos el DICTATOR CLAVI FIGENDI CAUSA (para clavar el clavo del templo de Júpiter) o el DICTATOR LATINARUM FERIARUM CAUSA (para las fiestas latinas).

VIGINTISEXVIRATO

Se trata del paso previo para acceder al *cursus honorum*. Sus miembros son un total de veintiséis. Todo joven aristócrata que quisiera entrar en la carrera política debía ejercer esta función.

Estaba formada por los siguientes colegios:

TRIUMVIRI MONETALES, encargados de las acuñaciones monetales. Eran los **TRES VIRI A(URO) A(RGENTO) A(ERE) F(ERIUNDO)** es decir **IIIviri A.A.A.F.F.** Era el colegio más importante y era donde solían ingresar los hijos jóvenes de las familias patricias.

DECEMVIRI STLITIBUS IUDICANDIS, formados por los jueces que sentenciaban sobre el estatus civil de una persona, libre, liberto o esclavo.

QUATTUORVIRI VIIS IN URBE PURGANDIS, que se ocupaban del mantenimiento de las vías de la ciudad de Roma.

TRIUMVIRI CAPITALIS, asistían a los magistrados *cum imperium*, en la aplicación de las penas, especialmente la de muerte.

Estos tres colegios se mantuvieron durante le imperio, pero en la republica existían otros seis funcionarios que le daban el nombre de veintiséis:

DUMVIRI VIIS EXTRA URBI PUGNANDIS y los **QUATTUR PRAEFECTI CAPUAM CUMAS**

EL SENADO



Estructura

Según la tradición latina el Senado surge en la Edad monárquica y fue fundado por Romulo con 100 senadores. De ser un órgano consultivo del rey

pasaría a ser en la época de apogeo de la República, el órgano de oligarquía en el poder, al que en un principio accedían los patricios.

Después de la admisión de los plebeyos en el Senado, no obstante, los patres en el sentido técnico de su significado de patricios conservarían sus privilegios en el Senado reservándose el ejercicio de la *Auctoritas* y el *Interregium*.

A partir de la *Lex Ovinia* que es un plebiscito anterior al 312 ac fue atribuida a los censores la *Lex Censurae* y la competencia para la selección de senadores tanto patricios como plebeyos. Con posterioridad la elección de los Senadores se verificó con los que hubiesen desempeñado con anterioridad una alta magistratura, estableciéndose una graduación dentro de los senadores.

El Senado se reunía en un lugar cerrado y consagrado normalmente en la Curia Hostilia. Era presidido y convocado generalmente por un magistrado con *Ius Agendi Cum Patribus*, derecho de actuar con los patres. Esta facultad que a partir del S. II ac se concedería también a los tribunos de la plebe.

El magistrado presidente podía comunicar su propia opinión a los senadores así como recabar el parecer del Senado sobre cualquier tema y el Senado emitía un *Senatus consultum*.

El presidente después de hacer la *relatio* invitaba a los senadores a expresar su opinión según orden de rango y la votación finalmente se realizaba por división según los que opinasen según su propuesta o los que opinasen diversamente.

Los poderes del Senado

Frente a la magistratura anual el Senado representa un órgano permanente y estable interpretado por las más altas personalidades del Estado y si bien el magistrado *cum imperio* es autónomo e independiente para una serie de actos careciendo el Senado de *Imperium*, es decir, de soberanía que formalmente residía únicamente en los magistrados, no obstante, el magistrado estaba sustancialmente subordinado al Senado y si aquel realizaba un acto grave de desobediencia al Senado quedaba expuesto a las repercusiones consiguientes tanto morales como jurídicas.

Interregnum

Durante la época monárquica 753 a 510 ac. fue competencia del Senado el nombramiento de un *interrex* a la muerte del rey para el ulterior nombramiento de su sucesor.

Durante la República y en la época de las luchas patricio plebeyas, desde el 509 a 367 ac siempre que quedase vacante, el poder supremo ordinario volvían a los patres, es decir, los senadores patricios, el *imperium* y los *auspicia*.

En tal hipótesis los patres debían convocar el nombramiento entre ellos de un *interrex*, cargo que era ejercitado por turno de 5 días entre los propios patres y el

Interrex nombrado por los comicios y procedía a la creatio de los nuevos magistrados. A partir del S. IV alcanzada la estabilidad del ordenamiento patricio plebeyo , el Interrex decae notablemente en su importancia.

Autorictas

Al igual que el Interrex estaba reservada a los senadores patricios representaba un acto de aprobación de las deliberaciones electorales así por ejemplo la ratificación de la elección de un magistrado o bien un acto de aprobación de las deliberaciones legislativas o la ratificación de una ley aprobada por las diversas asambleas populares. En un principio el Senado ratificaba tan solo las decisiones de los comitia centuriata y con posterioridad la de todas las asambleas con excepción de los acuerdos de los concilia plebis por no presuponer acuerdos de todo el populus

La autorictas patrum como instrumento de control de las leyes comiciales disminuyó en importancia a partir de la Lex Hortensia del 286 ac de equiparación de los plebiscitos que era la ley votada por el pueblo a propuesta de un tribuno de la plebe y de las leyes comiciae , por cuanto que la ley Hortensia eliminaba la necesidad de su convalidación por el Senado.

Otras competencias del Senado

Por medio del senadoconsulto el Senado intervino de manera activa en la dirección de la vida política romana.

En materia financiera el Senado establecía el tributum , esto es la contribución, y dictaba las condiciones para la tenencia de la ager publicus , el suelo, que era administrado por los censores, bajo la dirección del Senado también acordaba la acuñación de la moneda dentro de Roma y fiscalizaba la enajenación de los bienes estatales a titulo oneroso y gratuito.

En materia religiosa el Senado dirigía las actividades religiosas relacionadas con el interés político del Estado, autorizaba nuevos cultos así como la dedicatio, consagración de nuevos templos.

En el campo militar el Senado asume la suprema dirección de la guerra y finalizada esta fija las recompensas otorgando los honores del triunfo, delimita los territorios y actividad del Ejército.

En materia de política exterior el senado recibía a los embajadores extranjeros y enviaba a los embajadores romanos. Con anterioridad al S IV en que se hizo preciso la concurrencia del voto del pueblo , también el Senado formalizaba los tratados de paz con la intervención únicamente de los fetiales , que eran los 20 magistrados encargados de declarar la paz o la guerra.

En materia de política interna el Senado ejercería un control sobre las asociaciones romanas prohibiendo las peligrosas para la actividad del Estado.

En materia legislativa no puede considerarse sin embargo que los acuerdos del Senado o senadoconsultos constituyesen normas directamente aplicables.

En materia jurisdiccional el Senado en la época de dictadura o de grave peligro de guerra llevo en ocasiones a la suspensión de las garantías jurisdiccionales a través del *iustitium* que es la interrupción de los títulos.

LA FAMILIA ROMANA

Generalidades

En un sentido moderno, la “familia” es un complejo de personas ligadas entre sí por un vínculo natural. Esta noción, sin embargo, en derecho romano, permaneció por largo tiempo absorbida por un concepto más amplio, que comprendía al conjunto de las personas sometidas a la autoridad de un jefe, el “*paterfamilias*”, ya sea por filiación, ya sea por un vínculo jurídico (*familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subiectae*). Tal conjunto llamábase “*familia proprio jure*”, en contraposición a la “*familia communi iure*”, la cual comprendía a todas las personas que habían estado sometidas a un mismo “*paterfamilias*”, si éste vivía aun.

En torno a la muerte de un “*paterfamilias*” se sustituía en el mando del grupo familiar un nuevo jefe, el heredero; en la época histórica, por el contrario, el núcleo originario se dividía en tantas nuevas familias como tantos eran los hijos varones, cada uno de los cuales, independientemente de la edad o del tener más o menos una descendencia propia, llegaba a ser a su vez “*paterfamilias*”.

El vínculo que ligaba a las personas libres pertenecientes a la misma familia llamábase “*agnatio*”, de aquí que las personas mismas se llamaran “*agnati*”. Por el contrario, el parentesco de sangre llamábase “*cognatio*” y se computaba con grados, uno por cada generación, tanto en la línea recta, esto es, entre ascendientes, cuanto en las líneas colaterales, por la cual de un pariente se elevaba hasta el jefe común y se descendía hasta el otro pariente. En suma, se llamaba “*afinitas*” el vínculo que ligaba a un cónyuge con los parientes del otro cónyuge.

El término «familia» indicaba, además de las personas, también el complejo de los bienes pertenecientes al “*paterfamilias*”.

Estructura De La Familia Romana

En la familia romana se tenía una sola persona “*sui iuris*”, que era el “*paterfamilias*” y una serie de personas “*alieni iuris*”, que se hallaban sometidas a su potestad. Estas últimas se dividían, como se ha visto, en libres y esclavos. De los esclavos ya hemos hablado; así, pues, aquí nos limitaremos a considerar a aquellas libres, a las cuales tan sólo se refieren los vínculos de agnación.

Se entraba a formar parte en una familia por el nacimiento (*natura*), o por un acto jurídico (*iure*).

Por nacimiento entraban a integrar la familia los que eran procreados en legítimo matrimonio por el «paterfamilias» o por sus hijos varones sometidos a su autoridad. Los nacidos de las hijas pertenecían, por el contrario, a la familia del padre de ellas, si es que habían sido procreados en legítimo matrimonio, ya que por otra parte, si eran ilegítimos, nacían "sui iuris". En la edad postclásica se admitieron, sin embargo, algunas formas de legitimación por las cuales los nacidos fuera del matrimonio podían ser acogidos a la patria potestad del padre natural y adquirir la condición de hijos legítimos: esto 'sucedió particularmente mediante sucesivos matrimonios legítimos entre los progenitores (per subsequens matrimonium) o, por concesión imperial (per rescriptum principia) -

Por acto jurídico se entraba a formar parte de la familia mediante la "conventio in manum" y la "adoptio".

La "conventio in manum" consistía en la acogida de la mujer a la potestad del marido si éste era "paterfamilias", o al "pater" de él, si era "filiusfamilias"; en el primer caso la mujer, que por esto mismo salía de la familia de origen, rompiendo con ella los vínculos de agnación, entraba en la familia del varón, como «filiae loco»; en el segundo, entraba como «neptis loco». El término "manus" indicaba precisamente la potestad del pater" y en un principio fue un término usado genéricamente para cualquier otra potestad; más tarde significó específicamente la potestad sobre las mujeres entradas o acogidas en la familia mediante la «conventio".

Esta podía suceder por efecto de las ceremonias de la "confarreatio" y de la "coemptio" o, bien, mediante el "usus".

La "confarreatio" era la forma más antigua y solemne de matrimonio y consistía en un rito religioso en el cual los esposos sacrificaban un pan de trigo (far). La "coemptio" era una simulación realizada en favor de la mujer por parte del "paterfamilias", mediante la "mancipatio". En falta de estos actos, en la edad más antigua, la mujer caía bajo la "manus" del marido o del "paterfamilias" de él por haber vivido durante un año continuo en la casa marital; ello sucedía por la aplicación del principio general de la adquisición del derecho mediante el transcurso del tiempo y el ejercicio del derecho mismo (usus); bastaba, sin embargo, una interrupción de tres noches (trinoctis usurpatio), para que el efecto no se produjese.

De los tres modos de "conventio", el «usus" fue el primero en desaparecer, ya en la época republicana, seguido rápidamente de la "confarreatio".

Un poco más perdura la "coemptio", pero tampoco ella es ya recordada después del siglo III d. C. y, en efecto, al final de la época republicana se va cada vez más difundiendo el matrimonio "sine manu" por el cual la mujer, si era "sui iuris" permanece como tal, y si era "filiafamilias" continuaba perteneciendo a la familia de origen, con la consecuencia, en ambos casos, de no entrar a formar parte de la familia del marido, respecto a la cual permanece como extraña, hasta que le

fueron reconocidos algunos derechos pero no ya porque hubiere entrado como "filiae loco" o "neptis loco", sino en cuanto mujer.

La *“adoptio”* era el ingreso de un extraño, que por voluntad del «paterfamilias» llegaba a formar parte de la familia. Cuando el extraño era "sui iuris" y así, pues, era a su vez un "paterfamilias", el acto era llamado *“adrogatio”*, el cual desde antiguo se realizaba ante los comicios curiales mediante una solemne interrogación (rogativo) hecha por el pontífice máximo a los interesados y al pueblo. La intervención de este último se explica por el hecho de que tal adopción significaba la extinción de una familia y, por lo tanto, podía acaecer sólo con la "populi auctoritate". Posteriormente las curias fueron representadas por treinta lictores y, al final de la edad imperial la autoridad del pueblo fue sustituida por la del príncipe, de aquí que la arrogación se cumpla por rescripto (per principale rescriptum).

Con la "adrogatio" no sólo el arrogado entraba a formar parte de la nueva familia, sino que todos los sometidos a su potestad iban, asimismo, a caer bajo la potestad del nuevo "paterfamilias" y, aún, su patrimonio (sucesión a título universal entre vivos) -

La posibilidad de arrogar a los impúberes fue admitida en algunos casos sólo desde el siglo II después de Cristo.

Los modos de exclusión de los "filiifamilias" de la familia romana eran:

La *adopción* en otra familia, o la "conventio" de la mujer bajo la "manus" de otro "paterfamilias";

La *emancipación*, esto es: el acto por el cual el "paterfamilias" renunciaba (con una triple simulación de venta según una norma de las XII Tablas) a la potestad sobre los "filiusfamilias" haciéndolos «sui iuris». Para las "filiaefamilias" era suficiente una sola venta.

En el derecho postclásico a esta forma particularmente complicada se le suma la emancipación "anastasiana" por rescripto del príncipe, y la emancipación "justiniana", ante el magistrado.

Siendo el poder de emancipar solo y exclusivamente del "paterfamilias" ninguna influencia tenía la voluntad del hijo; el cual ni era llamado, en época clásica, a dar su consentimiento a la emancipación, ni podía constreñir al "pater" a emanciparlo. El consentimiento explícito fue exigido sólo por Anastasio y confirmado por Justiniano. Tal poder era, por otra parte, ilimitado, por lo cual el "paterfamilias" podía manumitir aun al nieto, sin el consentimiento del padre, o al impúber. El hijo emancipado llegaba a ser "paterfamilias" (emancipatus familiam habet)

La emancipación obligatoria fue admitida en la época clásica en muy pocos casos y la legal fue introducida en la época postclásica.

3. El “Paterfamilias” Y Sus Poderes

La figura del “paterfamilias” era en el derecho romano bastante diversa de la que representa el “padre de familia” en el derecho moderno, en el cual (prescindiendo del significado del “hombre medio” que el término asume cuando valora la “diligencia”) tiene gran significación sólo respecto a los fines internos de las relaciones familiares.

En efecto, en el derecho romano el “paterfamilias” mantenía una doble posición:

a) *Respecto al ordenamiento jurídico*, pero referido al campo del derecho privado él era la única persona “sui iuris”, esto es, la única persona que tenía plena capacidad jurídica, considerándosele como de su entera propiedad a los siervos y a los “filiifamilias”, como personas sometidas a la propia familia. El tenía poderes bastante amplios que no se concilian con la concepción moderna de la familia y que se justifican sólo cuando se considera que el vínculo jurídico que ligaba a los miembros de la familia, tenía un origen conectado con la estructura arcaica de la familia romana como instituto político originario.

Las leyes más antiguas reconocían, en efecto, al «paterfamilias» el derecho de vida y muerte (*ius vitae et neciae*) sobre los sometidos a su «potestas»; tal derecho, mitigado por las leyes y no justificado como antes por la conciencia social, se mantiene hasta el siglo IV después de Cristo, época en la cual es considerado dentro de los límites de una potestad correccional .

Ya se ha visto cómo los romanos distinguían la “patria potestas” que era el poder que se ejercitaba sobre los “filiifamilias” y sobre los esclavos, de la “manus, constituida por los poderes que tiene el “pater” sobre las mujeres que entran a formar parte de la familia. En suma, el poder de los “filiifamilias” sometidos a “noxia” llamábase “mancipium”. El complejo de las personas sometidas al poder del paterfamilias” era por lo tanto definido como: “qui potestat manu, mancipioque sunt”.

En el derecho justinianeo pervive tan sólo el término “potestas”. Otro derecho del “paterfamilias”, desaparecido en el tardío período postclásico, que se mantiene sólo para los esclavos, era el poder consignar al “filiusfamilias” a otro “paterfamilias” lesionado por un delito de aquel para sustraerme a toda responsabilidad ; también otro derecho es el que le confiere la facultad para venderlo (*ius vendendi*).

El “paterfamilias” tenía una auténtica acción real (*vindicatio*) contra quien hubiese realizado algo contra su voluntad y la de sus tutelados, y específicos interdictos . La “manus maritalis” tuvo vida más breve que la “patria potestas” y seguramente ya había desaparecido al principio del siglo II d. de Cristo.

El estado de “paterfamilias” se adquiría o bien “iure naturali”, esto es, por el hecho de que no hubiera vivo algún ascendiente masculino de la familia, o bien, “iure civili” por medio de la emancipatio, esto es, posteriormente a la renuncia que el

“paterfamilias” hacía de su potestad sobre los hijos. En relación de la naturaleza particular del “status” del “paterfamilias”, no con relación a la existencia de una familia, sino a la falta de otra persona que ejercite sobre él la “potestas”, en el derecho romano podía suceder (y la cosa puede parecernos extraña) que un padre de familia no fuese “paterfamilias” y que lo fuese por el contrario quien no tuviera familia alguna sometida a su potestad.

b) *En lo referente a la cuestión patrimonial*, el “paterfamilias”, en cuanto único sujeto “sui iuris”, era el único titular de derechos. Los sometidos a su “potestas” adquirirían por él, pero no sobre la base de un principio de representación, que no podía darse en tal género ya que faltaba el presupuesto de la existencia de los dos sujetos capaces de contratar, sino sobre la base de una relación orgánica por la cual los sujetos a la “potestas” aparecían como órganos naturales de adquisición del “pater”.

Entre el padre y los sometidos a su potestad no era concebible relación alguna patrimonial que no fuese una “obligatio naturalis”. Sin embargo, era corriente que el “paterfamilias” concediese al «filiusfamilias» la administración y el disfrute de un pequeño patrimonio (peculium), cuya propiedad permanecía, no obstante, en el padre.

Entre los peculios han de recordarse: el “peculium castrense” (constituido por los ingresos de la vida militar), que Augusto permitió que pudiera ser objeto de disposición testamentaria por parte del “filiusfamilias”; el “peculium quasi castrense”, reconocido por Justiniano y creado por los beneficios políticos de todo género; el “peculium adventitium” término usado en el medioevo para indicar cuanto el “filiusfamilias” había adquirido por cualquier acto de liberalidad o con su trabajo, del cual Justiniano le reconoce al hijo la propiedad y al “paterfamilias” el usufructo. Esto prueba que en la época justiniana “peculium” era ya una simple supervivencia que no servía para indicar un instituto particular de las relaciones patrimoniales entre el “paterfamilias” y el filius”, sino el verdadero y propio patrimonio del “filiusfamilias”, al cual le estaba reconocida la plena capacidad jurídica.

Estando los esclavos como los “filiifamilias” sujetos a la “potestas” del “paterfamilias” (llamada “dominica potestas”) los poderes de éstos sobre los esclavos fueron, en el derecho romano arcaico, los mismos. Pero la costumbre ponía una fundamental diferencia entre los libres y los esclavos y mientras la evolución social llevó a los primeros a la plena capacidad jurídica, para los segundos se nota sólo, en el curso de la evolución del derecho romano, una atenuación de la «dominica potestas» (Lex Petronia, leyes de Claudio, Antonino Pío, Constantino).

Una posición intermedia entre libres y esclavos fue, en el derecho más antiguo, la de los “filiifamilias” llamados en “noxal” que estaban sometidos a un derecho análogo al de propiedad (in causa mancipii) denominado “mancipium”.

Las personas “alieni iuris”, en las relaciones con terceros, no tenían, para el “ius civile”, capacidad para obligarse ni para obligar al propio «paterfamilias». Sin

embargo, el pretor, siguiendo las exigencias de la evolución social, reconoce que las personas "alieni iuris" pudieran obligar plenamente (in solidum) al "paterfamilias" en los siguientes casos:

- a) cuando la deuda hubiera sido contraída por orden de él
- b) cuando él hubiese puesto al hijo al frente de un navío (se podía ejercer la "actio exercitoria");
- c) cuando él hubiese confiado al hijo la gestión de una actividad comercial (en el nuevo derecho) cuando así, pues, él hubiese estado informado del negocio (se podía ejercer la "actio quasi institoria").

Existían casos en los cuales, el "paterfamilias" era obligado por una parte determinada (actio de peculio, tributaria, de "in rem verso") y no por la totalidad de la obligación. Porque el edicto pretorio prescribía que todas aquellas acciones se sumaran a las que correspondían al tercero contra el que había contraído la deuda (hoc enim edicto non transferitur actio, sed adiectur), ellas fueron llamadas por los comentaristas "actiones adiecticiae qualitatis".

LA FAMILIA NATURAL

1. El Matrimonio

Ya se ha dicho cómo la familia romana en sentido propio era un complejo de individuos ligados por un vínculo jurídico constituido por la sujeción a un mismo jefe. Sin embargo, los romanos conocieron también la sociedad doméstica, esto es, la familia en nuestro propio sentido, la cual estaba constituida por individuos ligados entre sí por vínculos de matrimonio y de sangre, y que por la importancia que tuvo sobre el plano ético acabó por asumir un gran relieve en el campo jurídico.

El instituto que da origen a la familia natural es el matrimonio, el cual no es posible que lo confundamos con el instituto sustancialmente matrimonial de la «conventio in manum», que se refiere a la familia romana y que no tenía como fin jurídico la unión estable entre personas de sexos diversos y la creación de una nueva familia, sino el ingreso de la mujer en la familia del marido. Naturalmente en la época arcaica no era concebible otra forma matrimonial que la "conventio in manum" y fue sólo a continuación de la decadencia de la familia típica romana cuando el matrimonio, como instituto de derecho natural, asume una figura autónoma.

Característica del matrimonio romano era la falta absoluta de formalidades (aunque en la práctica podía ir acompañado de fiestas y ceremonias), por lo cual se le suele parangonar con el instituto de la posesión, reconociéndose que, como en este, al matrimonio le son necesarios dos requisitos: un elemento material constituido por la convivencia del hombre y de la mujer y un elemento espiritual constituido por la intención de ser marido y mujer (affectio maritalis) con una sustancial prevalencia del elemento espiritual sobre el material (Nuptias non concubitus, sed consensus facit).

En el derecho romano el matrimonio era rígidamente monogámico y de él nos da el jurisconsulto Modestino una definición bien elevada que ha podido, aún, adaptarse a la concepción cristiana (hasta el punto de haber sido considerada sospechosa por los compiladores justinianeos): “Nuptiae sunt comunio marita et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”.

Del concepto arriba expuesto se denota cómo a diferencia del matrimonio-contrato, en el cual tiene especial significación la voluntad inicial, en el matrimonio romano era esencial la existencia de un consentimiento “duradero” y «continuo» que los romanos llamaban precisamente “affectio” y que tenía como manifestación exterior las recíprocas relaciones que la conveniencia social reconocía como esenciales entre los cónyuges mismos y que constituían el “honor matrimonial”.

Para poder contraer matrimonio (legitimae nuptiae) era necesario:

- a) una particular capacidad civil, que tenían sólo los ciudadanos romanos (y en un principio sólo los patricios), llamada “ius conubii” o “connubium”
- b) la capacidad natural, esto es, la edad superior a los catorce años para los varones y de doce para las mujeres;
- c) el consentimiento del “paterfamilias” (además, claro está, del propio de los contrayentes), que en la época clásica, fue ya reducido a un mero asentimiento pasivo.

La falta de alguno de los requisitos mencionados daba lugar a los impedimentos absolutos.

A la viuda le estaba prohibido el matrimonio antes de que hubieran transcurrido diez meses desde la muerte del marido (annus lugendi). Pero, salvo esta limitación, la legislación veía con agrado las segundas nupcias hasta tal punto que establece particulares incapacidades sucesorias a cargo de los viudos y divorciados (Lex Julia et Papia). Existían además otros impedimentos relativos que obstaculizaban el matrimonio entre determinados sujetos (parentesco de sangre entre ciertos grados; afinidad en análogas relaciones; diferencias de condición social; adulterio y raptó; relación de tutela y de cargo público).

Al matrimonio, surgido como instituto de derecho natural, bien pronto le reconoció la sociedad, por su importancia ética, efectos de carácter jurídico (excluidos aquellos derivados de la existencia de la “manus”), de los cuales los principales eran:

- a) la sujeción de la mujer a las penas del adulterio;
- b) el derecho del marido de perseguir con la “actio iniuriarum” las ofensas que le fueran infligidas;
- c) la imposibilidad para los cónyuges de ejercer el uno contra el otro las acciones infamantes;
- d) la mutua posibilidad de sucederse “iure praetorio”;
- e) la posibilidad para el marido de ejercer contra quien retuviese indebidamente a la mujer el “interdictum de uxore exhibenda et ducenda”;
- f) la nulidad de las donaciones entre los cónyuges.

En la sociedad familiar el derecho no llegó nunca a reconocer explícitamente una autoridad marital, tal como se reconoce en el nuestro. Sin embargo, la conciencia social, no obstante, situar a la mujer en la posición de cuasiparidad con el marido, le reconocía una cierta supremacía a él.

En cuanto a la disolución del matrimonio es necesario distinguir entre las causas genéricas y las causas específicas. Eran causas genéricas la muerte y la pérdida de la capacidad. Eran causas específicas, principalmente, la negación de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la “*affectio maritalis*” o la convivencia.

Excluido el caso de la existencia de un matrimonio “*cum manu*”, que debía disolverse con formas particulares (*diffarreatio*, *remancipatio*), el divorcio romano (*divortium* o *repudium*) que era precisamente la consecuencia de la negación de la “*affectio maritalis*”, no se presenta así, pues, como un instituto separado del matrimonio, sino como una consecuencia del concepto, por así decirlo, posesorio, que de él tenían los romanos. Era así, pues, natural que por ello, en un principio, no fuesen exigidas formalidades especiales. Sin embargo, así como las exigencias sociales postulaban que no existiesen dudas sobre el momento de la disolución del matrimonio, desde la época de Augusto, pero sólo “*ad probationem*”, comenzó a exigirse que el “*repudium*” fuese comunicado ante la presencia de testigos y a través de fórmulas tradicionales, y en la época imperial, por escrito (*libellus repudii*)

Es natural que la materia del matrimonio haya sido una de las cuales en las que el Cristianismo ha hecho sentir su decisiva influencia, en especial creando una hostilidad radical al divorcio. La legislación en este sentido tuvo principio con Constantino y encuentra uno de sus principales partidarios en Justiniano el cual distingue cuatro tipos de divorcio:

- a) el divorcio por mutuo consentimiento, considerado lícito, pero penado por Justiniano con la obligación para los divorciados de entrar en convento;
- b) el divorcio unilateral por culpa de otro cónyuge, admitido sobre la base de los motivos establecidos por la ley;
- c) el divorcio unilateral “*sine causa*”, considerado ilícito y así, pues, penado;
- d) el “*divortium bona gratia*”, esto es, por causas no imputables a ninguno de los cónyuges, admitido en casos determinados (elección de la vida conventual, impotencia insanable y cautividad de guerra del otro cónyuge).

Fue, sin embargo, en el medioevo cuando el matrimonio asume naturaleza contractual, al cual la Iglesia Católica eleva a la categoría sacramental y así, pues, de la fase en la que era castigado el divorcio (que sustancialmente implicaba su validez) se pasó a la que era prohibido.

2. Los Esponsales

“Esponsales” eran denominadas las promesas de futuro matrimonio. “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*” llamaban los romanos a este instituto que en la época más arcaica garantizaba con una verdadera acción, la

“aedo ex sponsu”, a un esposo contra el otro que se hubiese mostrado infiel, condenando a éste a pagar una suma de dinero en favor de aquél. En el derecho histórico él llega a ser, sin embargo, un instituto más social que jurídico, en cuanto la promesa de futuro matrimonio no obligaba a concluir las bodas ni era considerada válida la eventual cláusula penal adjunta al acto, sino que sólo generaba entre los esposos una relación de cuasi afinidad, que prohibía, bajo pena de infamia, a los esposos mismos a llevar a cabo otros esponsales u otras bodas antes de haber disuelto el precedente ligamen.

En el derecho oriental los esponsales eran garantizados por especiales cláusulas que establecían verdaderas penalidades pecuniarias (arrha sponsalicia), mantenidas en el derecho justiniano.

La constitución de la dote era nula si el matrimonio llegaba a ser anulado o no se contraía.

En la concepción romana originaria, la dote era propiedad del marido y la mujer no tenía derecho alguno sobre ella; pero con posterioridad, reconociéndose que la función de la dote era la de sostener los gastos del matrimonio (ad sustinenda onera matrimonii) y admitiéndose la necesidad de su restitución a la disolución del matrimonio, se acabó por considerarla como propiedad de la mujer "quamvis in bonis mariti dos sit, mulieri tamen est) principio que fue sostenido también por Justiniano, el cual no eliminó nunca el atenuado derecho del marido sobre la dote “constante matrimonio”, resultando así una construcción jurídica llena de ambigüedad.

Ya se ha acentuado cómo las acciones para la restitución de la dote eran la “actio stipulatu” (a la cual se suma en la época imperial la “actio praescriptis verbis”), bien relacionada con una específica estipulación de restitución o bien con un simple pacto, y la “actio rei uxoriae” que llega a ser la acción específica de la restitución de ella.

Esta iba referida tanto para la “dote profecticia” como para la “adventicia”.

La primera de las acciones podía ser ejercida por el padre; la segunda por la mujer “sui iuris”, y no eran transmisibles a los herederos.

La “actio rei uxoriae” era una acción de buena fe, que permitía al juez la posibilidad de apreciación, reconociéndole al marido el derecho de retener cuanto hubiese gastado por causas determinadas (retentio propter liberos, propter amores. propter res donatas, propter res amotas, propter impensas). También le estaba reconocida al marido la posibilidad de una restitución detraída de la dote en dinero y el derecho de no deber restituir más allá de la medida de sus fuerzas (beneficium competentiae).

La “actio rei uxoriae” fue abolida en el año 530 después de Cristo por Justiniano el cual transformó la “actio ex stipulatu” en acción de buena fe, extendiendo la facultad de su ejercicio a los herederos; ella fue llamada “aedo dotis, o «de dote”.

2. Bienes Parafernales

Los bienes parafernales (palabra de origen griego que significaba “fuera de la dote”) o extradotales, eran los bienes de la mujer que no formaban parte de la propia dote. Los romanos le llamaban “bona extra dotem” o “praeter dotem”. Ellos no presentaban un régimen especial en cuanto la mujer, en el matrimonio “sine manu”, conservaba sobre ellos el derecho de propiedad y tenía así, pues, la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes. En el derecho justiniano estos bienes asumen una cierta analogía con la dote siendo considerados como una aportación de la mujer a los fines del matrimonio.

3. La Donación Nupcial

La donación nupcial es un instituto de carácter oriental que había penetrado en el tardío derecho romano y que tenía como función la de suministrar a la viuda una recompensa o subsidio de viudedad.

En el derecho justiniano asume casi la función de contradote (et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio). Se trataba de donaciones hechas antes del matrimonio “donationes ante nuptias”), que el marido podía aumentar durante el matrimonio, y que Justiniano consintió que fuesen hechas “ex novo” aun durante el matrimonio. Fue por lo tanto cambiado su nombre originario por el de “donationes propter nuptias”. En el caso de que el matrimonio no llegara a realizarse, las donaciones hechas antes de él, volvían al marido; mientras aquellas otorgadas durante el matrimonio, sólo en caso de divorcio por culpa de la mujer, retornaban al marido con la reserva de la propiedad que iba a los hijos.

LA TUTELA Y LA CURATELA

1. Generalidades

En la parte general se ha determinado como las personas “sui iuris” podían tener la capacidad de disponer de sus propios derechos bien atenuada o anulada por diferentes causas (edad, sexo, locura, prodigalidad).

Por lo que concierne a la edad los romanos distinguían entre “impuberi” e “infantes” (qui dari non possum); los primeros podían realizar válidamente actos jurídicos, pero debía intervenir, para integrar su voluntad, la “auctoritas tutoris” mientras los segundos no podían realizar válidamente acto jurídico alguno.

A catas dos categorías le fue añadida una tercera por la Lex Plaetoria (entre el año 193 y el 192 a. de Cristo): la de los menores de 25 años (“minores XXV annis”, o simplemente “minores”); a los cuales les fue, en sustancia, reconocida una capacidad atenuada de obrar y que dio vida al instituto de la “cura minorum”.

Las mujeres estuvieron en principio sujetas a la tutela perpetua (tutela mulierum) que, sin embargo, en la época clásica ya había desaparecido.

Los dementes y los pródigos estaban por determinación de las leyes de las XII Tablas, sujetos a curatela.

2. La Tutela De Los Impúberes

La tutela de los impúberes (pupilli) (y la definición englobaba posiblemente, en su primera fase, también a la tutela de la mujer), podía ser de tres especies:

- a) *tutela testamentaria*, cuando el tutor era nombrado en el testamento del “paterfamilias”, o con posterioridad, por la madre, por el pariente próximo, por el patrón o por el padre natural. La renuncia a esta tutela se llama “abdicatio tutelae”;
- b) *tutela legítima*, la cual era instituida por falta de la testamentaria. Ella existía desde las XII Tablas, y estaban facultados para desempeñarla en la época clásica solamente los agnados, y, con Justiniano, también los cognados:
- c) *tutela dativa*, introducida por la Lex Atilia (186 a. de Cristo), era la constituida por el pretor urbano (y con Justiniano por el praefectus urbia) a la cual se recurría cuando un impúber no tenía ninguna de las tutelas antes mencionadas.

De la definición romana de la tutela se desprende cómo en su origen ella fue concebida como una “potestas”, lo que ha hecho pensar (Bonfante) que aquel que después se llamara tutor era en un principio el nuevo jefe llamado a regir a la familia romana y designado en testamento, por lo general, por el «paterfamilias» difunto.

La tutela dativa significó el cambio de esta concepción de la tutela a la que más tarde ha quedado como tradicional: de “manus publicum”, por la cual al tutor dativo no le estaba permitido, en la época clásica, liberarse de la tutela si no era indicando la persona para él más idónea por parentesco o por dignidad para ocupar su puesto. Con Justiniano las razones de dispensa (excusaciones) fueron taxativamente determinadas, pero en compensación a ello fueron extendidas a todas las especies de tutela.

Mientras en el derecho clásico las mujeres liberadas de la sujeción a la tutela obligatoria fueron, sin embargo, incapaces para ejercerla, en el derecho postclásico les fue reconocida esta capacidad.

Las misiones del tutor eran sustancialmente dos: “negotia gerere”, esto es: realizar los negocios del pupilo, y “auctoritas interponere”, completar la voluntad del pupilo en la realización de los negocios.

La misión tan delicada del tutor traía consigo el que éste estuviera sujeto a una grave responsabilidad y que pudiera ser sometido a una acción especial llamada “accusatio suspecti tutoris” (infamante), y a la “actio rationibus distrahendis”, que conducían al inmediato alejamiento de la tutela y a una auténtica condena penal. Para proteger al pupilo con un medio preventivo le fue impuesta al tutor, asimismo, la obligación de una “stipulatio” particular que era llamada “cautio rem

pupilli salvam fore”, por la cual él respondía “ex stipulatu” de la mala administración.

Hacia el final de la edad republicana fue, por otra parte, introducida una acción infamante: la “actio tutelae”, que podía ser ejercitada por el pupilo al término de la tutela, por los daños inferidos por el tutor a su patrimonio; inicialmente sólo cuando hubiera existido dolo, después aun, por culpa, y en la época justiniana también por la falta de diligencia .

Para el reembolso de los gastos realizados el tutor tenía una “iudicium contrarium”.

3. La Tutela De Las Mujeres

En el derecho más antiguo, como ya se ha indicado, las mujeres “sui iuris” se encontraban sometidas a tutela perpetua. Ya los jurisconsultos clásicos, estando en su tiempo la “tutela mulierum” en plena decadencia, no llegaban a comprender la razón de tal instituto, cuya esencia hay que referirla a la imposibilidad originaria por parte de las mujeres de ser titulares del ejercicio de la potestad familiar. Por otra parte la necesidad de la “auctoritas tutoris” queda, en la época clásica, limitada a los negocios del antiguo “ius civile” y el instituto desaparece en el siglo iv d. de C.

4. La Curatela De Los Dementes, De Los Pródigos Y De Los Menores

Establecida por las XII Tablas la curatela de los dementes y de los pródigos ella era confiada a los parientes por vía agnaticia y a los gentiles. El nombramiento de los tutores (tutela dativa) le fue más tarde permitido al pretor y al “praefectus urbi” y, en las provincias, a los prefectos. En el Derecho justiniano ella es totalmente identificada a la tutela.

La curatela de los menores (cura minorum) fue, por el contrario, instituida como consecuencia de la protección que la Lex Plaetoria (193-192 a. de e.) concedía a los menores de 25 años. Con posterioridad interviene el pretor con la concesión a los menores que no se hubiesen avalado de la asistencia del curador en sus respectivos negocios, de una “exceptio legis Plaetoriae” para paralizar el ejercicio de acciones contra él, y una “integrum restitutio propter aetatem” que podía ser ejercida dentro del año de la consecución de la mayoría de edad. En la época clásica todavía el curador actuaba sólo ante negocios específicos, mientras que la figura del administrador general no fue por él asumida hasta el derecho justiniano.

Aquellos que habían cumplido los veinte años podían obtener del príncipe una declaración de plena capacidad (venia aetatis). También la «cura minorum» fue por Justiniano identificada a la tutela.

Teoría De Los Hechos Jurídicos

1. LOS HECHOS JURÍDICOS

La teoría de los hechos jurídicos, con su terminología correspondiente, es en gran parte una construcción de la dogmática moderna, que, sin embargo, ha utilizado largamente el material romano. Puesto que ella nos facilita el rápido y completo conocimiento de los institutos romanos, poniendo de relieve algunos principios generales en los cuales se fundamenta, expondremos aquí una breve reseña en sus términos más tradicionales.

Llamase hecho jurídico a cualquier suceso, circunstancia, acto o situación al cual el ordenamiento jurídico le reconoce la creación de efectos jurídicos. Los hechos jurídicos pueden ser: *positivos* o *negativos*, según que consistan en la realización o no realización de una circunstancia; *simples* o *complejos*, según que consistan en una circunstancia única o en una pluralidad de circunstancias ligadas entre ellas, contemporáneas o sucesivas; *Instantáneos*, si consisten en un suceso único; *estados de hecho*, si consisten en una situación más o menos duradera.

Todos estos hechos se dividen al mismo tiempo en dos grandes categorías: *hechos jurídicos naturales* y *hechos jurídicos voluntarios*.

- a) *Hechos jurídicos naturales* o, también, *hechos jurídicos en sentido propio*, se llaman aquellos en los cuales el hecho o los aspectos jurídicos del hecho se producen independientemente de la voluntad del hombre.
- b) *Hechos jurídicos voluntarios*, son, por el contrario, aquellos realizados por la voluntad del hombre y de cuyos efectos se hacen depender de ella. Los hechos jurídicos voluntarios, son así, pues, los actos voluntarios del hombre y se dividen en: *actos lícitos* y *actos ilícitos* según que el ordenamiento jurídico los repute socialmente útiles y así, pues, tutele sus efectos, o bien los considere dañosos y, por lo tanto, los pené con una sanción. La categoría principal de los actos lícitos está constituida por los negocios jurídicos.

Es necesario advertir que, a veces, los efectos propios de un acto jurídico son, por el derecho, referidos a un momento precedente de aquel en el cual ha tenido plasmación: se habla en tal caso de retroactividad (de retro agi). Por el contrario, los efectos propios de un hecho pueden quedar en suspenso hasta que se verifique otro hecho: se habla entonces de litispendencia. Otras veces, por el contrario, el derecho atribuye a un hecho los efectos propios de un hecho diverso, que en el caso específico no se ha verificado aún: se habla entonces de ficción "fictio")

2. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS

Los efectos de un hecho jurídico pueden consistir en la adquisición, en la pérdida o en la modificación de un derecho.

Llamase *adquisición* la consecución de un derecho por un sujeto, el cual llega a ser titular; *pérdida*, la separación del titular de tal derecho conseguido; *modificación*, cualquier cambio de un derecho existente, sin que exista pérdida de él o adquisición de un otro.

La adquisición, puede ser: originaria o derivativa.

Hay *adquisición originaria* cuando el derecho surge “ex novo”, reuniéndose a un sujeto independientemente de la relación jurídica de éste con otros.

Hay, por el contrario, *adquisición derivativa* cuando ella acontece sobre la base de una relación jurídica y puede ser: adquisición *traslativa* cuando el derecho ya existente en un titular se transfiere a otro; o, bien, *adquisición constitutiva*, cuando sobre la base de un derecho ajeno se constituye en el adquirente un nuevo derecho.

Por lo tanto no toda adquisición señala el nacimiento de un derecho ni toda pérdida significa la extinción de él. En efecto, en la adquisición traslativa a la pérdida de un sujeto corresponde la adquisición de un otro. La transferencia que tiene lugar por voluntad de quien pierde el derecho toma el nombre de cesión. Cuando por el contrario un derecho es perdido por su titular sin que pueda existir más ni para él ni para otros, tal pérdida es llamada *extinción*.

En la adquisición derivativa el titular del cual se deriva el derecho llamase “*actor*” o *causante*”, el titular en favor del cual el derecho se adquiere “*causa habiente*” o “*sucesor*”.

La doctrina moderna llama, en efecto, “*sucesión*” a la relación que se verifica en las adquisiciones derivativas y distingue, sobre la base de las fuentes justinianas, *sucesiones particulares* y *sucesiones universales*.

La regla de las adquisiciones derivativas es que: “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*”; sin embargo, no faltan excepciones como en el caso del acreedor pignoraticio que podía vender la prenda, transfiriendo la propiedad sin ser el titular. En torno a las modificaciones, que pueden ser muy diversas, ha de mencionarse particularmente el consentimiento, que se da cuando un derecho, no estando aún extinguido, no puede ser ejercido salvo que al verificarse una determinada circunstancia, haya vuelto a tener eficacia.

3. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Por negocio jurídico se entiende una manifestación de voluntad particular dirigida a un fin práctico, reconocido y defendido por el ordenamiento jurídico.

Los dos elementos básicos del negocio jurídico son así, pues, una manifestación de voluntad y un fin práctico, que los romanos llamaban *causa*” o “*justa causa*”.

La manifestación de la voluntad debe principalmente ser de un particular, porque los actos de la autoridad pública no entran en el concepto de negocio jurídico. Por

otra parte para que se dé una voluntad productora de efectos es necesario que el individuo pueda cumplir un acto voluntario, esto es, que tenga la capacidad de hacer y que quiera efectivamente hacer, queremos decir: que tenga conciencia del fin práctico del negocio. La voluntad debe de ser manifestada y ello puede realizarse mediante una declaración, dirigida a hacer conocer la voluntad misma a otros, o bien a través de un comportamiento que muestre la determinación interior. Cuando el ordenamiento jurídico o la estructura pública del negocio no imponen modos particulares, la voluntad puede ser manifestada de cualquier forma.

Se distingue la *manifestación expresa*, de la *manifestación tácita*. La primera, que se identifica con la declaración, puede consistir en cualquier medio que en el uso social se considere como manifestación explícita, como la palabra, la escritura, un signo de cabeza o de la mano. La segunda se identifica con cualquier comportamiento del cual se pueda desprender una voluntad. Por otra parte el simple silencio no puede ser considerado como una manifestación de voluntad, salvo en los casos en los que el derecho o la estructura del negocio le atribuyan el valor de un asentimiento. En el derecho romano la voluntad, para ser productora de efectos jurídicos, debía, por largo tiempo al menos lo fue, ser manifestada en formas fijas, solemnes, tradicionales, por lo general orales, que generalmente permitían una actividad (agere). Por lo tanto más que la voluntad en sí misma y por sí era tomada en consideración por el “ius civile” la actividad desarrollada en el modo prescrito, esto es: el “actus”. Sólo más tarde, con la introducción del “ius gentium”, con la actividad del pretor y con la “interpretatio” de la jurisprudencia, comenzó gradualmente a conquistar relieve la voluntad como elemento generador de efectos jurídicos. Este desplazamiento de la forma a la voluntad comienza ya en la época republicana y se desarrolla fuertemente en la edad clásica, menoscabando así la estructura del “ius civile”, llegando a provocar en la edad postclásica la caída de las antiguas formas solemnes y el más completo triunfo de la voluntad; para la manifestación de ella, por otra parte, fueron con frecuencia dispuestas formas legales, por lo general, consistentes en un documento escrito (instrumentu), que según los casos tenía función probatoria o también constitutiva. La “causa” se identifica, como hemos dicho, con el fin práctico al cual la voluntad va dirigida y que es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. No es, en efecto, necesario que el particular tenga conocimiento de los efectos jurídicos del negocio, sino tan sólo que quiera conseguir aquel fin al cual el derecho le aporta su protección. De las causas son distinguidas las “causas psicológicas” que han inducido a la manifestación de la voluntad y que por lo general no son tomadas en consideración por el derecho. Sin embargo, a veces, el derecho considera la razón jurídica por la cual el negocio pudo haber sido realizado. Tal razón llamase “causa remota”, en contraposición al fin práctico del negocio que entonces llamase “causa próxima”. Si la causa remota no existe el negocio produce igualmente sus efectos, pero el interesado puede no aceptarlos.

Los negocios jurídicos pueden ser reagrupados en diversas categorías, según que se considere un aspecto más que otro:

Unilaterales y bilaterales.- Según que dependan de la voluntad de un solo individuo (por ejemplo, el testamento), o del encuentro de las

manifestaciones de voluntad de dos o más partes, fundidos en un acuerdo (consensus) por el cual se realiza el negocio (por ejemplo, el matrimonio);

Onerosos y gratuitos.- Según que la causa del negocio signifique o no, para quien adquiere, una pérdida correlativa, o al menos equivalente;

Formales y no formales.- Según que el ordenamiento jurídico determine o no la forma en la cual debe realizarse la manifestación de la voluntad. Se llaman también *solemnes* o *no solemnes*.

Causales y abstractos.- Según que la causa sea puesta de manifiesto por la estructura misma del negocio, o bien no se manifieste claramente, por lo que el negocio puede servir para conseguir efectos diversos. Se llaman también *típicos* o *atípicos*;

Inter vivos y mortis causa.- Según que sean destinados a producir efectos mientras las partes tienen vida, o bien sólo después de la muerte del disponente o de una de las partes.

En particular por el derecho romano es tenida en cuenta la distinción entre *negocios "mos civilis"* y *"iuris gentium"*, según que se encuentren fundamentados sobre el "ius civile" o sobre el "ius gentium" y así, pues, dirigidos tan sólo a los ciudadanos o bien a los extranjeros.

Mirando a estas varias categorías, se debe, pues, observar que los negocios abstractos son por lo general también formales y viceversa, y que en los negocios causados, si falta la causa o es ilícita, el negocio no produce sus efectos, mientras en los negocios abstractos por el contrario la falta o ilicitud de la causa no impide que el negocio produzca igualmente sus efectos; pero el derecho ofrece diversos medios para paralizar o remover tales efectos, como precisamente hace en muchos casos el pretor respecto a los negocios formales del "ius civile". Todos los más típicos negocios del "ius civile", como la "mancipatio", y la "es jure cessio" y la "sponsio", eran, en efecto, formales y abstractos y los efectos quedaban dependientes del cumplimiento de la formalidad, antes que de la voluntad y de la causa, que sólo en el "ius gentium" y en la práctica pretoria encontraron reconocimiento autónomo y adecuada protección.

En cada uno de los negocios jurídicos se distinguían, según la terminología de los intérpretes, los "*essentialia negotii*", esto es: los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para la existencia de aquel determinado tipo de negocio, faltando los cuales el negocio mismo no nace y son, asimismo, inderogables; los "*naturalia negotii*", esto es: los elementos que el ordenamiento jurídico considera como normales, dejando, sin embargo, en libertad a las partes para disponer indiferentemente; los "*aecidentalia negotii*", esto es: los elementos que el ordenamiento jurídico consiente a las partes que sean unidos al negocio para regular y modificar los efectos.

4. CONDICIÓN., TÉRMINO Y MODO

Entre los elementos accidentales del negocio jurídico, que cuando se han sumado reciben también valor esencial, hemos de recordar en particular la condición, el término y el modo.

Consisten en declaraciones accesorias de la voluntad. En el derecho romano no se podían oponer, sin embargo, a los “actus legitimus”, entre los cuales se encontraban - además de la “mancipatio”, la “in iure cessio” y la “cretio”, desaparecidas en el derecho justinianeo - la “acceptilatio”; la “enmancipatio”, la “datio tutoris” y la “aditio hereditatis”.

La condición (condicio), es una declaración accesorias que hace depender el nacimiento o la extinción de los efectos del negocio de un evento futuro y objetivamente incierto. El nombre de “condicio”, se daba también al evento, y se llamaba “condicional” al negocio sujeto a condición; y “pulum” al no condicionado.

Referente a los efectos, si éstos quedan suspendidos hasta la verificación o no verificación del evento, la condición es *suspensiva*; si cesan, la condición es *resolutiva*. El derecho romano no reconoce, sin embargo, eficacia a la condición resolutoria, al menos en la edad clásica, si no es por vía indirecta uniendo al negocio principal, que nacía puro, un pacto de resolución sujeto a la condición suspensiva, el cual surgía efecto al verificarse la condición, en los modos y límites de la eficacia de los pactos.

Referente a la causa del evento, las condiciones se distinguían en *potestativas*, cuando dependían de la voluntad de una de las partes; *casuales*, cuando dependían de alguna circunstancia, la cual es equiparada a la voluntad de un tercero; y *mixtas*, cuando dependen de la circunstancia y de la voluntad de una de las partes.

Referente a la naturaleza del evento, las condiciones se distinguen en *positivas* y *negativas*, según que ellas permitan el verificarse o no verificarse el evento mismo.

Son *condiciones aparentes*: las “condiciones iuris”, es decir: los requisitos legales del negocio, que es superfluo expresar; las “condiciones in praesens vel in praeteritum”, esto es: aquellas que se refieren a un evento actual o pasado, aunque sea ignorado por las partes, por el que el negocio se considera puro y produce o no sus efectos desde el principio; las “condiciones necesarias”, esto es: aquellas que deben necesariamente existir y por las cuales el negocio es válido desde el principio, aunque sus efectos sean diferidos.

Las *condiciones imposibles*, que son aquellas en las cuales el evento no puede física o jurídicamente verificarse, y las *condiciones ilegales o deshonestas*, provocan la nulidad del negocio, salvo en las disposiciones testamentarias donde se consideran como no existentes.

El negocio sujeto a condición suspensiva, toda vez que ésta no se haya verificado pero que pudo verificarse (condicio pendet), se considera existente sin que, sin embargo, produzca sus efectos. El derecho tutela, no obstante, la legítima pretensión de la otra parte y a veces considera cumplida la condición, si la parte obligada impide dolosamente su verificación. Cuando la condición se verifica (condicio existit), si es suspensiva, el negocio produce sus efectos; si es

resolutiva, el negocio cesa de producirlos. Cuando por el contrario la condición no se ha verificado o no podrá nunca verificarse (condicio deficit), entonces, si era suspensiva, el negocio se consideraba como no realizado, y si era resolutiva el negocio subsiste y tiende a producir sus efectos.

Se discute si en el derecho romano al verificarse la condición los efectos se producían a partir de aquel momento (ex nunc) o desde aquel en el cual había sido concluido el negocio (ex tunc). El criterio de la retroactividad, en especial para las condiciones resolutorias, imperó. para algunos casos, en el derecho justiniano.

El término (dies', es una declaración accesorio que indica la fecha en la cual el negocio producirá o cesará de producir sus efectos. En el primer caso el término llamase *inicial* (dies a quo); en el segundo caso, *final* (dies ad quém). Se diferencia de la condición por la certeza de su llegada (certus an), aunque sea incierto el momento (incertus quando) como, por ejemplo, para la fecha de la muerte de una persona. Si es por el contrario dudoso que la fecha pueda llegar a cumplirse (incertus an) como, por ejemplo, el cumplimiento de una determinada edad, entonces, en realidad, se trata de una condición. El término final, como la condición resolutiva, se le hacía operante mediante un pacto de resolución.

El modo (modus), es una declaración unida a un acto de liberalidad para imponer a la persona favorecida un vamen lícito. El modo no suspendía la condición del beneficio, mas en el derecho justiniano las personas interesadas podían constreñir al beneficiado a su cumplimiento.

5. INVALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

La falta de un requisito esencial en el negocio hace que él sea considerado nulo y así, pues, como inexistente. En otros casos, por el contrario, el ordenamiento jurídico considera el negocio «annullabile», esto es, proporciona a los interesados los medios para que sea reconocida por el juez la ineficacia y exigir o impedir los efectos.

Los *motivos de invalidez* podían consistir: en la falta de capacidad jurídica del sujeto (cuando ella era exigida), o de la capacidad de actuar; en la incapacidad del objeto o en la falta del derecho de disponer; en la discordancia entre la voluntad y la manifestación; en un vicio de la voluntad; en la no observancia de las formas, cuando éstas eran prescritas; en la falta, ilicitud o inmoralidad de la causa.

Particular relieve asumen los motivos referentes a la voluntad. La discordancia entre la voluntad y su manifestación se da cuando la voluntad es tan sólo aparente, tanto por una falta absoluta de la voluntad, cuanto porque la manifestación sea consciente o inconsciente diversa de la voluntad real.

La falta absoluta de la voluntad se da en las declaraciones hechas bajo la amenaza de una violencia física (vis copori illata), o cuando es interpretado como manifestación de la voluntad un gesto que no iba dirigido a crear negocio alguno. El negocio es entonces considerado como inexistente aun en el

La manifestación consciente diversa de la voluntad real se da, a veces, en las declaraciones hechas por juego (*iocandi causa*), que no tenían relevancia jurídica; en la reserva mental y en la simulación.

La reserva mental que consiste en declarar cosa diversa de aquella que se quiere, no podía ser invocada por el declarante, y por tanto el negocio era válido en los términos de la manifestación exterior.

La simulación consiste, por el contrario, en una declaración conscientemente deformada y dirigida a un fin diferente de aquel propio del negocio, con la intención plena de que no se produzcan los efectos (*simulación absoluta*), o bien con la intención de conseguir los efectos de un negocio diverso de aquel simulado (*simulación relativa*). En ambos casos, la falta de voluntad hacía nulo el negocio simulado. Tratándose, sin embargo, de simulación relativa, si los efectos queridos no eran contrarios al derecho, se consideraba válido el negocio disimulado (*plus valere quod agitur quam quod simulate conscriptur*).

La manifestación inconsciente diversa de la voluntad real se da en el caso' del "error obstativo", esto es: cuando se quiere una cosa y se declara otra. Los intérpretes distinguen:

- a) El "error in negotio", cuando se cree cumplir un negocio y por el contrario se realiza otro diverso; él hacia nulo el negocio realizado;
- b) El "error la persona", cuando se negocia con una persona diversa de aquella que se tiene "in mente", o se contrata con una persona creyendo que es otra. Por lo general el negocio era nulo, salvo que la identidad de la persona fuese indiferente;
- c) El "error in corpore", cuando el negocio es realizado respecto a una cosa diversa de aquella querida. El negocio era nulo, salvo que el error no hubiera consistido tan sólo en atribuirle a la cosa un nombre o una cualidad diversa (*falsa demonstratio non nocet*).

Los *vicios de la voluntad* son: el error, el dolo y la violencia, cuando ellos determinan una voluntad diversa de la que verdaderamente se quería especificar. Por lo tanto, en estos casos, la manifestación corresponde a la voluntad, pero ésta en su determinación ha sido deformada por una causa perturbadora que le ha impedido libertad y conciencia.

El error (error) que es objeto de consideración como vicio de la voluntad es aquel "dii substantia", es decir: sobre la esencia de la cosa, por ejemplo, cuando se compra aceite por vino o plomo por oro. Tal error hacía inválido el negocio, al menos en el derecho clásico, sólo cuando era diferente la función económico-social de la cosa. En el derecho justiniano se nota, por otra parte, la tendencia a darle una mayor valoración. El error de derecho y con él la ignorancia de las normas vigentes no excusaban, salvo para los menores de veinticinco años, las mujeres y los soldados.

El dolo (dolus) consiste en cualquier comportamiento malicioso con el cual una de las partes pone en error a la otra para conseguir una ventaja (omnis calliditas, fallada machinatio ad circumveniendum, falledum decipiendum alterum adhibita). Los romanos lo llamaban "dolus malus" en contraposición al "dolus bonus" que consistía en las normales astucias comerciales. En los negocios del «ius civiles el «dolus malus»~ no invalidaba el negocio. De él se tenía, sin embargo, cuenta en los negocios de los cuales derivaba un "iudicium bonae fidei". Por otra parte el pretor, cuando no era posible defender a la persona engañada, le concede, desde el final de la república, una «actio doli», de carácter penal e infamante, para remover los efectos del negocio cuando éstos se hubieran ya producido y obtener el resarcimiento del daño a título de pena; y una «exceptio doli» para paralizar los efectos del negocio cuando no se hubieran todavía producido y el engaño hubiera sido reclamado en juicio para el cumplimiento.

En el derecho justiniano, superada la distinción entre derecho civil y derecho pretorio, el dolo fue considerado como un vicio de la voluntad que invalidaba directamente el negocio, mientras que, finalizada la evolución comenzada en el derecho clásico, la «actio doli» alcanzó el carácter de una acción general contra todo comportamiento desleal, aun después de la conclusión del negocio.

La violencia (vis) que es objeto de consideración como vicio de la voluntad es la propiamente moral (vis animo illata), porque la física, como hemos visto, excluye la voluntad y hace nulo el negocio.

La violencia moral consiste en la creación de una situación de temor (metus), mediante la amenaza efectiva e injusta de un mal. Tal violencia no inválida según el "ius civile" el negocio, porque una voluntad, aunque ella hubiera sido violentada, se había dado. De ella se tenía, por el contrario, cuenta en los negocios que daban lugar a un "iudicium bonae fidei". Sin embargo, el pretor, como para el dolo, concede su protección proporcionando, desde el fin de la república, a quien había sufrido la violencia tres remedios: la «actio quod metus causa», de carácter penal, por el cuádruplo del valor del objeto dañado y dirigida contra cualquier poseedor (llámase, por lo tanto, "actio in rem scriptum"); la "restitutio in integrum" por la cual se consideraba no realizado el negocio, y la «exceptio metus» para paralizar los efectos del negocio, cuando éstos no se hubieran todavía producido y la víctima de la violencia hubiera sido reclamada en juicio para su cumplimiento. Tan sólo en la edad justiniana la violencia moral llegó a ser considerada como un vicio de la voluntad que invalidaba directamente el negocio.

Los negocios inválidos podían ser de varios modos subsanados y particularmente mediante la impugnación por parte de quien tiene derecho a pedir su nulidad, la confirmación, la ratificación y el transcurso del tiempo, cuando se dejan cumplir los términos entre los cuales se puede impugnar el negocio anulable.

6. LA REPRESENTACIÓN

Ya de antiguo el derecho romano admitía, cuando la forma del negocio jurídico no exigía la presencia del interesado, que la voluntad de él pudiera ser declarada por

medio de otros, considerándolo como simple instrumento de transmisión (nuncius) En tal caso el negocio se consideraba como concluido personalmente por quien había autorizado al “nuncius” y a él por lo tanto se referían los efectos del negocio.

Pero la representación verdadera y propia, esto es: la representación de la voluntad, tiene lugar cuando el negocio es concluido por cuenta ajena, pero mediante la manifestación de una voluntad que se ha determinado en el representante.

En el derecho romano durante bastante tiempo no fue admitido que los efectos de un negocio recayesen directamente sobre la persona representada (representación directa), -sino que se siguió un sistema más complejo, por el cual los efectos del negocio se producían tan sólo en la órbita del representante, sin que naciera algún derecho u obligación entre el tercero y el interesado, y revertían sobre este último más tarde con la realización de otros negocios entre él y el representante (representación indirecta).

La representación directa estaba, en efecto, excluida de manera absoluta en el “ius civile”, en el cual regía el principio: «per extraneam (o liberam) personam nihil acquiri potest”. Por otra parte, en el derecho más antiguo, las exigencias a las cuales responde la representación directa quedaban por lo general satisfechas por la organización familiar, que daba al “paterfamilias” los más seguros instrumentos de adquisición en los hijos y en los esclavos. Por medio de ellos se realizaba, sin embargo, una simple representación de hecho, que no tenía nada que ver con aquella indirecta o directa, en cuanto la adquisición estaba fundada sobre la incapacidad de las personas “alieni iuris” de ser titulares de derechos patrimoniales, por lo que todas las adquisiciones recaían necesariamente sobre el jefe de la familia. Posteriormente, el «pater” pudo servirse de los que estaban bajo su tutela aún para obligarse, en cuanto el pretor concedió diversas acciones con las cuales podía ser llamado a responder por los negocios por él autorizados o de los cuales hubiese obtenido una ventaja.

Sin embargo, ello no fue suficiente, dadas las crecientes necesidades del comercio y de la vida, y en la edad clásica se acabó por admitir importantes derogaciones al principio riguroso “per extraneam personam nihil acquiri potest”. En teoría fue mantenido integro, pero con una serie de medios indirectos y enmiendas procesales el derecho honorario y la «cognitio extra ordinem” fueron en la práctica realizando el papel de la representación directa. En el derecho justiniano - aunque la antigua máxima del “ius civile” fue recogida por los compiladores en el Corpus iuris, dando lugar a graves dificultades de interpretación - las excepciones habían llegado a ser numerosas, hasta tal punto que se puede decir que constituyeron la regla.

7. LOS ACTOS ILÍCITOS

Cualquier acto del hombre que el derecho considera socialmente dañoso y así, pues, penado con una sanción es llamado ilícito. En particular, con referencia al

derecho privado, se llaman actos ilícitos: aquellos con los que voluntariamente se lesiona un derecho ajeno.

Los elementos del acto ilícito son, por tanto dos: uno *objetivo*, que es la lesión del derecho ajeno, y otro *sujetivo*, que es la voluntariedad del acto. La lesión era llamada por los romanos "iniuria"; hoy se llama entuerto o daño. Patrimonialmente puede consistir en una disminución (daño emergente) o en una falta de incremento (lucro cesante), y puede suceder como consecuencia directa del acto ilícito (daño directo) o como consecuencia de particulares circunstancias que concurren con el acto mismo (daño indirecto).

La voluntariedad del acto constituye la culpa. Esta puede derivar del comportamiento doloso del agente o de su negligencia. El primero era llamado por los romanos *dolus*, la segunda "culpa".

La culpa se distingue en "*contractual*", cuando la ilicitud del acto consiste en la violación de una relación obligatoria existente con la persona dañada; y "*extracontractual*", cuando el acto es por sí mismo considerado ilícito. Esta última es llamada también culpa "aquiliana", de la Lex Aquilia, en base de la cual fueron regulados, como veremos, los daños infligidos a las cosas pertenecientes a personas con las cuales no se tuviesen vínculos de tipo alguno.

Del acto ilícito se desprende la obligación de resarcir el daño. Pero de esto, como también de los grados de la culpa, hablaremos al tratar de las obligaciones.

8. EL TIEMPO

Más que como la forma de término establecida a un negocio jurídico, el tiempo ejerce su influencia de distintas maneras, como, por ejemplo, para la adquisición de la capacidad de actuar, con la consecución de una determinada edad, y, principalmente, para la adquisición y la pérdida de muchos derechos sobre la base del transcurso del tiempo.

El cómputo del tiempo puede ser "naturalis", "civilis", "continuum" y "titile". llámase: *Natural*, aquel que se cuenta "a momento ad momentum";

Civil, aquel en el cual las jornadas se consideraban como una unidad entera e indivisible, desde una media noche a otra. El derecho considera sólo el cómputo civil. Por lo general, la jornada apenas iniciada se tenía por cumplida (*dies inceptus pro completo habetur*), pero cuando la caducidad representaba la pérdida de un derecho, ésta se verificaba sólo al término de la jornada misma;

Continuo, el cómputo en el cual entran todos los días efectivamente transcurridos;

Útil, aquel en el cual se tiene en cuenta sólo los días en los cuales ha sido posible realizar el acto de que se trata.

Derechos Reales

1. Generalidades

La propiedad romana, no definida por las fuentes, aparece como el derecho real de contenido más amplio y es el único autónomo, porque los otros derechos reales, en cuanto recaen sobre cosas ajenas, presuponen que existe un derecho de propiedad en otro titular.

Por esto los modernos, partiendo del término romano "dominium", con frecuencia lo calificaban como el "señorío más general sobre la cosa". El término "proprietas", que significa la pertenencia, se difunde sólo en la edad imperial en oposición a "usufructus". Los antiguos empleaban, por lo más, el término «res mea est», identificando el derecho con la cosa.

Este señorío podía tener por objeto sólo cosas corporales; subsistía aún sin una relación de hecho entre el propietario y la cosa, y comprendía todo uso posible con tal de que no estuviese impedido por limitaciones legales o por concurrentes derechos de terceros, al cesar los cuales readquiría automáticamente su plenitud (elasticidad del dominio). Por tal razón se habla de señorío en acto o en potencia.

La amplitud y los caracteres de este dominio se manifiestan principalmente en la propiedad territorial, que en su origen pertenecía al grupo familiar y sobre la cual era ejercitada una especie de soberanía territorial. Ella se extendía al cielo y al subsuelo hasta donde llegaba el posible disfrute de ella y, antiguamente, no conocía ninguna limitación que no derivase de la propia voluntad del propietario. Por ello la concesión de cualquier facultad a un extraño era concebida como una servidumbre (servitus) del fundo por lo que se le consideraba en ese momento "servienda".

Por otra parte, la propiedad romana, en su configuración más típica, debía estar libre de todo tributo de carácter real y no podía estar constituida por un tiempo determinado o bajo condición resolutoria. Estos dos principios llegaron, sin embargo, a no tener significación alguna en el derecho postclásico. Queda, por el contrario, siempre vivo otro principio antiquísimo, por el cual la propiedad absorbe necesariamente cualquier cosa (nullius o aliena) que a ella se le incorporase.

En un principio la única propiedad reconocida era el "dominium ex iure Quiritium" que era tutelada con la "rei vindicatio" y que podía ser conseguida, sobre las cosas y en los modos previstos por el "ius civile", tan sólo por los "cives", a los cuales fueron más tarde equiparados los latini provistos del "commercium". Después de la introducción de los modos de adquisición "iuris gentium" fue admitido un derecho análogo al de propiedad también para los peregrinos. Estas distinciones quedaron sin fuerza después del edicto de Caracalla, del año 212 después de Cristo, que concedía a todos la ciudadanía romana.

Con respecto a los inmuebles, podían ser objeto de propiedad quintana sólo aquellos determinados en la categoría de las "res Mancipi", esto es, los fundos y las casas que estaban exentos de impuestos territoriales por estar situados en Italia o en tierras a las cuales había sido concedido el privilegio .

Todas las otras tierras estaban sujetas a tal imposición, la cual era concebida como una contraprestación por el uso; de aquí que fuese considerado como propietario el que percibía el impuesto y, precisamente, el pueblo romano en las provincias senatoriales y el emperador en las provincias imperiales. Del diverso nombre de la imposición los fundos situados en las primeras eran llamados "stipendiam", y en las segundas "tributad". El derecho del concesionario, esto es de aquel que pagaba el impuesto, era calificado como "possessio vel usufructus", pero en realidad disfrutaba de una posición análoga a la del propietario y era protegido por una "actio in rem" idéntica a la "rei vindicatio". En razón de esto hablan los modernos de una propiedad provincial contrapuesta a la propiedad quintana. La distinción pierde su fundamento cuando Diocleciano grava también a los fundos itálicos, y Justiniano acabó con abolir toda diferencia entre éstos y los fundos provinciales, que llegaron a hacer por ello objeto de "dominium"

Al "dominium ex iure Quiritium" de la edad republicana, se le va contraponiendo también la llamada propiedad pretoria o "in bonis habere", que se refería a las "res Mancipi" vendidas sin las formas solemnes del "ius civile". En tal caso, hasta que el adquirente no fuese considerado "dominus" por la usucapión la propiedad correspondía civilmente al enajenante. Si por el contrario éste reivindicaba la cosa, el pretor concedía al adquirente una "exceptio rei venditae et traditae", que paralizaba la exigencia. A continuación, se llega también a tutelar al adquirente que hubiese tomado la posesión de la cosa antes de la usucapión; en lugar de la "rei vindicatio", que no le competía porque todavía no era "dominus", el pretor le concede una "actio", llamada Publiciana, derivada del nombre de su creador, en la cual se fingía que la usucapión había sido completada, lo que permitía perseguir la cosa contra cualquier tercero y también frente al propietario. El derecho de este último llegaba a ser por lo tanto —una vez que él hubiera realizado la "traditio" de la "res Mancipi"— un desposeído de todo beneficio, mientras aquel que tenía "in bonis" la cosa y gozaba de la protección pretoria era el verdadero propietario, aunque no tuviese tal nombre. Precisamente por esto los clásicos hablaban de un "duplex dominium"; por un lado el "dominium" pleno, por otro el "dominium" dividido en "nudum ius Quiritium" y "in bonis habere". Pero habiendo dejado de ser consideradas las formas solemnes y la distinción entre "res Mancipi" y "res in bonis", desaparecieron también estas distinciones, porque el "in bonis habere" fue concebido como "dominium", hasta tal punto que Justiniano abolió la expresión "nudum ius Quiritium", ya juzgada como superflua.

Habiendo llegado a estar capacitados todos los ciudadanos para tener las cosas en legítima propiedad, desaparecida la distinción entre propiedad quiritaria y provincial y la de propiedad civil y pretoria, en el derecho justiniano se vuelve así, pues, a un concepto unitario de la propiedad, que no tuvo y nunca más necesidad de tantas calificaciones.

2. Limitaciones Legales De La Propiedad

La originaria rigidez de la propiedad se revela en el carácter del fundo romano de la edad quiritaria (*ager limitatus*) que constituye un territorio cerrado e independiente, con confines sagrados, en torno a los cuales existía un espacio libre de por lo menos quince pies en campaña (*iter limitare*) y de dos pies y medio en ciudad (*ambitus*), para que fuese posible el tránsito y evitar así la necesidad de imponer servidumbres de paso. En el interior de esta unidad territorial el señorío del propietario no conocía más que las limitaciones que voluntariamente él se imponía. Gradualmente, sin embargo, las exigencias de la convivencia social impusieron varias restricciones que es difícil reducir a un concepto unitario, pero que en su conjunto señalan el paso de un régimen de libertad a un régimen de solidaridad territorial. Ellas se pueden agrupar en dos categorías:

- a) *Limitaciones de derecho publico*, establecidas por un interés general, y así, pues, inderogables. Entre éstas hemos de recordar: la prohibición de cremar y enterrar los cadáveres dentro de los muros de la ciudad, determinado por las XII Tablas; la prohibición de retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno (*tignum iunctum*) hasta que se terminaran las obras, determinado por las XII Tablas y después extendido a todos los materiales de construcción; la prohibición de demoler casas para vender los materiales; la prohibición de sobrepasar en las construcciones determinadas alturas, diferentes en el tiempo con relación a la distancia entre los edificios mismos; el uso público de las orillas fluviales; la obligación de conceder el paso a través del fundo en el caso de estar inservible la vía pública, hasta que ésta no fuese reconstruída; la obligación de conceder el paso para llegar a un sepulcro incomunicado (*iter ad sepulchrum*); la facultad concedida en la edad postclásica de buscar y excavar minerales en fundo ajeno, pagando un décimo del producto al propietario del fundo y un décimo al fisco.

Se discute si el derecho clásico había admitido, como limitación general, la expropiación por utilidad pública con una determinada indemnización. Las fuentes muestran varios ejemplos, especialmente para la construcción de acueductos públicos. De cualquier forma ella es reconocida por Justiniano, el cual afirma en esta materia el principio de la primacía de la “*communis commoditas*” y de la “*utilitas republicae*” sobre el interés del particular.

- b) *Limitaciones de derecho privado*, establecidas por un interés particular y así, pues, derogables según la voluntad de los interesados. La mayor parte de ellas se refiere a las relaciones de vecindad entre fundos rústicos o urbanos, de aquí que algunas, en la edad postclásica, fueron concebidas como “*servitute*” legales. Un grupo de normas, algunas incluidas por las XII Tablas, regulaba los árboles situados en las lindes, estableciendo la distancia de las plantaciones, la corta de las raíces y de las ramas que caen más allá de los propios límites adentrándose en el

terreno ajeno, el acceso en el fundo del vecino para recoger en días alternos los frutos caídos, etc. Esta materia fue particularmente tutelada por el pretor (interdicta de arbonibus caedendis, de glande legenda). En el caso de la incomunicación de un fundo a causa de una división hereditaria, se admite en el derecho clásico que el juez pueda imponer por "adiudicatio" una servidumbre de paso; en el derecho justiniano se consideró como existente una tácita servidumbre en todos los casos de incomunicación. En el derecho postclásico surge también, junto a las servidumbres establecidas por las partes, un minucioso régimen legal para las luces, las vistas, la altitud, los salientes de los edificios. Entre otras, con Justiniano, son prohibidas las construcciones que impiden el aire y el viento necesario e impiden la vista de los montes o del mar. Otro grupo de normas prohibía alterar artificialmente el curso natural de las aguas. La antigua "actio aquae pluviae arcendae", que será la causa para llevar a cabo toda modificación del estado existente, es extendida en el derecho justiniano para tutelar el uso de las mismas aguas, de las cuales cada uno puede disponer sólo en los límites de su propia utilidad.

Para atenuar el principio general de que haciendo uso del propio derecho no se hacía daño alguno (qui suo iure utitur imeminem laedi), con referencia a las relaciones de vecindad se había venido afirmando el principio de que todo "dominus" podía hacer sobre lo suyo aquello que quisiera con tal de que no invadiese así, pues, el fundo ajeno. Sin embargo, este principio tuvo notables excepciones. Por una parte se admite, en efecto, que el vecino debía soportar con humana tolerancia cualquier pequeña «immissio» derivada de un uso normal, como el humo de la cocina o la humedad de un baño adosado a las paredes comunes; por otro lado se prohibió en algunos casos que el propietario, aun sin «inunissiou, pudiera hacer cualquier cosa con el deliberado ánimo de dañar lo ajeno. Es todavía tema de controversia el hecho de que una completa teoría de estos actos, llamados de emulación, haya sido elaborada y acogida por el derecho romano, como será después en el derecho medieval. Ciertamente es, sin embargo, que hasta el final de la época clásica, a través de la protección pretoria, y todavía más en la compilación justiniana, consideraciones de equidad y de utilidad hicieron condenar el malicioso comportamiento del propietario que, sin utilidad propia hubiera ejercitado con fines antisociales su derecho, especialmente en materia de aguas.

3. Copropiedad

La "communio", llamada por los modernos condominio o copropiedad, era una particular situación jurídica en la cual varias personas, llamadas "socii" o "dominis", tenían en común la propiedad de una cosa. Podía ser *voluntaria*, si dependía de la voluntad de los copropietarios individuales, como para las cosas conferidas en sociedad o adquiridas en común; o *incidental* si se constituía independientemente de la voluntad, como por la herencia o el legado correspondiente a varios coherederos o legatarios.

El modo de concebir el derecho de condominio varió en el tiempo. En el antiquísimo "consortium", que a la muerte del "paterfamilias" se establecía sobre los bienes heredados que permanecían indivisos entre los hijos, cada uno de estos disponía de la cosa común como si fuese un solo propietario, por ejemplo manumitiendo válidamente al esclavo común. A continuación se afirmó el principio de que el derecho de cada uno fuese limitado por el concurrente derecho de los otros, de aquí que la propiedad se refería no ya sobre la totalidad, sino sobre una cuota ideal del todo (totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere), la cual podía ser diferente entre los copropietarios.

Signos de la antigua concepción quedaron, sin embargo, en el "ius aderescendi", esto es: en la extensión "ipso iure" del derecho de cada copropietario sobre las cuotas abandonadas por los otros, y en el «ius prohibendi», esto es: en la facultad de cada uno de poner su veto, arbitrado y absoluto a cualquier iniciativa de los otros copropietarios sobre la cosa común.

En el derecho clásico cada copropietario ejercitaba «pro parte» sus facultades y era libre de disponer como mejor creyese de su cuota ideal. Para los actos que repercutían directamente en la cosa era necesario, sin embargo, el consentimiento de todos: así para enajenar, gravarla con un usufructo, servidumbre, etc. Igualmente sucedía para la manumisión del esclavo común, la cual si era hecha por uno solo de los copropietarios quedaba sin efecto, y, todavía más, representaba la renuncia a la cuota.

La copropiedad, que por su naturaleza es una institución transitoria (de aquí que era nulo el pacto de copropiedad perpetua), podía hacerse cesar en cualquier momento o por acuerdo entre los copropietarios o mediante un juicio divisorio promovido por uno cualquiera de ellos con la "tactio communi dividundo", ya determinada en las XII Tablas. Si la cosa era materialmente divisible el juez realizaba la "adiudicatio" de las diversas partes, salvo que tuviera que hacer eventuales compensaciones. Igualmente repartía la ganancia de la venta. Cada uno obtenía, además, el resarcimiento de los daños o el reembolso proporcional de los gastos a los cuales se había llegado durante la copropiedad (praestationes personales).

En el derecho justiniano es mitigado el "ius prohibendi", el cual puede ser ejercitado sólo si beneficia a la copropiedad; mientras que para los actos de disposición material de la cosa se tiende a hacer prevalecer la voluntad de la mayoría de los copropietarios, según sus respectivas cuotas. «Favore libertatis se admite, sin embargo, que cualquier copropietario pueda libertar al esclavo común, pero indemnizando a los otros. En suma: la "actio communi dividundo" puede ser ejercida también «manente comunione», esto es: dejando indivisa la cosa para regular las recíprocas prestaciones (praestaciones personales) y controversias entre los copropietarios, mientras disuelta la copropiedad se puede obtener igualmente el reembolso de los gastos hechos con la «actio negotiorum gestorum».

4. Modos De Adquisición De La Propiedad

Los modos de adquisición de la propiedad son los hechos jurídicos de los cuales el derecho positivo hace depender el nacimiento del pleno señorío de una persona sobre una cosa. Los clásicos distinguían entre modos de adquisición de derecho civil, solemnes y formales, reservados a los "civis", y modos de derecho natural o de gentes, comunes a todos los pueblos. Tal distinción, aunque no tuviera valor práctico alguno después de la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del imperio, es, sin embargo, conservada en el derecho justiniano. Los intérpretes han sustituido tal distinción por la de modos originarios y modos derivativos, según que la adquisición tenga lugar por una relación directa con la cosa (ocupación, accesión, especificación, confusión, conmixtión, adquisición de los frutos, adjudicación, usucapión), o bien sobre la base de una relación con el anterior propietario (mancipatio, in iure cessio, traditio). Algunos de ellos son comunes también a otros derechos reales.

Sobre otros modos de adquisición como la sucesión hereditaria, los legados y las donaciones "mortis causa", hablaremos a su tiempo.

A) MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

1. *Ocupación Y Adquisición Del Tesoro*

La ocupación consistía en la toma de posesión de una "res nullius" con la voluntad de hacerse propietario. Era de derecho natural y de ella, según los romanos, derivaba la fuente de la propiedad. En la época clásica además de las cosas del enemigo que no formaban parte del botín del Estado, podían ser objeto de ocupación la "insula in man nata", los animales salvajes o indómitos "quae terra man codo capiuntur", las cosas abandonadas por el propietario, las cosas preciosas depositadas sobre las playas del mar. Todas se adquirían desde el momento de la efectiva toma de posesión. Sólo para la caza se discutía si el animal herido pasaba a ser propiedad del cazador que no hubiese cesado de perseguirlo, pero con Justiniano prevalece la opinión de que era necesaria la captura.

En lugar análogo a la ocupación se halla la adquisición del tesoro, esto es, de una "vetus depositio pecuniae" o de otros objetos preciosos, que hubieran sido escondidos y de los cuales no se puede identificar al antiguo propietario. En un tiempo correspondía por entero al propietario del fundo en el cual había sido hallado. Más tarde (siglo u d. de C.) le fue reconocido a aquel que lo encontraba por casualidad (non data opera) en el fundo ajeno el derecho de recibir la mitad, correspondiendo la otra mitad al propietario del fundo o al fisco, según que el fundo fuese privado o público.

2. *Accesión*

Sobre la base del principio "accessio credit principali" el propietario de la cosa principal extendía sus derechos a cualquier otra cosa que hubiera venido a sumársele a ella, llegando a ser parte o elemento constitutivo, hasta tal punto de perder la propia individualidad. Si ésta, por el contrario, permanecía, el propietario de la cosa accesoria podía constreñir con la "actio ad exhibendum" al propietario de la cosa principal a realizar la separación y así a permitir la reivindicación. Cuando esto no era posible el propietario de la cosa accesoria tenía, al menos en la edad justiniana el derecho a una indemnización.

Los intérpretes agrupan los casos de accesión, entendida conjunción definitiva, en tres categorías:

- a) de bien mueble a bien mueble;
- b) de bien mueble a bien inmueble;
- c) de bien inmueble a bien inmueble.

a) Se consideran en la primera categoría (*de mueble a mueble*):

1. La «ferruminatio», esto es: la unión directa de dos trozos de metal del mismo género, sin interposición de plomo (plumbatura), que por otro lado hacía a las partes separables. El propietario de la cosa principal adquiriría definitivamente la accesoria;
2. La «textura», esto es: la accesión admitida por Justiniano de los hilos ajenos entretejidos en una tela o en un vestido;
3. La "tinctura", la accesión del color a la tela que con él viene tintada;
4. La "scriptura", la accesión de la tinta al papel o pergamino ajeno;
5. La "pictura", la accesión, muy discutida en el derecho clásico, de la tabla a la pintura.

b) Se consideran en la segunda categoría (*de mueble a inmueble*):

1. La "satio",
2. la "implanta tío" y
3. la "inaedificatio", esto es: la siembra, la plantación y la construcción realizadas sobre el fundo ajeno.

En los tres casos operaba el principio general superficies "solo cedit", según el cual todo lo que era hecho por el hombre sobre el suelo correspondía a su propietario, desde el momento de la conjunción. Para los sembrados tenía lugar con la germinación y para las plantas con la plantación de las raíces; la adquisición entonces era definitiva. Los materiales de construcción, podían, por el contrario, reivindicarse por el antiguo propietario cuando la conjunción perdía efecto. A quien de buena fe hubiese sembrado, plantado o edificado sobre terreno ajeno le correspondía un delito de retención por los gastos. Así, pues, al propietario de los materiales utilizados por el propietario del suelo le fue concedido el resarcirse mediante una acción por el doble de su valor. En el derecho justiniano es también reconocido un "ius tollendi" para los materiales que fuesen separables sin daño del edificio y, por lo tanto de nuevo utilizables.

c) Se consideran en la tercera categoría (*de inmuebles a inmuebles*) los llamados incrementos fluviales, esto es:

1. La "avulso", que tenía lugar cuando un desbordamiento separaba una parte de un fundo y ésta se unía orgánicamente a otro;
2. La alluvium, que era determinada por la lenta unión de diferentes partes de tierra al fundo ribereño;
3. La "ínsula in flumine nata", que se dividía, aunque el río fuese público, entre los fundos de las dos riberas, o de una sola, según la posición;
4. El "alveus derelictus", que era el lecho abandonado de un río y se dividía entre los terrenos de las dos orillas, según su frente o extensión, teniendo muy en cuenta la mediana.

El derecho justiniano admitía, sin embargo, que si el río abandonaba el nuevo cauce, éste tornaba al viejo propietario.

3. Especificación

Se daba la especificación cuando una cosa era transformada en otra adquiriendo una nueva individualidad (*speciem facere*), como, por ejemplo, haciendo vino de la uva o una estatua del mármol. En la edad clásica los sabinianos consideraron que la "nova species" correspondía al propietario de la materia, y los proculeyanos, al realizador. Una doctrina intermedia, que fue más tarde acogida por Justiniano, consideraba, sin embargo, que si la cosa podía o no ser reducida al estado primitivo, había que atribuirle en el primer caso al propietario, en el segundo al realizador, en tanto en cuanto no hubiere existido mala fe. Correspondía en todo caso a este último si la materia empleada era, aunque fuese en mínima parte, suya.

4. Confusión Y Conmixión

La mezcla de líquidos (*confusio*) o de sólidos (*conmixtio*), pertenecientes a diversos propietarios, cuando ninguna de las cosas podía considerarse principal y no existía creación de una "nova species", daba lugar, por lo general, a un régimen de copropiedad sobre la totalidad, pero que podía separarse con la "actio communi dividundo" o con una "vindicatio pro parte". La verdadera adquisición de la propiedad se tenía sólo en el caso de la conmixión de monedas de diversos propietarios "ita ut discerni non possent". Ellas eran atribuidas al poseedor, el cual, sin embargo, era llamado a responder con la "actio furti" u otras acciones personales, según las relaciones entre las partes.

5. Adquisición De Los Frutos

Los frutos naturales mientras se encontraban unidos a la cosa principal no eran objeto de un derecho distinto, sino "pars" de la misma cosa. El "dominus ex jure quiritium" de la cosa los adquiría desde el momento de la separación, independientemente de la toma de posesión. Lo mismo sucedía para el titular de la propiedad provincial o pretoria, para el arrendatario del «ager vectigalis» en el derecho clásico y el enfiteuta en el derecho justiniano, y para el poseedor de buena fe, con tal de que ésta subsistiese en el momento de la separación. Sin embargo, en el derecho justiniano, este último era obligado a restituir al

propietario reivindicante los frutos existentes”, por lo que en realidad sólo hacía suyos los frutos "consumpti". Se daba, sin embargo, la "perceptio" para la adquisición por parte del usufructuario, del arrendatario y del acreedor pignoraticio (en el cómputo de los intereses y del capital) .

6. Usucapión

La usucapión (llamada por los modernos, también, prescripción adquisitiva), es un modo de adquisición de la propiedad a través de la posesión continuada, legalmente justificada, de una cosa por un período de tiempo determinado.

En el derecho justiniano resulta de la fusión de dos institutos que tenían diverso origen y función: la "usucapio" y la "praescriptio longi temponis".

La usucapión (de usucapere) estaba ya determinada en las XII Tablas y consistía en la adquisición de la propiedad a través de la posesión (antiguamente llamada «usus») de un fundo por dos años y de cualquier otra cosa por un año. Era un modo de adquisición "iuris civilis", reservado a los "cives". En principio estaba ligada a la garantía (auctoritas) que el enajenante de una «res Mancipi» se veía obligado a prestar al adquirente de buena fe y que persistía hasta cuando, por el transcurso del tiempo fijado, la propiedad de este último llegaba a ser inatacable. Su función era la de no dejar por largo tiempo incierto el dominio, en el caso de que la cosa hubiera sido vendida "a non domino" o sin las formas prescritas. Con ella la "res Mancipi" se transformaba en "dominium ex iure quiritium". Admitida más tarde también para las "res nec Mancipi" y para cualquier posesión necesitada de protección, ella no se aplicaba, sin embargo, a los fundos provinciales, para los cuales desde el siglo I después de Cristo se introduce un nuevo medio, probablemente de origen griego, como es la "longi temporis praescriptio".

Con ella el poseedor de los fundos provinciales no llegaba a ser propietario, porque sobre ella no se admitía la propiedad privada; sin embargo, él estaba facultado para rechazar con una "exceptio" toda reivindicación si hubiera poseído por diez o veinte años el fundo, según que el reivindicante habitara en la misma o en otra ciudad.

Los dos institutos coexisten en la época clásica; después, desaparecida la distinción entre suelo itálico y provincial, se funden; en el derecho justiniano la adquisición de los bienes muebles tiene lugar a los tres años y es llamada por todo ello "usucapio", mientras la adquisición de los bienes inmuebles, que es llamada "longi temporis praescriptio", tiene lugar a los diez o veinte años si las partes habitan en la misma provincia (inter praesentes) o en provincias diversas (inter absentes). La estructura de la "usucapio" clásica es, sin embargo, extendida a la "praescriptio", que llega, asimismo, a ser adquisitiva, de tal forma que, no obstante la diversidad de nombre, el régimen es igual.

Los requisitos necesarios para la usucapion y la prescripción en el derecho justiniano fueron reunidos por los intérpretes en el exámetro: “res habili, titulus, fides, possessio, tempus”.

Res habili. Estaban excluidos de la usucapion: el hombre libre; las cosas extracomerciales; las “res furtivae” y aquellas sustraídas violentamente al propietario (vi possessae) en manos de cualquiera en las que se encontrasen; los presentes de los magistrados en las provincias; los bienes del fisco, del príncipe y de los menores; los inmuebles de las iglesias y fundaciones; los bienes de la dote, y toda otra cosa sobre la cual estuviera prohibida la adquisición o la enajenación. En el derecho clásico además no eran bienes usucapibles las “res Mancipi” enajenadas por las mujeres sin la “auctoritas” del tutor.

Titulus. Era llamado más propiamente por los romanos “justa causa usucapionis”. Representaba la condición objetiva que era por si misma idónea para fundar el dominio, a no ser que hubiese intervenido una razón extrínseca, como la falta de forma o la adquisición “a non domino”. La causa justificativa de la posesión se indicaba con la partícula “pro” y la más antigua era aquella “pro emptore”, para las cosas compradas, a la cual se sumaron la “pro donato”, “pro dote”, “pro soluto”, “pro derelicto”, para los bienes recibidos a título de donación, de dote, de pago, de legado, o que habían sido abandonados por quien no era propietario. En el antiguo derecho cualquier ciudadano podía usucapir «pro herede» la cosa hereditaria que todavía no había sido poseída por el heredero; y en el derecho justiniano, cuando alguno por error se creía heredero o el heredero creía heredada una cosa ajena. En suma: el epígrafe “pro su” indicaba genéricamente la posesión por un justo título aunque no se hallase plenamente especificado.

Fides. Junto al elemento objetivo del justo título era necesaria la idea de no dañar con la propia posesión el derecho ajeno. Este elemento subjetivo, no exigido en la edad más antigua, es llamado “bona fides”. De aquí que se llamara “possessio bonae fidei” a la causa que conducía a la usucapion. Bastaba que existiese en el momento inicial de la posesión, y no ya por todo el tiempo de la adquisición (mala fides superveniens non nocet).

Possessio. Era la material determinación de la cosa con el ánimo de mantenerla como propia. Así, pues, no usucapían los que tenían la obligación de restituir la cosa, como el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el inquilino. Ella debía ser continua. La interrupción (usurpatio), aunque fuese momentánea, obligaba a comenzar el período de usucapion. El heredero, sin embargo, aunque comenzaba una nueva posesión, podía computar a los fines de la duración de la posesión aquel tiempo iniciado ya por el difunto (successio possessionis). A continuación se admite que también los adquirentes a título particular pudieran computar la posesión iniciada por el titular (accessio possessionis), toda vez que existiera buena fe en el momento de la adquisición. En el derecho justiniano la usucapion era interrumpida desde el comienzo de la litis promovida por el propietario.

Tempus. Era el período de tiempo que debía transcurrir para que tuviese lugar la adquisición, y del cual ya hemos especificado los términos. Sobre la base de la

prescripción a los treinta años de todas las acciones sancionadas por Teodosio II, Justiniano admite también una "praescriptio longissimi temporis", que prescindía de la "iusta causa", exigiendo tan sólo la buena fe inicial. Se cumplía por lo general a los treinta años y con ella se podía adquirir la propiedad de algunas cosas, por otra parte no usucapibles ("res furtivae", litigiosas, etc.).

B) MODOS DERIVATIVOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

A diferencia de cuanto sucede en el derecho moderno, en el derecho romano, al menos en toda la época clásica, la simple voluntad de las partes no era suficiente para transferir la propiedad entre vivos. De la voluntad podía nacer tan sólo una obligación para realizar la transferencia, como en el contrato de compraventa, pero para que la propiedad cesara en un titular y se consiguiera por otro era necesaria la realización de determinados actos, referidos a este fin, como en el derecho clásico, según la naturaleza particular de las cosas, eran la "mancipatio", la "in iure cessio" y la "traditio". Posteriormente quedó, sin embargo, solamente la «traditio», que llegó a ser el acto traslativo general para cualquier cosa.

Era principio general que "nemo plus iuris in alium tranferre potest quam ipse haberet". Así, pues, el enajenante debía por lo general ser el propietario de la cosa, pero también podía enajenar válidamente quien lo hiciera por voluntad del "dominus" (por ejemplo, el "procurator"), o por la facultad reconocida por el derecho y en los límites de ésta (por ejemplo, el tutor). En algunos casos, por el contrario, el propietario no puede vender por propia incapacidad (por ejemplo, los dementes, pródigos y pupilos) o por una prohibición de enajenación que grava la cosa en sí (por ejemplo, fundo dotal, cosas litigiosas).

1. "Mancipatio"

La "mancipatio" era un modo antiquísimo solemne y típico del "ius civile", para adquirir la propiedad de las "res mancipi" y reservado a quien le había sido concedido el "ius commercii". En la época clásica consistía en una ceremonia simbólica (imaginaria venditio), que se realizaba en presencia de cinco testigos y de un portador de la balanza, todos ellos ciudadanos romanos púberes. El adquirente (mancipio accipiens), ante la presencia de la cosa y del enajenante, teniendo en la mano un pedazo de bronce, pronunciaba una fórmula por la cual declaraba que la cosa era suya según el derecho de los quirites, habiéndola adquirido con aquel bronce y con aquella balanza. Así, pues, golpeaba la balanza con el pedazo de bronce y la daba en lugar del precio. Tal ceremonia se eleva a una época muy remota, en la cual la compraventa era la causa más común de transmisión del dominio y el bronce pesado (aes rude), a falta de moneda acuñada, era el único medio de cambio. En la época histórica llega a ser una formalidad abstracta que fue aplicada, con oportunas modificaciones en el formulario, más que para la adquisición de la propiedad a cualquier título (donación, dote, etc.), a muchos otros negocios diversos por su calidad y fin, como, por ejemplo, para la adquisición de la "manus" sobre la mujer mediante la

“coemptio”, la emancipación de los hijos, el testamento, la garantía y la extinción de una obligación, etc.

Si el enajenante era “dominus ex jure quiritium” al momento se transfería la propiedad, pero por otra parte él, para el cumplimiento de la usucapion en favor del adquirente, era considerado como garantizador (autorictas), para el caso de que un tercero pretendiera ser propietario de la cosa, y con la “aetio autorictatis”, era llamado a responder por el doble del precio.

A la «mancipatio» se pueden sumar contextualmente algunos pactos accesorios (leges mancipii) que, según el precepto de las XII Tablas «cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto», vinculaban a las partes como si fuesen de derecho (por ejemplo, detracción del usufructo). Sin embargo, en cuanto “actus legitimus”, no permitía ni términos ni condiciones.

La publicidad y la prueba eran aseguradas por la presencia de los testigos. Hacia el final de la república se acostumbraba a redactar un documento que tenía, sin embargo, mera función probatoria, en cuanto la ceremonia debía ser siempre realmente realizada.

En el siglo IV después de Cristo, la «mancipatio» desaparece junto a la distinción entre “res mancipi” y “nec mancipi”. En los textos clásicos utilizados por los compiladores justinianos su nombre es sistemáticamente substituido por el de “traditio”.

2. “In Jure Cessio”

La “in jure cessio” era un modo de adquisición de la propiedad consistente en un simulado proceso de reivindicación, realizado sobre el esquema de la antiquísima “legis actio sacramento in rem”, conocido acaso en la época de las XII Tablas. El adquirente y el enajenante se presentaban ante el tribunal (in iure), donde el primero, haciendo de actor, reivindicaba la cosa como si fuese suya, y el segundo no se oponía (cedere). A falta de contradicción, pues, el magistrado pronunciaba la “addictio” en favor del presunto reivindicante, que llegaba así a ser públicamente reconocido como efectivo propietario “ex iure quiritium”.

La “in jure cessio” era también un negocio solemne del “ius civile”, reservado a personas “sui iuris” que tuvieran el “commercium”; pero a diferencia de la “mancipatio” se aplicaba también a las “res nec mancipi”. Prácticamente era utilizada para la adquisición de las “res incorporales”, y así, pues, para la constitución de servidumbres, usufructo, etc., pero servía también para fines diversos (adopción, manumisión, transferencia de la tutela, etc.). Como “actus legitimus” no requería ni términos ni condiciones. Aún a finales del siglo III después de Cristo es utilizada, pero después desaparece. En los textos clásicos los compiladores justinianos sustituyeron el nombre de ella por el de “traditio”, o bien eliminaron las palabras “in jure”, dejando sólo la palabra “cessio” o cedere, que asumieron así el significado de transferencia.

3. “TRADITIO”

La “*traditio*” era un acto no formal, de derecho natural, que en la época clásica transmitía la propiedad sólo de las “*res nec mancipi*”. En el derecho justinianeo llegó a ser, sin embargo, un modo general de adquisición para cualquier cosa.

Ella consistía en la entrega de la cosa por el enajenante al adquirente, en base a una relación reconocida por el derecho como idónea para justificar la transferencia de la propiedad. Sus elementos eran por lo tanto el traslado de la posesión y la preexistencia de una causa justificativa, llamada “*justa causa traditionis*”, como, al igual que la venta, podía ser la donación, la dote, el pago, etc. Si faltaba o era “*iniusta*”, esto es: no reconocida por el derecho, como en las donaciones entre cónyuges, la propiedad no se transfería. La adquisición podía estar sumida a términos o condiciones suspensivas.

La toma de posesión fue por largo tiempo entendida en sentido material (*corporalis traditio*) - Para las cosas muebles era necesaria la efectiva transferencia de mano a mano; para las inmuebles, la entrada personal en el fundo o en la casa. Pero ya la jurisprudencia clásica introdujo en algunos casos algunas atenuaciones, de aquí el elemento espiritual, esto es: la voluntad de transferir y de adquirir que acabó, con frecuencia, por tener mayor importancia que la propia aprensión de la cosa. En el derecho justinianeo, preludivo al derecho moderno, se llegó a reconocer en otros casos el paso de la propiedad por mutuo consentimiento. La doctrina medieval reasumió unos y otros en la llamada “*traditio ficta*”, que, según la terminología de los intérpretes, comprende:

La “*traditio symbolica*”, esto es: la consigna de las llaves de un negocio como equivalente de la entrega de la mercancía;

La “*traditio longa manu*”, esto es: la indicación de la cosa a distancia.

La “*traditio brevi manu*”: cuando alguno, poseyendo la cosa por otro título (por ejemplo, usufructo), comenzaba con el consentimiento del propietario a poseerla como propia.

El “*constitutum possessorium*”: cuando, a la inversa, el propietario, con el consentimiento del adquirente, continuaba detentando la cosa en nombre de él bajo otro título.

Difundido el uso de la redacción de documentos para atestiguar la transferencia, se admite que la propia consignación (*traditio instrumentorum*) del documento sustituyera a la de la cosa, especialmente en las donaciones.

Para los bienes inmuebles, venidas a menos las exigencias de las antiguas formas solemnes, bajo la influencia provincial se afirmó siempre más la necesidad del acto escrito y de su inscripción en los archivos públicos (*insinuatio apud acta*), como tutela de las partes y de los terceros. Y es de esta formalidad de la que en el derecho justinianeo se hizo depender la adquisición de la propiedad inmobiliaria.

5. Pérdida De La Propiedad

Hacían perder la propiedad: la pérdida de la capacidad jurídica del sujeto; la disminución de la capacidad del objeto, si la cosa llegaba a hacerse intransferible

o si era destruida; la enajenación regularmente realizada; el paso legal de la cosa a otro propietario y el abandono.

Respecto a esta última se discutía entre Sabinianos y Proculyanos si la propiedad cesaba por el acto del abandono o en el momento por el cual los otros la adquirían por la ocupación. Justiniano recoge la primera solución. En el derecho justiniano, admitida la posibilidad de una propiedad temporal, ésta se perdía al finalizar el término o al venificarse la condición resolutoria (revoca reale). No se perdía por el contrario por prescripción extintiva.

6. Defensa De La Propiedad

El propietario normalmente es también poseedor de la cosa. Por este título en el derecho romano eran de su competencia los interdictos posesorios, para defenderse de todos los obstáculos que pudieran oponérsele al disfrute de su posesión.

Disponía así, pues, de numerosas acciones que le permitían defenderse de cualquier lesión o daño a su derecho.

La más típica y general acción de defensa de la propiedad que la distinguía de todo otro derecho, era la *“reivindicatio”*, esto es: la acción real y civil con la cual quien era propietario exigía el reconocimiento de su señorío frente a cualquiera que poseyese ilegítimamente la cosa, para que se la restituyesen o le pagaran el precio. La estructura de la *“reivindicatio”* sufrió varias transformaciones en el paso de las antiguas *“legis actiones”* al procedimiento del último período, pero mantiene siempre su carácter de acción ejercitable tan sólo por quien fuera propietario. En un principio se dirigía sólo contra quien detentaba la cosa, pero más tarde también contra quien hubiese dolosamente cesado de poseerla. Para conseguir que el demandado presentase la cosa *“in iure”*, cuando se había ocultado o agregado a otra, era necesaria la *“actio ad exhibendum”*, que tenía así, pues, función preparatoria. Si el demandado no se oponía a la reivindicación el magistrado consentía al actor el apoderarse de la cosa. Si sucedía lo contrario se llegaba a la *“litis contestatio”* y el actor debía dar pruebas de su derecho. Demostrado éste, si el demandado no restituía voluntariamente, se procedía a la *“litis aestimatio”*, mediante un juramento deferido al actor sobre el valor de la cosa (*ius iurandum in litem*), ya que dada la estructura del proceso clásico toda condena debía ser pecuniaria. Sólo en el procedimiento *“extra ordinem”* del último período se admite la condena sobre la cosa objeto de la controversia, con una relativa ejecución directa. Pero también en el sistema precedente el condenado podía liberarse restituyendo la cosa con todas las accesiones. El respondía, asimismo, de los frutos y de los daños, en diferente medida según que hubiera sido poseedor de buena o mala fe; siendo la condena más dura en el derecho justiniano. Por el contrario, el propietario debía resarcirlo por los gastos necesarios y útiles, también en diferente medida según que el poseedor hubiera sido de buena o mala fe; siendo el resarcimiento más cuantioso en el derecho justiniano.

Otra acción fundamental para la tutela de la propiedad era la “*actio negativa*” o “*negatoria*”, también civil, mediante la cual el propietario afirmaba la inexistencia de un derecho que otros pretendiesen ejercitar sobre la cosa (por lo general a título de servidumbre o usufructo). Bastaba, sin embargo, que el propietario probase su propiedad; mientras que le correspondía al demandado demostrar el fundamento de su pretensión. Si esta demostración no tenía éxito, el propietario podía exigir que fuese garantizada para el futuro mediante una “*cautio de amplius non turbando*”.

Aún más fuerte que la *tactio negativa*” era la “*actio exhibitoria*”, acaso justiniana, con la cual el propietario afirmaba la propia facultad de prohibir a otros el ejercicio de un derecho sobre la cosa.

Contra las pequeñas perturbaciones de la propiedad, especialmente determinadas por las relaciones de vecindad, correspondían al propietario otros medios, esto es:

- a) La «*operis novi nunciatio*”, o denuncia de obra nueva, probablemente de origen civil, pero largamente reelaborada por el pretor, la cual podía ser ejercitada por cualquiera que considerara tener derecho para oponerse (*ius prohibendi*) a que fuese conducida a término una obra nueva, bien que fuera ésta una construcción o una demolición, considerada lesiva o perjudicial para el propio interés. Consistía en un acto extrajudicial realizado con una intimidación formal sobre el lugar del trabajo (*in re praesenti*). A ello debía seguirle la demostración judicial del derecho. El “*nuntiatus*” debía en este tiempo interrumpir la obra, salvo que el pretor le concediese la facultad de continuarla bajo garantía de remoción para el caso en que el «*nuntiatus*” llegara a probar su pretensión.
- b) b.) La “*cautio damni infecti*”. Es un instituto pretorio, con dudosos orígenes civiles. El propietario de un fundo que temía por un daño que todavía no había acaecido (*infectum*) a causa de un edificio en ruinas en el fundo contiguo o por trabajos en él realizados, podía dirigirse al pretor, para obtener que el propietario del edificio o quien realizaba el trabajo se obligara con una promesa solemne (*cautio*) de resarcir el daño si éste se verificaba. Si el vecino se negaba a hacer la promesa, el pretor otorgaba al requirente la posesión del inmueble (*missio in possessionem ex primo decreto*), y si después de un año la promesa no se había hecho, confirmaba la posesión “*ex secundo decreto*” que constituía “*justa causa usucapionis*”, y, aún, un caso de propiedad pretoria. Con Justiniano esta posesión se cambió en dominio.
- c) El “*interdictum quod vi aut clam*”. Era un medio pretorio que tendía a obtener en el plazo de un año la remoción de obras que uno mismo sobre el suelo propio o ajeno hubiera realizado ilícitamente contra la prohibición del interesado (*vi*) o a ocultas (*clam*).
- d) La “*actio aquae pluviae arcendae*”. Era una acción civil, ya conocida por las XII Tablas y con posterioridad muy extendida, especialmente en el derecho justiniáneo, que competía al propietario de un fundo para regular el régimen de las aguas de lluvias provenientes del fundo vecino.

- e) La “*actio finium regundorum*” Era en el derecho justiniano una acción para obtener entre vecinos la regulación de los confines que se hubieran borrado o fueran objeto de litigio. El juicio tenía carácter divisorio y finalizaba con la “*adiudicatio*”, que en este caso, sin embargo, era tan sólo declarativa.

Para la tutela de la propiedad provincial, hasta cuando ella desapareció, se van adaptando oportunamente las acciones civiles que competían exclusivamente al “*dominus*” quirritario. Así, el poseedor de un fundo estipendiario o tributario, tenía una “*actio in rem*”, análoga a la “*reivindicatio*”.

Para la tutela de la propiedad pretoria es, sin embargo, creada, como se ha dicho, la “*actio publiciana*”, esto es: una acción real pretoria que era en sustancia una “*reivindicatio*” basada sobre el presupuesto ficticio de que el poseedor “*ex iusta causa*” hubiese ya usucapido la cosa.

En el derecho justiniano fueron concebidas diversas formas de la «*reivindicatio*» para la tutela de algunas obligaciones que tenían eficacia real, principalmente para regular la revocación del dómimo.

7. Las Servidumbres

Para los clásicos eran servidumbres sólo las limitaciones de la libertad de un fundo en favor de otro. En el derecho justiniano esta noción es ampliada hasta llegar a comprender, más allá de algunas limitaciones legales, otros derechos sobre cosa ajena, dispuestos no ya en beneficio de un fundo (*praedium*), sino en favor de una persona. Por tanto los compiladores justinianos, alterando los textos clásicos, distinguieron las “*servitutes*” en dos categorías y calificaron de “*servitutes praediorum*” o “*rerum*” las verdaderas y antiguas servidumbres y llamaron “*servitutes personarum*” al usufructo y a los derechos análogos de uso, habitación y obra, que para los clásicos habían sido figuras autónomas de derechos reales sobre cosas ajenas.

Llegaron así a ser comunes a ambas categorías algunas reglas que habían sido acuñadas bien para las unas o bien para las otras:

- a) “*Nemeni res sua servit*”. Establecida para las servidumbres prediales, expresaba el principio de que no podía existir una servidumbre en favor del propietario de la cosa, porque ella ejercitaba cualquier facultad «*iure domini*». De ésta derivó, como veremos, la extinción de la servidumbre por confusión.
- b) “*Servitus in faciendo consistere nequit*”. También establecida para las servidumbres prediales, expresaba el principio —absolutamente fundamental— de que el deber del propietario de la cosa gravada por la servidumbre podía consistir sólo en ~ permitir una actividad ajena sobre la cosa (*pati*) o en la abstención del ejercicio de determinadas facultades (*non facere*). Si, en efecto, la persona del propietario hubiera sido obligada a un comportamiento activo se hubiera dado no un derecho real sobre la cosa, sino un derecho de crédito en favor de él.

- c) o) “*Servitus servitutis esse non potest*”. En un principio la máxima hablaba de “*fructus servitutis*” y expresaba la imposibilidad de establecer un usufructo sobre una servidumbre. La generalización fue debida al derecho justiniano.

A) *Las Servidumbres Prediales*

Las servidumbres prediales eran derechos reales sobre cosa ajena, consistentes en la sujeción permanente de un fundo, llamado sirviente, en beneficio de otro fundo, llamado domillante. Eran consideradas inherentes a los fundos y de ellas inseparables; así que, una vez constituidas, si no intervenía una causa extintiva, subsistían independientemente de la sucesión de diversas personas en la propiedad de los fundos. Cualquiera que fuese propietario del fundo dominante o del sirviente, era, en cuanto tal, titular o gravado de la servidumbre, la cual se transmitía, activa y pasivamente, con el fundo mismo. En cuanto constituidas para beneficio no de una persona sino de un fundo, las servidumbres podían ser ejercidas sólo en los límites de la utilidad objetiva de éste. Eran indivisibles, debían tener una causa perpetua y no podían estar (al menos en el derecho clásico) constituidas para un tiempo determinado o bajo condición. Su ejercicio debía ser posible, lo que a menudo exigía la contigüidad o la vecindad de los fundos.

Las servidumbres romanas eran típicas, esto es, respondían a tipos fijos, cuyo número fue poco a poco aumentando pero que tan sólo en algunos aspectos accesorios podían ser modificadas por la voluntad de las partes (*modus servitutis*).

Los tipos más antiguos fueron las servidumbres de paso (*iura itinerum*, consideradas como *iter*, *actus* y *via*), y de acueducto, cosas que eran catalogadas entre las «*res mancipi*». Pero cuando surgieron nuevas figuras, ellas fueron, sin embargo, consideradas como “*nec mancipi*”. En la época clásica fueron agrupadas en «*servitutes praediorum rusticorum*» y «*servitutes praediorum urbanorum*», pero el criterio distintivo, fundamentado sobre la naturaleza de la relación jurídica, no fue siempre claro del todo.

Se consideraban entre las *rústicas*, además de las cuatro arriba señaladas, las servidumbres de tomar agua (*s. aquae faustus*); de pasto (*s. pecoris pascendi*); de abrevadero (*s. peconis aquam adpulsus*); de cocer la cal y de extraer arcilla o arena para las necesidades del fundo dominante (*s. calcis coquendae*, *s. cretae exlminendae*, *e. harenae fodiendae*).

Se consideran entre las servidumbres *urbanas*: las que regulan la salida de las aguas de la lluvia y los desagües (*iura stillicidiorum*), como las *servitus cloacae*; las de sostén y de alero (*iura panietum*), y las que tenían como fin asegurar luces y vistas (*iura luminum*), como la “*servitute altius non tollendi*”.

Las servidumbres prediales se constituían: por la voluntad de los propietarios de los predios; por disposiciones de última voluntad; por adjudicaciones y por prescripciones adquisitivas.

En toda la época clásica, para los predios situados en suelo itálico era necesario un hecho expreso y formal: la “mancipatio” o la “in iure cessio” para las servidumbres “in mancipi”, y la «in iure cessio” para todas las demás. La constitución podía hacerse también por el acto civil de la enajenación de un predio, mediante la “deductio”, esto es: la reserva de la servidumbre en favor del enajenante. Para los predios provinciales, que no exigían de los modos civiles, se suplió ésta mediante pactos seguidos de estipulaciones (pactiones et stipulationes), que después fueron en el derecho postclásico, desaparecidas las formas solemnes y la distinción entre pro. piedad itálica y provincial, el modo general de constitución de cualquier servidumbre. En el derecho justiniano se acabó, en efecto, por admitir que el consentimiento tácito (patientia) al disfrute de la servidumbre era suficiente para constituirla.

Por disposición de última voluntad el testador podía imponer válidamente servidumbres entre los predios dejados a los herederos o legatarios diversos. En el derecho justiniano, también sin disposición expresa se reconoce como título constitutivo el estado de dependencia eventual existente entre predios diversos antes de la muerte del único propietario.

Por adjudicación en los juicios divisorios «communi dividundo” y, el juez podía, cuando fuera necesario, constituir una servidumbre entre los predios resultantes de la división.

Antiguamente las servidumbres “mancipi” podían ser, acaso porque eran consideradas corporales, usucapidas; pero esto fue prohibido por una “lex Scribonia” del final de la república, y hasta que no se extendió el concepto de posesión, aun a las cosas incorporeales, las servidumbres no pudieron constituirse “usu”. En el derecho justiniano, reconocida plenamente la “possessio” de los derechos, se admite que las servidumbres pudieran adquirirse igualmente por “longi temporis praescriptio”, mediante el disfrute tenido durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Acción típica de defensa de las servidumbres era la “vindicatio servitutis”, llamada por Justiniano “actio confessoria”, en contraposición a la “actio negatoria”. Referíase al propietario del, predio dominante, pero fue extendida aún al enfiteuta, al superficiario y al acreedor pignoraticio. Era ejercida sólo contra el propietario del predio sirviente y tendía al reconocimiento de la servidumbre. Para la tutela de las servidumbre podían ser utilizados también numerosos interdictos que el pretor concedía para regular la relación entre diferentes predios, en especial en materia de paso y de agua.

En el derecho justiniano se admite también la constitución de servidumbres prediales en favor no ya de un predio, sino de una persona, llamadas por esto “servitutes personales” o también, por los modernos, servidumbres irregulares.

B) El Usufructo Y Los Derechos Antigos

El usufructo (*usus fructus*) era un derecho real consistente en la facultad de usar de una cosa ajena y percibir todos los frutos, sin cambiar la estructura y función económica de ella (*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*).

Podía constituirse indiferentemente sobre cosas muebles o inmuebles, con tal de que fuesen inconsumibles.

Este instituto, en un principio, había tenido función alimenticia, y así, pues, a diferencia de las servidumbres prediales, era constituido en favor de una persona (en el derecho justiniano también de personas jurídicas), llamada “*fructuarius*” o «*usufructuarius*”.

El propietario de la cosa gravada por el usufructo (*dominus proprietatis*) conservaba sobre ella la “*nuda proprietatis*”, que podía ser por él, asimismo, enajenada sin que ello variase el derecho del usufructuario. Este, sin embargo, aun teniendo la plena disponibilidad material de la cosa (*ius in corpore*), era considerado como simple detentador y, por lo tanto, no podía nunca adquirir la propiedad por usucapión.

El derecho del usufructuario (a veces concebido como “*pare dominii*”) comprendía todo posible goce que fuese compatible con el derecho del propietario de que la cosa no fuese destruida o transformada. El usufructuario no podía enajenar su derecho, pero a él le estaba permitido el ceder a otros el ejercicio. Debía procurar la conservación ordinaria de la cosa y sólo en el derecho justiniano le fue concedida la facultad de realizar innovaciones para mejorar el rédito.

El usufructuario adquiría los frutos naturales con la percepción y los civiles a medida que devengaban. Cuanto excedía del concepto de “*fructus*” (y así, pues, los hijos de la esclava, las accesiones, etc.) correspondía al propietario.

El usufructo era constituido, por lo general, por el legado. A él le fueron más tarde asimiladas también las formas de constitución de las servidumbres prediales, esto es, en el derecho clásico, la adjudicación y la “*deductio*” en el momento de la enajenación de la cosa, y en el derecho justiniano, aún también, cualquier acuerdo tácito. En algunos casos era dispuesto por la ley (por ejemplo, en favor del “*pater*” sobre el *peculio adventicio*).

El propietario podía constreñir al usufructuario a prometerle solemnemente usar de la cosa “*vir bonus*” y restituirla al cesar del usufructo en las mismas condiciones en las cuales la había recibido (*cautio usufructuaria*).

Para la defensa del usufructuario existía una “*actio in rem*”, llamada por los clásicos “*vindicatio*” (o *petitio usufructus*), análoga a la “*vindicatio servitutis*”. El ejercicio de hecho era tutelado por algunos interdictos.

Como derecho constituido en favor de una persona el usufructo se extinguía principalmente con la muerte del usufructuario o su “capitis deminutio”, (máxima y media en el derecho justiniano, aunque mínima en el derecho clásico), siempre que no hubiera sido fijado un plazo más corto. Para las personas jurídicas no podía durar más de cien años. Se extinguía asimismo: por renuncia, por destrucción o transformación de la cosa, por finalizar el término o realizarse la condición resolutoria, por el “non usus” y, en suma, por la “consolidatio”, esto es: cuando el usufructuario adquiría la propiedad de la cosa.

En el principio de la edad imperial, en contraposición con la esencia del instituto, pero por razones prácticas, se admite también una forma especial de usufructo sobre cosas inconsumibles, llamado “*quasi usufructuas*”. El quasi usufructuario adquiría la propiedad de las cosas consumibles, obligándose con la “cautio” a restituir al final de la relación una cantidad igual y del mismo género de las cosas recibidas.

Identificados con el usufructo, con el cual, sin embargo, presentan variantes, tenemos los derechos de uso, habitación y obra.

El “*usus*”, en principio, era el derecho real de usar de una cosa ajena sin percibir los frutos (*uti potest, fruī non potest*). Más tarde se le reconoce al usuario la facultad de hacer suyos aquella cantidad de frutos que le fuesen necesarios a él y a su familia; y hasta tratándose del “*usus*” de una casa, de poner en alquiler las estancias sobrantes. Se constituía y extinguía como el usufructo.

La “*habitationis*”, fue configurada como figura autónoma sólo por Justiniano, confundiéndose antes con el uso o el usufructo. Consistía en el derecho real de habitar una casa o darla en alquiler. No se extinguía por el no uso ni la “*capitis deminutio*”.

Las “*operae*”, se distinguían en obras de los esclavos y obras de los animales y consistían en el derecho de obtener ventajas de las unas y de las otras, sirviéndose de ellas directamente o dándolas en arrendamiento. Eran constituidas, por lo general, por el legado, y en derecho clásico era punto discutido si se trataba de usufructo o de uso. Justiniano llegó a hacer de ella una figura autónoma de derecho real.

Hipótesis inversa al “*nana*” era la del «*fructus sine usu*», esto es: el derecho de percibir los frutos sin usar de la cosa. Repudiada como imposible por los clásicos, es admitida por los justinianos, que concedieron un «*uti*” limitado a la exigencia del «*fruti*”.

8. La Enfiteusis Y La Superficie

La enfiteusis y la superficie son dos institutos que tuvieron origen y desarrollo diversos, pero que presentan notables analogías de estructura y funciones en el derecho justiniano, donde se realiza su total evolución. Inspirados ambos en la superación de la concepción clásica del dominio, son considerados derechos

reales que limitan un derecho de propiedad ajena y así, pues, «jura in re aliena», pero, al mismo tiempo, pueden ser concebidos como casos de propiedad limitada.

A), *Enfiteusis*

La enfiteusis es un instituto que tiene origen griego, pero también notables rasgos romanos de la "possessio" del "ager publicus" y especialmente en la "locatio" del "ager vectigalis", esto es: de los terrenos "municipia" o "coloniae" que eran concedidos a particulares tras el pago de un respectivo canon (vectigal). El derecho del concesionario era transmisible a los herederos y tutelado por una acción real análoga a la "rei vindicatio", llamada "actio in rem vectigalium". Los poseedores llegaron así, pues, a ser titulares de un derecho real en parte análogo a la posesión de los predios estipendiados y tributarios, con los cuales por otra parte no se confunden. Entretanto, a partir del siglo iv después de Cristo, se difunde en las provincias orientales, bajo el impulso de exigencias económicas, el uso de conceder, en un principio sobre las tierras de dominio de los emperadores y más tarde, también sobre las tierras privadas, derechos de goce más o menos perpetuos íus perpetuum y ius emphvteuticanium, aunque este último llegó a desaparecer), por los cuales los concesionarios pagaban una anualidad respectiva canon y se obligaban al mejoramiento de los terrenos. Se discutía, al igual que por los "aeni vectigales", si se trataba de arrendamiento o venta. Una célebre constitución del emperador Zenon aproximadamente del año 480, eliminó la cuestión, estableciendo que el contrato de enfiteusis no era ni arrendamiento ni venta, sino que tenía estructura propia. Justiniano, en suma, fundió la enfiteusis con la "locatio" de los "aeni vectigales",.

En el derecho iustiniano la enfiteusis es un derecho real, enajenable y hereditario ene atribuye el pleno disfrute de un predio con la obligación de no deteriorarlo y de pagar un canon anual invariable.

El enfiteuta podía enajenar a toda persona idónea y solvente y debía denunciar al propietario toda transferencia que no fuese por herencia a fin de que éste pudiera elegir entre el ejercicio de un derecho de prelación en las mismas condiciones o un porcentaje a su favor del dos por ciento sobre el precio o valor de la enfiteusis (laudemum).

El derecho se constituía por contrato; por acto de última voluntad (legado o donación «mortis causa»); acaso por adjudicación y usucapión. Era esencialmente perpetuo pero podía estar sometido a término o a condición resolutoria.

Como tutela de sus derechos el enfiteuta tenía normalmente todas las acciones competentes del propietario, pero no la protección interdictal.

La enfiteusis cesaba:

- a) por la destrucción del predio; confusión de los sujetos; liberación renuncia; cumplimiento del término o realización de la condición: "non nene" a lo que le correspondía una "usucapio libertatis" y, en fin, por la pérdida de los

derechos. Ello sucedía: por el deterioro grave del predio: por no haber cumplido la obligación que tenía de notificar la enajenación llevada a cabo y por la falta del pago del canon por tres años consecutivos (dos para los fundos eclesiásticos).

B.- Superficie

Según el "ius civile" del derecho del propietario se extendía "iure accessionis" a todo lo que era erigido sobre el suelo (superficies solo cedit". Sin embargo, bien pronto por las exigencias de la urbanización se llegó a reconocer, en un principio sobre el suelo público, después sobre el privado, la posibilidad de conceder a otros el derecho de construir por sus propios medios y disfrutar por cierto tiempo o a perpetuidad del edificio, tras el pago correspondiente, que podía ser anual o único. La propiedad del edificio correspondía, sin embargo, al propietario del suelo y el concesionario y sus herederos tenían tan sólo el derecho de usar en base a la relación que era generalmente considerada un arrendamiento del suelo o una venta del derecho de disfrute, por lo que las acciones ejecutables entre el «dominus soli" y el "conductor" eran tan sólo personales. A continuación, cuando el pretor protege al arrendatario de la superficie con un interdicto posesorio de "superficibus" (y acaso también con una acción real), comenzó la transformación del derecho del arrendatario, el cual antes que titular de un derecho de obligación va siendo considerado como titular de un derecho real. Se discute si la tutela real de la superficie, esto es, la "actio in rem" mencionada en el Digesto, era clásica o justiniana. Con todo ello, es tan sólo en el derecho justiniano donde tal instituto se determinó específicamente, aunque manteniendo algunos puntos inciertos.

Las "superficies" (de super facere), es considerada,., como un derecho real enajenable a los herederos, que atribuía al titular la facultad de construir sobre el predio o edificio ajeno y de gozar de la construcción, corrientemente tras el pago de una respectiva anualidad (solarium).

La superficie aparece, pues, como entidad distinta del suelo, al cual ella le pava de manera análoga a una servidumbre, mientras la posición del superficiario se asemeja a la del propietario. A él le fueron extendidas activa y pasivamente las acciones y los remedios que correspondían a los propietarios o eran ejercitables contra ellos por las relaciones de vecindad.

La superficie se constituía: por legado; por adjudicación; por usucapion y especialmente por «traditio" o, acaso también, por simple convención.

Era susceptible de ser condicionada a término o condición resolutoria. Una vez constituida podía ser transferida por herencia o por «traditio". El superficiario podía usar personalmente del edificio o darlo bajo cualquier titulo en disfrute a otros; conseguirle o imponerles servidumbres; gravarlo con prenda o hipoteca; alterarlo y destruirlo.

El derecho de superficie se extinguía en general por las mismas causas de la enfiteusis, salvo, acaso, por la falta de pago del canon.

9. La Prenda Y La Hipoteca

La prenda y la hipoteca tenían en común la función de asegurar, mediante la preconstitución de un derecho real sobre la cosa del deudor, el cumplimiento de una obligación que no había sido realizada a su tiempo. Al vínculo personal de la obligación y a las eventuales garantías personales se sumaba esta especial forma de garantía que recaía directamente sobre una cosa (*obligatio rei* o *res obligata*).

En contraposición a los derechos reales hasta aquí examinados, dirigidos a asegurar el disfrute de una cosa, la prenda y la hipoteca son llamados derechos reales de garantía.

La forma más antigua de garantía real "*ius civile*", había sido la fiducia que consistía en la transferencia al acreedor de la propiedad de una cosa del deudor mediante la "*mancipatio*" o la "*in iure cessio*". Un pacto regulaba la restitución de la cosa cuando hubiera sido satisfecha la deuda y el deudor cumplidor podía retenerla con la "*actio fiduciae*". Para tal instituto, que desaparece junto a las formas solemnes y no llegó nunca a dar vida a una nueva figura de derecho real, la cosa era transferida en propiedad, aunque por lo general permanecía en las manos del deudor a título de precario o de arrendamiento.

Derechos reales de nueva especie se dieron, por el contrario, con la prenda y más tarde con la hipoteca, con los cuales, aun sin transferencia de la propiedad, se creó un vínculo real en favor del acreedor.

En un principio la prenda consistía simplemente en la transferencia material (*datio pignoris*) de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor, el cual la detentaba hasta que su crédito no hubiera sido satisfecho.

Hacia el final de la república esta relación de hecho fue tutelada por el pretor, ora protegiendo la posesión del acreedor, ora dando al deudor una acción para la restitución de la cosa después de extinguida la obligación. Posteriormente se admite la constitución de la prenda por simple convención sin transmisión de la cosa (*conventio pignoris* o *pignus conventum*, que en época más tardía fue llamada *hypotheca*) -

Esta forma de constitución se afirmó desde un principio en el arrendamiento de los predios rústicos. Era corriente convenir que las cosas introducidas por el arrendatario para el cultivo (*invecta et illata*), constituyeran garantía del alquiler y el pretor concedió al arrendador adeudado la facultad de tomar la posesión con el "*interdictum Salvianum*" y de recuperarla frente al tercero con la "*actio Serviana*". Esta acción fue más tarde extendida a cualquier constitución en garantía («*actio quasi Serviana*», llamada también "*hypothecaria*" o "*pignoraticia in rem*"), ya sea en caso de la "*datio*" como de la «*conventio pignoris*», y de aquí que prenda e

hipoteca llegaron a ser derechos reales que el acreedor podía hacer valer "erga omnes".

Prácticamente la única diferencia entre la prenda y la hipoteca era aquella por la cual en la primera el acreedor obtenía rápidamente la posesión de la cosa, y en la segunda al momento del eventual incumplimiento, lo que la hacía particularmente apta como garantía sobre los inmuebles.

En su estructura pretoria la prenda y la hipoteca representaban tan sólo un "ius possidendi", actual o en potencia, en favor del acreedor, el cual adquiría el derecho de poseer la cosa hasta que no hubiese sido satisfecha la deuda, pero no la de hacerla propia o de venderla en caso de incumplimiento. Para tal fin fue necesario durante mucho tiempo el consentimiento del deudor determinado en pactos especiales, llamados, respectivamente, "pactum commissorium" y "pactum de distrahendo pignore". Este último, desde la edad de los Severos, es considerado implícito en toda constitución de garantía, salvo pacto en contrario. Más tarde, Constantino prohibió el pacto comisorio como demasiado gravoso para el deudor, mientras Justiniano acabó por considerar el derecho de venta (ius distrahendi) como un elemento esencial e inderogable de la relación.

La prenda y la hipoteca eran derechos accesorios que presuponían un crédito civil o natural, aunque condicionado a término o condición que garantizar.

Se podía dar en prenda e hipoteca toda cosa enajenable, corporal o incorporeal, presente o futura, y aún estaba permitida la prenda de crédito (pignus nominis) y la prenda de prenda (subpignus), que eran en realidad formas de cesión del crédito y del derecho de prenda. Se podía también constituir en garantía una "universitas rerum", como un rebaño y la totalidad del patrimonio.

Tanto el derecho de prenda como la hipoteca eran indivisibles y se extendían a todas las accesiones de la cosa.

La prenda y la hipoteca se constituían por la voluntad privada; por la disposición del magistrado o por las leyes.

Por la voluntad privada se constituían mediante la convención, sin formalidad alguna, o bien, principalmente tratándose de la hipoteca, también por el legado. Podía ser hecha por el deudor o por un tercero a su favor. En el derecho post-clásico se difundió el uso de hacer constar la constitución de ellas en un documento escrito que era inserto en las actas de un magistrado (apud gesta). Tal forma no era obligatoria, pero la prenda así constituida, que se llama "publicum", gozaba de particulares privilegios, los cuales se vieron extendidos en el derecho justiniano al acto escrito firmado por tres testigos, por el cual tomaba vida una prenda «quasi publicum».

Por la disposición del magistrado, la prenda se constituía en el caso de que se fuese a dictar una sentencia (pignus in causa iudicati captum). En el derecho

justiniano también la "missio in possessionem" fue considerada como "praetorium pignus" o prenda judicial.

La constitución por ley (pignus tacitum o hypotheca tácita), se desarrolló particularmente en el derecho postclásico y, en general, vinculaba a todo el patrimonio del deudor (por ejemplo, en favor del fisco por los impuestos, de la mujer sobre los bienes del marido por la dote, de los pupilos sobre los bienes de los tutores, etc.).

El acreedor pignoraticio no tenía derecho a usar de la cosa sin el consentimiento del pignorante; si así lo ejercitaba cometía "furtum". Si se trataba de cosas fructíferas adquiría los frutos con la "perceptio", pero debía cargarlos en la cuenta de los intereses y capitales. La propiedad le correspondía al pignorante, que podía válidamente enajenar la cosa.

Satisfecho el crédito, la prenda debía ser restituida al propietario. El emperador Gordiano en el 239 *¿*1. de C.. estableció, sin embargo, un "ius retentionis" en favor del acreedor que tuviera otros créditos no garantizados (prenda gordiana).

En el caso de incumplimiento el acreedor podía apoderarse de la cosa, si no la tenía va en sus manos y, después de dos años de la intimidación hecha al deudor venderla restituyendo el sobreprecio . Si no encontraba comprador, podía, después de una última intimidación, adjudicársela , pero con la obligación de restituir el sobre precio de la estima judicial y dejando al deudor la facultad de poder rescatarla en el plazo de dos años.

En la prenda la consigna material de la cosa excluía que ella pudiera corresponder a más acreedores; ello no ocurre en la hipoteca. Se aplicaba entonces la regla "prior in tempore posteriore in iure", por la cual el segundo garantizado podía hacer valer sus derechos sólo después de que hubiese sido satisfecho el primero, el tercero después del segundo y así sucesivamente.

Sin embargo, en el derecho justiniano, la hipoteca resultante de un acto público o firmado por tres testigos prevalecía con respecto a las otras. Existían también algunas otras causas de prioridad legales.

La prenda y la hipoteca se extinguían normalmente con la total extinción de la obligación o con la venta de la cosa. Igualmente por la destrucción de ella y por la confusión de los sujetos; venta de la cosa por parte del primer acreedor; renuncia expresa o tácita (restitución de la cosa); prescripción adquisitiva en favor del adquirente de buena fe.

10. La Posesión

El ejercicio de hecho de un poder sobre la cosa será llamado por los romanos "possessio", de «potis sedeo». En la época arcaica este ejercicio era también calificado como "usus" y parece que este término indicaba una noción más amplia, con referencia a cualquier otro poder.

La posesión es esencialmente una relación de hecho, con la cual, sin embargo, se conjugan algunas determinadas consecuencias jurídicas y cuya existencia es por lo tanto regulada por el derecho. Bajo este aspecto es así, pues, una relación jurídica.

Corrientemente propiedad y posesión están reunidas en la misma persona, de aquí que la posesión haya sido considerada como imagen exterior y posición de hecho de la propiedad.

Pero la propiedad puede encontrarse desunida de la posesión y la posesión de la propiedad. Por ello los romanos consideran a la propiedad y a la posesión como entidades conceptualmente distintas (*nihil commune habet proprietas cum possessiones*); y calificaban a la primera como “*res iuris*”, mientras que a la segunda la llamaban “*res facti*”, en cuanto presuponía una relación de hecho con la cosa, en la cual el elemento material de la detentación era considerado en primer plano respecto al *substratum* jurídico.

En efecto; en algunos casos el ordenamiento jurídico protegía a la posesión independientemente de la propiedad, consideraba, esto es: el estado de hecho prescindiendo del estado de derecho y así, pues, aun en contra de éste. Cuando se hablaba de posesión se hacía abstracción del derecho de poseer.

La tutela de la posesión, que es tutela de la paz social, se afirmó en época muy antigua, probablemente para la defensa de los poseedores” del “*ager publicus*”, y fue plasmada y desarrollada por el pretor, con la idea de impedir las arbitrarias perturbaciones del estado de hecho, debiendo cada uno conseguir el reconocimiento de sus propias pretensiones por vía judicial. Ella representó así, pues, una progresiva reducción de la defensa privada, que fue eliminada del todo en el derecho justiniano, salvo que fuera para defenderse de una violencia momentánea.

No toda posesión disfrutaba, sin embargo, de la misma protección; antes bien, existían situaciones en las cuales ésta desaparecía. Para que la protección fuera acordada era necesario que el poseedor de la cosa tuviese intención de tenerla como propia (*animus res sibi habendi, animus possidendi*).

Si esta intención faltaba se tenía la pura y simple detentación que los romanos llamaban “*possessio naturalis*” o “*corporalis*”. Casos típicos de simple detentación eran las situaciones en que se encontraban aquellos que hubieran recibido la cosa en arriendo, comodato o depósito. La posesión del detentador no disfrutaba de protección pretoria. Se consideraron como excepciones en el derecho clásico la posesión del acreedor pignoraticio, la del depositario de lo embargado y la del precarista, la cosa para un disfrute y que era en cualquier momento revocable); y en el derecho justiniano la posesión del usufructuario, del superficiario y del enfiteuta. En estos casos, en efecto, aunque era en rigor sólo una simple detentación sin intención de tener la cosa como propia, por razones históricas y prácticas, le es dada la protección de defensa contra los terceros.

La “*possessio*” propiamente dicha se tenía cuando alguno, además de detentar la cosa no importa la forma a través de la cual la hubiere obtenido, se comportaba frente a ella como propietario. Esta «*possessio*” se llamaba «*iusta*” si el poseedor no la había adquirido en su relación con el adversario por la violencia, clandestinamente o por concesión precaria (*nec vi nec clan nec praecario*); si la había conseguido de otra manera era “*injusta*” o “*vitiosa*”. Pero no obstante aunque fuese «*niusta*”, tenía su protección frente a terceros porque la posesión era tutelada por sí misma, haciendo abstracción del derecho de poseer. En este sentido la tutela posesoria se extendía también al ladrón y al ratero, en cuanto ella no estaba subordinada a la demostración de un justo título.

La “*possessio*” tutelada por el pretor se calificó por los antiguos intérpretes como “*possessio ad interdicta*”, y cuando estaba fundada sobre una “*iusta causa*” como “*possessio civilis*”.

La “*possessio civilis*” disfrutaba al máximo de la protección, porque no sólo estaba tutelada por los interdictos, sino aun por la “*actio publiciana*”, y por medio de la usucapión terminaba por transformarse en propiedad. Por ello es llamada por los intérpretes “*possessio ad usucapionem*” y en cuanto la usucapio exigía la buena fe era llamada también “*possaessio bonae fidei*”.

Pero –repetimos– la “*possessio*” en cuanto relación de hecho era protegida independientemente de la existencia de una causa justificativa, que podía ser necesaria para que de la posesión nacieran ulteriores acciones y efectos (por ejemplo la “*actio publiciana*” y la «usucapión”), pero no para obtener la protección interdictal, que era exigida en consideración del estado de hecho y solamente por él.

Los requisitos para la adquisición de la posesión eran, por una parte: un elemento material, esto es, la relación física con la cosa (*possessio corpore*), y por otra: un elemento espiritual, esto es, la intención de tener la cosa como propia (*animus possidendi*). Ambos requisitos debían concurrir, ya que cualquiera de los dos por sí mismos eran insuficientes para determinar el estado de hecho que el pretor tutelaba. Este elemento material fue en un principio entendido en *un* sentido realista (*corpore et tactu*), pero desde la edad clásica se comenzó a admitir, y desde entonces más profusamente, que él se daba en tanto que la cosa se encontrara a disposición de aquel que intentaba poseerla, análogamente a cuanto ya hemos visto para la “*traditio*”.

En cuanto a la necesidad del elemento espiritual, llevaba como consecuencia que no pudieran adquirir la posesión ni los dementes ni los menores.

La posesión podía tener lugar también por medio de intermediarios, como los «*filiifamilias*”, los propios esclavos y los procuradores y, al menos en el derecho justinianeo, también por cualquier persona extraña y libre. Pero en general era necesaria la “*scientia*” de la persona en favor de la cual se realizaba la adquisición, o cuando menos su ratificación.

La cosa debía tener una individualidad propia y ser objeto del comercio. Dados los requisitos necesarios para su nacimiento, toda posesión se configuraba como una adquisición originaria, aunque la cosa fuese transmitida a otro a través de la tradición o sucesión; así, por ejemplo, el heredero para llegar a ser poseedor de las cosas heredadas debía tomar posesión “ex novo”.

La doble exigencia del elemento material y espiritual era necesaria para la conservación de la posesión; de aquí que se perdiera al mantenerse sólo uno de los dos elementos. Sin embargo, no se tardó mucho en admitir que ella podía ser conservada aun sin la relación material con la cosa. Bastó en un principio que cualquier tercero la detentase “nostro nomine”, como el arrendatario o el depositario. Más tarde, ya en el derecho clásico, se admite que ella podía ser retenida solo animo, cuando la “*possessio corpore*” era momentáneamente impedida. Tal principio se va extendiendo tanto, que, en el derecho justiniano la base realista de la posesión puede decirse que se abandona. La posesión, por otra parte, se perdía por la muerte del poseedor y por la pérdida de la capacidad del objeto y del sujeto.

La defensa de la posesión queda determinada en el derecho clásico mediante los “interdicta”, esto es: órdenes provisionales que el pretor daba sobre la petición del interesado en base al presupuesto de que fuesen verdaderas las circunstancias aducidas, salvo la posterior demostración de éstas en un juicio normal. En el derecho justiniano estos interdictos, aunque conservando su nombre, se transformaron en acciones pose. sonas.

Los interdictos se indicaban, por lo general, con. las palabras iniciales de cada uno y se dividían en dos categorías principales:

- A. “*Interdicta retinendae possessionis*”. Ellos defendían la posesión contra cualquier turbación o molestia realizada a quien poseía la cosa. En el derecho clásico eran dos: a) “*uti possidetis*”, para los inmuebles, que servía para mantener en la posesión actual a quien la hubiera conseguido “*ne vi ne clan nec praecario*” respecto al adversario; b) “*utrubi*”, para las cosas muebles, que otorgaba la posesión a quien la hubiese poseído “*nec vi nec clan nec praecario*” respecto al adversario por la mayor parte del último año.

Respecto a los terceros existía también la «vitiosa possessio». En el derecho justiniano substancialmente el “utrubi” era identificado al «*uti possidetis*», y no se exigía la duración máxima.

- B. “*Interdicta recuperandae possessionis*”. Defendía a aquel que había sido desprovisto violentamente de la posesión de un predio o de una casa (deiectio) - En el derecho clásico eran dos: a) “*de vi cottidiana*” y b) “*de vi armata*”, según que el despojo hubiera tenido lugar con simple violencia o a mano armada, en cuyo caso el que despojaba debía restituir siempre la cosa sin poder oponer la «*exceptio vitio possessioni*», aunque el despojado la hubiera tenido bajo la relación de “vi”, “clan” o «*praecario*”. En el derecho

justiniano esta “exceptio” es extendida a todo despojo y los dos interdictos son fundidos en un único interdicto .

Otros interdictos tutelaban situaciones particulares. Entre estos existían algunos llamados «adipiscendae possessionis”, que servían para adquirir la posesión que no se había tenido todavía, como para las cosas sobre las cuales se hubiera convenido la prenda (interdictum Salvianum).

Análogamente a la propiedad, que admitía el condominio, en la posesión se admitía la coposesión, esto es: que varias personas pudieran tener en común la posesión de una misma cosa por partes alieutas indivisas pero determinadas en la totalidad (certa pars pro indiviso).

En suma; se pone en relieve que la posesión, dada su estructura, no habría podido existir más que sobre cosas corporales. Sin embargo, en el derecho clásico, la tutela posesoria es extendida al ejercicio de hecho del usufructo y de algunas servidumbres.

En estos casos se hablaba de “*quasi possessio*”, que, sin embargo, era todavía concebida como posesión de las cosas al finalizar el ejercicio del usufructo o de la servidumbre, no como posesión del derecho relativo. Esta noción se va más adelante alterando en la edad clásica y justiniana, en las que se consideran a veces como objeto de posesión también a las “res incorporales”, esto es, a los derechos (possessio iuris). La génesis y los límites de esta especial figura de posesión son objeto de controversia.

Derechos De Obligaciones

NOCIONES GENERALES

1. Concepto De Obligación.-

La obligación era considerada por los romanos como un vínculo jurídico (vinculum iuris), por el cual una persona era constreñida a realizar una prestación en favor de otra . En la concepción primitiva este vínculo tenía carácter efectivo, como se desprende no sólo ya de la palabra “obligare” (de “ligare”), sino de toda la terminología correspondiente y principalmente de la forma más antigua de garantía, el “nexum”, que, como se verá, consistía en el sometimiento de la persona física del “obligatus”. Este era llamado “debitor” o también “reus”; mientras la persona que tenía derecho a exigir la prestación llamábase “creditor”.

Se discute si el origen de las obligaciones debe hallarse en la responsabilidad penal “ex delicto” o bien, como parece más probable, en un acuerdo (ex contractu). Como quiera que sea, es cierto que en un principio y por largo tiempo el “obligatus” respondía con la propia persona. Gradualmente se fue desarrollando, sin embargo, una concepción patrimonial de la obligación, hasta que se reconoce que sólo el patrimonio constituía la garantía del crédito (bona debitoris non corpus obnoxium esse) y que sólo contra el patrimonio, ya nunca más contra la persona, debía referirse el procedimiento ejecutivo. Esta evolución se había ya realizado al final de la república y conoció etapas anteriores la

abolición del “nexum” por la lex Poetelia” del año 326 a. de C., y así, pues, la introducción de la venta en bloque del patrimonio del deudor en caso de incumplimiento (bonorum venditio). Sin embargo, la ejecución judicial sobre la persona permanece siempre como subsidiaria, aun en el derecho justinianeo.

El concepto de “obligativo” se mantuvo así, pues, para significar la obligación jurídica que recae sobre un sujeto y sólo en sentido traslativo es usada la misma palabra para indicar el deber jurídico al cual él quedaba obligado, que más propiamente se llamaba “debitum”. El derecho del acreedor se indicaba con las palabras “creditum” .

La obligación jurídica se actuaba mediante la acción, que representaba el elemento dinámico y la posición avanzada de la obligación. A diferencia de la “actio in rem”, que tutelaba los derechos reales y era considerada “erga omnes”, para las obligaciones se tenía una “actio in personam”, contra una persona determinada, que era la del obligado.

La noción de “obligatio” permanece por largo tiempo circunscrita a las singulares figuras de las obligaciones típicas reconocidas por el antiguo “ius civile”, y tan sólo para ésta los clásicos, con un rigorismo estrecho, hablaban de “obligatus”. Sin embargo, así como junto a la propiedad quintana el pretor dio vida a algún nuevo tipo de propiedad como fue la propiedad «in bonis habere” o propiedad pretoria, así junto las obligaciones” de derecho civil el mismo pretor va poco a poco reconociendo y protegiendo una serie de relaciones en las cuales, aun no existiendo una verdadera y propia “obligatio”, él concedía igualmente una “actio”, no ya civil pero sí honoraria. Así, pues, estas relaciones, en las que no existía un “operere” sino tan sólo una “actione teneri” fueron en fin, consideradas como “obligationes”. La igualdad es completada en el derecho justinianeo, donde, sin embargo, precisamente por la equiparación que había tenido lugar, se quiere distinguir las “obligationes civiles” de las “obligationes praetoriae”, teniendo en cuenta el origen histórico diverso, el cual ya había perdido toda importancia práctica.

2. Objeto De Las Obligaciones

Llamase objeto de las obligaciones al acto que el deudor debe realizar en favor del acreedor y del cual éste puede pretender su cumplimiento. Según el esquema de la fórmula de la acción este objeto podía consistir en un “dare oportere”, esto es: en la obligación de transferir la propiedad u otro derecho sobre una cosa; en un “facere” o “non Lacere oportere”, esto es: en la obligación de cumplir o no cumplir cualquiera otra actividad no consistente en un “dare”; y, en fin, en un “praestare oportere” (de “prae stare”, estar garantizado), que indicaba en un principio la garantía, y más tarde la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación. Después “praestare” fue utilizado también en un sentido general tanto para el “dare” cuanto para el “acere”, de donde deriva el término para designar al objeto de la obligación.

Para que la obligación fuese válida la prestación debía tener determinados requisitos:

- a) “Esse possibile”, material y jurídicamente en el momento en el cual era contraída la obligación; de no ser así ésta era nula (impossibilium nulla obligatio est); la imposibilidad debía ser objetiva y absoluta.
- b) “Esse licita”, esto es, “non contra bonos mores”.
- c) “Esse determinata”, o determinable en base a elementos objetivos previstos desde el nacimiento de la obligación, como podía ser la voluntad (arbitrium) de un tercero. Por lo general así, pues, no podía ser dejada a la voluntad del acreedor o del deudor la determinación de su contenido, salvo en algunos negocios para los cuales se admite que una de las partes pudiera determinar según la equidad .
- d) “Presentar un interés”, para el acreedor, valorable en dinero.

Con referencia a la prestación las obligaciones podían ser, según la terminología de los intérpretes: simples, genéricas, alternativas, divisibles e indivisibles.

Simple: Eran las obligaciones que tenían por objeto la prestación de una cosa individualmente determinada (species), como tal esclavo o tal fundo. Si la cosa perecía por caso fortuito antes de la prestación, la obligación se extinguía (peremptio rei certae debitor liberatur).

Genéricas: Eran las obligaciones que tenían por objeto la prestación de una cosa determinada tan sólo en el género (genus), prescindiendo de su individualidad, como, por ejemplo, un esclavo cualquiera o también una cosa fungible. En tal caso la selección del objeto o de la calidad, si no había sido por otra parte convenida, correspondía al deudor. En el derecho justiniano éste no podía dar el objeto de peor calidad, al igual que si, por el contrario, la elección correspondía al acreedor, éste no podía exigir la mejor; así que se mantuvo el criterio de la especificación de una calidad media. Salvo que el “genus” no fuese muy restringido, valía para estas obligaciones el principio “genus perire non censetur”, así que la pérdida de las “res” objeto de la obligación no libraba al deudor.

Alternativas: Eran las obligaciones por las cuales el deudor se libraba exigiendo una de entre dos o más prestaciones determinadas (plures res sunt in obligatione una tantum in solutione). También aquí, por lo general, si no habla otra cosa convenida, la selección correspondía al deudor, el cual, sin embargo, tenía el derecho de cambiarla (“ius variandi”), hasta el momento de la prestación; si correspondía al acreedor, éste podía cambiarla hasta el momento de la “litis contestatio” en el derecho clásico y aún después de ella en el justiniano; si esta remitida a un tercero, éste no podía ya cambiar la selección hecha, pero hasta que no hubiera sucedido la obligación se consideraba como condicionada y así, pues, se extinguía si el tercero no quería o no podía elegir. Si una de las prestaciones no podía llegar a realizarse, la obligación se concentraba sobre las otras y así, pues, quedaba una sola obligación, se hacía simple; sin embargo, si la selección correspondía al deudor éste podía, en el derecho justiniano, librarse pagando la valía de la prestación considerada imposible de realizar. Si también la última llegaba a hacerse imposible por la misma circunstancia del caso fortuito el deudor era liberado; pero se reconoce al acreedor el derecho de ser resarcido en

cualquier momento si una de las prestaciones hubiese llegado a ser imposible por culpa del deudor.

De la obligación alternativa ha de distinguirse la “obligación simple” con facultad de solución alternativa en la cual una sola prestación era deducida como obligación, pero el deudor podía liberarse cumpliendo otra.

Divisibles: Eran las obligaciones en las cuales la prestación podía ser cumplida por partes. Esto sucedía especialmente en las obligaciones consistentes en un “dare”, salvo que se tratase de la constitución de una servidumbre.

Indivisibles: La distinción entre divisibles e indivisibles tenía gran importancia principalmente cuando existían varios acreedores o deudores de una misma obligación, como, por lo general, sucedía por la división “ipso jure” de los créditos y débitos hereditarios entre varios coherederos. En las divisibles, si existían varios deudores, cada uno se libraba cumpliendo “pro parte” la prestación; y si existían varios acreedores, cada uno no podía exigir más allá de la parte que le correspondía. En las indivisibles, por el contrario, cada uno de los acreedores podía exigir a cada uno de los deudores el total cumplimiento de la prestación.

3. Sujetos De Las Obligaciones.-

En toda obligación se dan al menos dos sujetos contrapuestos: el deudor y el acreedor. Normalmente tales sujetos eran individualmente y para siempre, determinados desde el momento mismo en el cual nacía el vínculo; los romanos, en efecto, no admitían que se pudiera tener una obligación sobre sujeto indeterminado o variable. Así, aun cuando la determinación de uno de los sujetos tuviera lugar en un momento posterior, en realidad era desde ese momento cuando la obligación se consideraba nacida.

Sin embargo, en algunos casos extremos la determinación de uno de los sujetos podía depender de encontrarse ellos en una relación directa con una cosa (obligaciones “propter rem” o con una persona. Así, la responsabilidad naciente del delito privado cometido por un “filius familias” o por un esclavo (en el derecho justiniano sólo por éste) recaía sobre quien tenía la potestad en ese momento en el cual se había realizado la acción delictiva (noxae caput sequitur); pero si el considerado responsable no quería resarcir el daño podía liberarse consignando al culpable (noxae deditio). Así, la “actio quod metus causa” podía ser ejercitada contra cualquiera que poseyese la cosa dañada con la violencia (actio in rem scripta), así la obligación de pagar el “tributum”, el “stipendio” y el “vectigal” incumbía a cualquier poseedor de los predios gravados.

Una misma obligación podía recaer activa o pasivamente sobre varios sujetos, esto es: podían ser varios los deudores o los acreedores. Según el modo por el cual la relación era regulada se distinguían las:

A. *Obligaciones parciarias*, así llamadas por los intérpretes porque en ellas el derecho de cada uno de los deudores estaba limitado a una parte (pro parte, pro rata) de la prestación total, así que en realidad se tenían tantas

obligaciones autónomas fraccionadas cuantos eran los acreedores o los deudores, lo cual exigía la divisibilidad de la prestación.

- B. Obligaciones solidarias*, llamadas así por los intérpretes porque cada uno de los acreedores tenía el derecho de exigir a cada uno de los deudores la prestación en su totalidad (*ius solidum*).

Las obligaciones solidarias son subdivididas por los intérpretes en:

- a) *Obligaciones solidarias cumulativas*, en las cuales cada uno de los acreedores podía pretender por entero la prestación sin que el pago efectuado a uno liberase al deudor respecto a los otros acreedores, por lo que cada uno de los deudores era obligado a cumplir la prestación en la totalidad sin que ello liberase a los otros deudores. Este duro régimen encontraba aplicación especialmente en la responsabilidad por delito o por acto ilícito. Aunque aquí existía en realidad una pluralidad de obligaciones las cuales, antes que fraccionarse, sin embargo, se acumulaban.
- b) *Obligaciones solidarias electivas*, llamadas también obligaciones correales (de *co-reus* en las cuales cada uno de los acreedores podía exigir la total prestación (obligaciones correales activas), y cada uno de los deudores era obligado a ella (obligaciones correales pasivas), pero que una vez cumplida la prestación en favor de uno de los acreedores o bien la obligación por uno de los deudores, se extinguía en la relación de todos. Se tenía así, pues, una sola obligación y una sola acción, pero cada acreedor podía tomar la iniciativa para el cumplimiento de la obligatio total o cada uno de los deudores podía extinguir por sí solo la total obligación. La correlación activa y pasiva nacían por lo general de un contrato, principalmente de la “*stipulatio*”, o por un legado dispuesto en favor de varios beneficiarios o que recaía gravosamente sobre varios herederos. Todas las causas extintivas que se referían al objeto de la obligación surtían efecto en las relaciones de todos los acreedores o deudores; si, por el contrario, la extinción iba referida hacia uno de los sujetos, ello no perjudicaba o beneficiaba a los otros. Teniendo cada uno derecho u obligación a la prestación total, en el derecho clásico no había posibilidad de resarcimiento entre los coacreedores y los codeudores, salvo que éste naciera de la relación preexistente entre los sujetos (mandato, sociedad, comunidad, etc.). Al final del s. IV d. de C. se admite el “*beneficium cedendarum actionum*”, esto es, que el deudor, antes de extinguir la obligación podía pretender que el acreedor le cediese la acción contra los otros deudores. En el derecho justiniano una serie de acciones tuteló a los codeudores y a los coacreedores para el regreso o la repartición y se acabó por admitir el “*beneficium divisionis*”, es decir, que el acreedor no podía pretender de cada uno de los codeudores más que una parte idéntica, con lo que la correlación pasiva se transformó en una especie de mutua garantía.

4. Fuentes de las obligaciones.-

“*Causae obligationum*” o, en el lenguaje moderno, fuentes de las obligaciones, eran los hechos jurídicos de los cuales el derecho hacía depender el nacimiento

de una obligación. Eran numerosas, pero dada la tipicidad de las “obligaciones”, no infinitas. Poco a poco fueron reconocidas las figuras singulares y desde el final de la edad republicana se hace una primera clasificación, por la cual se decía, como más tarde enseñó Gayo, que las obligaciones nacían “ex contractu”, o “ex delicto”, según que se fundamentaran sobre un acuerdo reconocido válidamente para producir un vínculo obligatorio o fuesen producidas por un hecho ilícito, por el cual el culpable debía pagar una pena pecuniaria a quien hubiera sido lesionado. Junto a estas dos fuentes fundamentales fueron reconocidas «*variae causarum figurae*”, que no entraban en ninguna de las precedentes categorías.

En la compilación justiniana, además de esta división tripartita de Gayo, se encuentra también una cuatripartita que se considera de origen bizantino, pero que encierra notables síntomas clásicos, según la cual las obligaciones nacían: “ex contractu”, “ex delicto” (o “ex maleficio”), “quasi ex contractu” y “quasi ex delicto” (o “quasi ex maleficio”). Bajo estas dos “quasi”, esto es: las dos últimas, son comprendidas respectivamente algunas obligaciones derivadas de una relación lícita que podía asemejarse a uno de los contratos, pero sin que hubiera existido un acuerdo; y algunas obligaciones derivadas de un hecho ilícito pero que no entraban en la consideración de delitos, pero por las cuales se estaba obligado igualmente a pagar una pena pecuniaria.

Además de estas fuentes existía la de la ley, por la cual podía directamente nacer la existencia de un vínculo obligatorio.

De cada una de las cuatro fuentes tradicionales hablaremos particularmente a continuación. Por ahora basta tener presente que la fuente de más importancia y al mismo tiempo frecuente, era el contrato.

5. Cumplimiento de las obligaciones.-

El cumplimiento consistía en la exacta ejecución de la prestación. En cuanto se rompía el vínculo se decía que había «*solutio*”. Si no tenía carácter personal la “*solutio*” podía ser realizada por un tercero por cuenta del deudor, y aunque estuviese incapacitado o no lo deseara de buen grado. Debía ser realizada en favor del acreedor o de persona autorizada por éste o por la ley. Esta persona podía ser designada, desde el nacimiento de la obligación por contrato, en la doble figura del “*adstipulator*”, que respecto al deudor era como un acreedor adjunto, y del “*adiectus solutionis causa*” un simple ejecutor autorizado.

La prestación debía ser cumplida integralmente en el lugar, en el término y con las modalidades establecidas. Salvo que el término fuese puesto en interés del acreedor, el deudor podía anticiparlo. Si no era fijado o no estaba implícito en la naturaleza misma de la obligación (por ejemplo, construir un edificio), ésta debía cumplirse inmediatamente.

No se podía constreñir al acreedor a aceptar una prestación parcial, salvo determinación judicial, ni el deudor podía, sin el consentimiento del acreedor, cumplir una prestación diversa aunque ella fuese de mayor valor. En el derecho clásico se discutía si, efectuada con el consentimiento del acreedor, se extinguían

la obligación “ipso iure” (Sabiniani) u “ope exceptionis” (Proculeyanos). Justiniano acogió la tesis sabiniana y admitió también una “datio in solutum necessaria”, para cuando el deudor tuviera sólo bienes inmuebles que no conseguía vender.

Desde los tiempos de Marco Aurelio y principalmente en el derecho justiniano, el heredero podía obtener la reducción, con el consentimiento de la mayoría de los acreedores determinado por el valor de las cuotas, de todas las deudas heredadas de modo proporcional (pactum quo minus solvatur).

A algunos deudores (cuando fuesen socios, padres e hijos, prometientes de dotes, militares, etc.), les estaba concedido el no ser obligados a pagar más que dentro de los límites de sus posibilidades (taxatio in id quod facere potest). Este llamado “beneficium competentiae”, es extendido por Justiniano. En nuevos casos, lo cual permite por otra parte la deducción de aquello que era necesario para el sustento del deudor. La obligación, sin embargo, no se extinguía, y mejorando las condiciones de quien se había aprovechado del “beneficium”, era obligado a pagar el resto.

Si el deudor tenía más deudas hacia el mismo acreedor le correspondía a él declarar cuál de ellas deseaba extinguir con un determinado pago; faltando su indicación, el acreedor, no obstante, debía limitarse a ciertos criterios, que fueron poco a poco siendo más rigurosos.

El cumplimiento se probaba a través de testigos o por medio de los recibos dados por el acreedor, los cuales en el derecho justiniano tenían plena eficacia liberatoria si no habían sido impugnados en el plazo de treinta días con la “exceptio non numeratae pecuniae”.

6. Incumplimiento de las obligaciones.-

El incumplimiento de una obligación podía verificarse por culpa del deudor o sin ella.

Se daba el segundo caso por la destrucción de la cosa o, por lo general, por la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida a una “vis maior” o “casus fortuitus”, esto es: cualquier acontecimiento “cui resisti non potest”. Salvo que el deudor no hubiese voluntariamente asumido el riesgo de la obligación entonces se extinguía (obligatio resolvitur).

Si por el contrario el incumplimiento era imputable al deudor (per eum stare quominus praestet) él respondía en medida tal según el grado de su responsabilidad y la naturaleza de su obligación.

La responsabilidad existía siempre en caso de dolo al cual era equiparada la “culpa lata” (magna culpa dolus est), pero a menudo se respondía también en caso de culpa leve, que podía darse por un acto positivo (culpa in faciendo) o también por omisión (culpa in omittendo). La “culpa lata” era una extrema negligencia, “id est non intelligere quod omnes intelligunt”; mientras la “culpa levis” consistía en no usar la formal diligencia del hombre medio considerado en

abstracto o, como decían los romanos, del “*diligens paterfamilias*”. Esta determinación de los grados de culpa fue en gran parte debida a Justiniano que introdujo también, en algunas relaciones, una medida de culpa atenuada, llamada por los intérpretes “culpa in concreto”, porque era comparada a la diligencia que el culpable solía usar en sus cosas (*diligentia quam sumís*); en contraposición a ella se llama “culpa in abstracto” a la culpa leve.

Por lo general en el derecho justiniano, si la obligación era en beneficio exclusivo del deudor o de ambos contrayentes, la responsabilidad se extendía hasta la culpa leve o en concreto; y si era en interés sólo del acreedor quedaba limitada -, la culpa lata. Del dolo no sólo se respondía siempre, sino que era nulo también el “*pactum de dolo non praestando*”. El deudor respondía también del hecho ajeno si no había elegido con diligencia (*culpa in eligendo*) o no había vigilado (*culpa in vigilando*), a las personas de las cuales se había valido para el cumplimiento de la prestación.

Con respecto a la “*custodia*”, esto es, la responsabilidad para la conservación de las cosas que debían ser restituidas, el deudor respondía independientemente de su culpa (responsabilidad objetiva).

Una consecuencia de la responsabilidad del deudor era que la obligación se perpetuaba (*quotiens culpa intervenit debitoris perpetuad obligationem*). La “*perpetua obligationis*” significaba que el acreedor, aunque hubiera sido considerada imposible la prestación, podía proceder para obtenerla por el valor de ella (*aestimatio*), y a veces por su interés (*id quod interest*). En el derecho justiniano el resarcimiento no podía ser superior del doble del valor de la prestación si ésta en verdad no dependía del delito.

Un caso particular de incumplimiento era la “*mora*”, esto es: la dilación voluntaria del deudor en el cumplimiento de la prestación. Para que se diese la “*mora*” era necesario no sólo que la obligación fuese válida y exigible, sino también que el acreedor, al menos en el derecho justiniano, hubiese intimidado al deudor para el cumplimiento de ella con una “*interpellatio*”. Esta en algunos casos no era necesaria, como en las obligaciones por delito y especialmente para las que tenían una fecha determinada (*dies interpellat*).

La “*mora*” perpetuaba la obligación; así, pues, si la cosa crecía naturalmente después de la mora, el deudor quedaba obligado igualmente a la prestación, salvo que probara que la cosa hubiera perecido igualmente estando en posesión del acreedor. De no ser así, se veía obligado al resarcimiento del daño causado por la “*mora*” y de los frutos producidos por la cosa “*post moram*”.

La “*mora*” cesaba (*purgatio morae*) con el ofrecimiento de que se iba a realizar la prestación en su totalidad.

Al igual que la dilación del deudor (*mora iii soliendo*) podía darse una dilación del acreedor (*mora in accipiendo*) cuando éste, sin causa justa, se negaba a aceptar la prestación. Desde el momento de la oferta el peligro de la pérdida no dolosa de

la cosa recaía sobre el acreedor y en el derecho justiniano el deudor podía liberarse de la obligación depositando la cosa “in publico”.

Entre los efectos de la dilación del deudor, si la obligación tenía por objeto una suma de dinero, existía el de hacer vencer los intereses (usara), que habían sido establecidos por el juez (officio iudicis) - En el derecho clásico esto sucedía tan sólo en los “iudicia bonnae fides” y la tasa legal era del doce por ciento, reducido al seis por ciento por Justiniano, que por otra parte prohibió el anatocismo, esto es: el interés sobre los intereses, y las “usurae” que sobrepasarán el total del capital.

Los acreedores insatisfechos tenían derecho para hacer rescindir los actos que el deudor hubiera realizado en fraude de sus intereses. Ello podía tener lugar en el derecho clásico con dos medios: el “interdictum fraudatorium”, que se ejecutaba contra el tercero para obligarle a restituir cuanto hubiese adquirido del deudor, si estaba complicado en el fraude, y, acaso una “restitutio in integrum”, o bien una «actio in factum”. En el derecho justiniano estos diversos medios se fundieron en una sola acción, a veces indicada con el nombre de “actio Pauliana”, dirigida a la rescisión de los actos fraudulentos para los acreedores. Presupuestos de la acción eran: el “consilium fraudis”, esto es: que el deudor, en el momento en el cual había cumplido el acto, hubiera estado consciente de realizar con ello algún perjuicio a sus acreedores; el “eventum damni”, que se daba cuando, habiéndose procedido a la venta de los bienes del deudor (bonorum venditio), ellos fueron insuficientes para satisfacer a todos los acreedores; y la “scientia fraudis” por parte del adquirente, no necesaria, sin embargo, cuando el acto era a título gratuito. La acción se dirigía sólo contra el adquirente y se podía ejercer dentro de un año de la «venditio”; frente a sus herederos y después del año se concedía, sin embargo, una “actio in factum” en la medida del enriquecimiento.

7. Transmisión de las obligaciones.-

Por su naturaleza de vínculo personal, en un principio las obligaciones eran absolutamente intransmisibles, tanto que no pasaban, ni activa ni pasivamente, ni tan siquiera a los herederos. La sucesión hereditaria en las deudas y en los créditos es, sin embargo, admitida, en la mayor parte de las obligaciones, en una época muy remota, pero fuera de este caso no era posible, en el sistema del “ius civile”, cambio alguno en los sujetos de la relación.

Habiéndose considerado primordial el carácter patrimonial de la obligación, las necesidades del comercio hicieron nacer varios medios para realizar transferencias del crédito de un sujeto a otro.

La primera de ellas es la “delegatio”, esto es: la estipulación entre el cesionario y el deudor con autorización del acreedor cedente. El objeto de la obligación no llega a variar pero el “vinculus iuris” primitivo se extingue y nace otro por lo que, formalmente al menos, no hay cesión, sino extinción de una obligación y nacimiento de otra.

Más práctico era, sin embargo, constituir al cesionario procurador por cuenta del acreedor con la intención de que él ejercitase el derecho de éste en su propio beneficio, de aquí que era llamado “procurator in rem suam”. Pero aun este procedimiento tenía sus inconvenientes, porque como titular del crédito hasta el momento de la “litis contestatio” quedaba siempre el acreedor cedente, con la doble consecuencia de que entretanto, si se recibía directamente el pago se extinguía el mandato por él conferido al cesionario; mandato que por otra parte era siempre revocable.

Tutelando la posición del cesionario los emperadores clásicos y Justiniano mismo, acabaron con hacer de este procedimiento un auténtico instituto autónomo. En tal momento se dispone, que si el cesionario le hubiera hecho al deudor una “denuntiatio” de la cesión, éste no podía ya pagar al acreedor cedente. Por otra parte, con una serie de acciones se aseguró al cesionario la realización de su derecho no ya sólo como procurador, sino también como efectivo titular del crédito (actio utilis suo nomine).

Por lo general se podía hacer la cesión de cualquier crédito y ésta podía tener lugar por las causas más varias (venta, dote, donación, etc.). Si era hecha a título oneroso el cedente respondía de la existencia del crédito (vertun nomen) pero no, sin embargo, de su cumplimiento (bonun nomen). En el derecho postclásico y justiniano para impedir las vejaciones se prohibió la “cessio in potentioem”, esto es, la cesión a personas de rango más elevado que el del acreedor originado; y para impedir las especulaciones de los “redentores litium” se sancionó que el deudor no fuese obligado a pagar al cesionario más de cuanto éste hubiera dado al cedente.

Existían algunos casos de cesión obligatoria, como en el ya recordado de la cesión de las acciones en las obligaciones correales.

En cuanto a la transmisión de las deudas podía generalmente realizarse tan sólo con una nueva obligación asumida por parte de quien fuese a hacerse cargo de ella (expromissio).

Llámase causa de extinción de la obligación a cualquier hecho jurídico por el cual el vínculo pierde su fuerza como tal. Algunas causas operaban , anulando directa y definitivamente a la obligación con todas las relaciones accesorias; otras, por el contrario, fundamentadas sobre la protección que en determinadas circunstancias el pretor concedía al deudor, operaban “ope exceptionis”. La distinción, basada como tantas otras sobre el dualismo del “ius civile - ius praetorium” y sobre el mecanismo del procedimiento formulario, no tiene valor sustancial en el derecho justiniano.

La obligación se extinguía normalmente, como ya hemos visto, por el cumplimiento. En el derecho quirritario parece, sin embargo, que aún en este caso, si la obligación había sido constituida por un contrato solemne, para obtener la cesación del vínculo era necesaria una análoga e inversa solemnidad.

La “*solutio per aes et libram*”, consistía en un acto formal del “*ius civile*”, que se desarrollaba con el mismo rito de “*emancipatio*”. El deudor pronunciaba una fórmula por la cual se proclamaba independiente y liberado del vínculo y golpeando la balanza con un trozo de bronce lo consignaba al acreedor “*veluti solvendi causa*”. En un principio era un acto de pago efectivo por cada obligación, después se transformó en un medio formal y simbólico, aplicable a pocos casos, hasta que desapareció en la edad postclásica.

La “*acceptatio*” (de “*acceptum ferre*”, considerar recibida), consistía en una respuesta del acreedor, que sobre la pregunta del deudor, declaraba el haber recibido el pago. En un tiempo sirvió para extinguir, después de efectuado el pago, las obligaciones contraídas “*verbis*”, pero, más tarde, se transformó también en una “*imaginaria solutio*”, llegando a ser un medio formal de remisión de la deuda, tanto para los contratos “*verbi*” cuanto, mediante una anotación en los libros de contabilidad del acreedor, para los contratos “*litteris*”. A fin de que pudiera ser empleada también para las otras obligaciones, se acostumbraba a cambiar éstas en un contrato “*verbis*” por medio de una “*stipulatio*”, que fue llamada Aquiliana, por el nombre del jurista republicano Aquilio Gaius el cual fue el primero en sugerir tal procedimiento. En el derecho justiniano, desaparecida la antigua “*obligatio litteris*”, quedó sólo la “*acceptilatio verbis*”.

Además de éstas el “*ius civile*” conocía otras numerosas causas de extinción que operaban “*ipso jure*”.

La “*novatio*”, que era la constitución, mediante un contrato formal, de una nueva relación de obligación destinada a sustituir y anular la precedente (*prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*). La nueva obligación del derecho clásico debía tener idéntico objeto (*idem debitum*); así, pues, el nuevo elemento podía consistir en el cambio de la modalidad de la prestación o en el cambio de la persona del acreedor (*delegatio*) o del deudor (*expromissio*). En el derecho justiniano podía realizarse sólo por la “*stipulatio*”; y se superó el principio del “*idem debitum*” reconociéndose posible el cambio aún del objeto. Para juzgar cuando se tenía una novación o bien la constitución de una nueva y diversa obligación, nacida junto a la antigua, era necesaria la indagación sobre el “*animus novandi*”, esto es: la intención de las partes, que con Justiniano debía declararse explícitamente.

La sobrevenida imposibilidad del cumplimiento, de la cual el caso más común era la destrucción de la cosa debida. Para que la obligación se extinguiese era necesario, sin embargo, que la imposibilidad no fuese imputable al deudor, ya que de otra forma la obligación se mantenía.

La “*confusio*”, esto es: la conjunción en la misma persona, generalmente por sucesión hereditaria, de la condición del deudor y el acreedor;

El “*concursum causarum*”, que se daba cuando el objeto de la prestación consistía en una cosa individualmente determinada (*species*), la cual entraba en el dominio del acreedor por otra causa. En el derecho justiniano la extinción fue limitada

sólo a las causas lucrativas, esto es, a aquellas que no hubiesen reportado al acreedor onerosidad alguna; en otro caso, el deudor permanecía obligado por el valor de la cosa (*aestimatio*);

El “*contractus consensus*”, que implicaba la voluntaria rescisión por ambas partes de un contrato consensual, como la compraventa, antes de que hubiera habido ejecución (*re ad hoc integra*);

La “*capitis deminutio*” del deudor, contra la cual, sin embargo, el pretor concedía al acreedor algunas acciones para hacerle posible la consecución de su derecho;

La muerte de uno de los sujetos, cuando ésta, excepcionalmente, extinguía la acción, como sucedía principalmente en las obligaciones “*ex delicto*”;

Las causas especiales de extinción inherentes a las obligaciones.

En el derecho clásico existía otra causa de extinción “*ipso iure*” que era la “*litis contestatio*” que determinaba en el procedimiento formulario una especie de novación de la relación deducida en juicio, extinguiendo la antigua obligación, cualquiera que ella fuese, y haciendo surgir en su lugar una nueva, consistente en el deber de someterse a la condena del juez, sin que por otra parte dejaran de ser consideradas las garantías de la antigua. Perdido, por el cambio del procedimiento, el carácter formal de la “*litis contestatio*” ésta causa de extinción desaparece en el derecho justiniano.

Sin embargo, por él es considerada entre las causas de extinción «*ipso iure*” la *compensación*, que en el derecho clásico, mantenida la autonomía de cada una de las obligaciones, en el procedimiento formulario, había sido considerada por el pretor tan sólo en los juicios de buena fe y operaba sólo en casos particulares (por ejemplo, para los “*argentarii*”, es decir, en las relaciones bancarias).

La “*compensatio*”, consistía en un “*debiti et crediti ínter se contributio*” que tenía lugar cuando entre dos personas coexistían relaciones recíprocas de deuda y de crédito, por lo que el derecho de una quedaba un tanto neutralizado por lo que ella debía a la otra.

Para que la compensación pudiera operar *ipso iure*” era necesaria, además de la identidad de los sujetos, la validez y la exigibilidad de los respectivos créditos y la homogeneidad de las prestaciones. No permitían la compensación las obligaciones nacidas por depósito, violencia, hurto, los créditos del fisco y los derivados del mutuo o legados en favor de los municipios. Sí se admitieron, en compensación, las obligaciones naturales.

Las causas de extinción “*ope exceptionis*” eran numerosas y se referían a los vicios del contrato (*exceptio metus e doli*) o a institutos especiales (por ejemplo, *exc. sc. Vellaeani*, *exc. sc. Macedoniani*, *exc. rei iudicatae*, etc.). Entre las que tenían una significación más singular recordamos:

El “*pactum de non pretendo*”, el cual consistía en un acuerdo entre el deudor y el acreedor, por el cual este último se obligaba a no exigir la prestación. Era un modo de remisión no formal, que tenía una función análoga a la de la “*acceptilatio*”, de la cual nacía tan sólo una “*exceptio*” (*exceptio pacti conventi*). En el derecho justiniano se denominaba “*in rem*” o “*in personam*” según que favoreciese a los obligados y a los herederos del deudor o tan sólo a la persona de este último.

La *prescripción treintenar de todas las acciones* sancionadas por Teodosio II y acogidas por Justiniano.

9. Garantías De Las Obligaciones.-

Para asegurar el cumplimiento de la obligación o para reforzar el vínculo podían añadirse otras relaciones eventuales y accesorias, que los intérpretes llamaron garantías y llegaron a distinguir en *reales* y *personales*.

Las garantías reales eran; la “*fiducia*”, el “*pignus*” y la “*hypoteca*”, de las cuales ya se ha tratado al hablar de los derechos reales.

Las garantías personales podían ser prestadas por el mismo deudor o por un tercero.

Las garantías personales prestadas por el deudor eran las arras, la cláusula penal, el juramento y la constitución del débito propio.

Las arras (arrha confirmatoria), consistían en una suma de dinero o un objeto que el deudor consignaba al acreedor obligándose a no reclamarla en el caso de incumplimiento. Servían, en especial en la compraventa, para ratificar la realización del contrato. Al deudor incompetente y requirente el acreedor podía oponer una “*exceptio pacti conventi*”. En el derecho posclásico y justiniano, por la influencia oriental, asume carácter de penalidad por la que si el que la había recibido no deseaba el cumplimiento a su vez de la prestación, podía liberarse de ella restituyendo el doble (arrha poenentialis).

La *cláusula penal*, consistía en un acto añadido a un negocio de buena fe o en una estipulación (*poenae stipulatio*), con la cual el deudor se obligaba, principalmente, a dar una suma de dinero u otro objeto, determinándose así preventivamente la medida de su responsabilidad. Podía ser añadida también a una disposición testamentaria.

El juramento, prestado por un menor de veinticinco años, servía como garantía accesoria para la obligación contraída por él. Si no cumplía, después de haber hecho juramento, caía en la infamia y perdía la posibilidad de exigir la “*in integrum restitutio*”.

El “*constitutum debiti propri*”, era la promesa hecha por el mismo deudor de cumplir según nuevas modalidades una prestación en dinero u otra cosa fungible ya debida. Esta promesa, extendida por Justiniano a cualquier objeto era tutelada

por una “*actio de pecunia constituta*” a la cual quedaba ligada una acción penal por la mitad de la deuda.

Las garantías personales prestadas por un tercero (intercesiones) eran de diversos tipos, según que la obligación del tercero sustituyera a la del deudor en la forma ya vista de la “*expromissio*”, o bien, se acumulase a la del deudor, ya sea por medio de un vínculo solidario, en cuyo caso el tercero no se distinguía de un común codeudor, ya sea por medio de una obligación independiente y subsidiaria. Reenviando a cuanto ya se ha dicho sobre las obligaciones solidadas, veamos aquí las *garantías personales subsidiarias* prestadas por un tercero, que eran independientes: la “*adpromissio*”, en sus tres formas de “*sponsio*”, de “*promissio*” y “*fideiussio*”, el “*constitutum debiti alieni*” y el mandato de crédito.

La “*sponsio*”, “*fidepromissio*” y “*fideiussio*”, tenían en común la característica de ser obligaciones contraídas “*verbis*” (mediante una interrogación oral por parte del acreedor a la cual correspondía una respuesta también oral del fiador), y la de añadirse a una obligación precedente del deudor.

En el derecho clásico tenían también diversidad de régimen, debido a la mayor antigüedad de las dos primeras. Por ejemplo la “*sponsio*” como negocio solemne del “*ius civile*” quedaba reservada sólo para los ciudadanos; por otra parte, la “*fidepromissio*” podía añadirse exclusivamente a una obligación contraída “*verbis*” que obligaba al fiador aunque la obligación principal fuese nula, y duraba sólo dos años y no era transmisible ni activa ni pasivamente, a los herederos.

La “*fideiussio*”, surge posteriormente, en la época republicana, y acabó por suplantar las formas precedentes, llegando a ser en el derecho justiniano la única figura de “*adpromissio*”.

En su evolución la “*fideiussio*”, transmisible a los herederos y que puede garantizar cualquier obligación, consistía en una asunción total o parcial de la obligatio principal por parte del fiador. En un principio el acreedor podía exigir la prestación indiferentemente al deudor principal o al fiador y, si éstos eran vados, a uno cualquiera, ya que todos ellos eran considerados solidariamente. Al fiador no le competía acción alguna de regreso, pudiendo solamente, si era llegado el caso, actuar con la acción de mandato o de gestión de negocio. A continuación se precisó mejor el carácter accesorio y subsidiado de la “*fideiussio*”, por la cual se responde solamente en el caso del incumplimiento de la obligación principal y por la parte efectivamente incumplida, por lo que el acreedor deberla referirse primero contra el deudor (*benefici excussionis*), y, sólo en el caso de su insolvencia o ausencia, contra el fiador. Se introduce por otra parte el «*beneficium divisionis*” para el caso de que existieran más fiadores solventes entre los cuales fuera posible fraccionar la deuda. Por último, con el ya señalado “*beneficium cedendarum actionum*”, el fiador que pagaba por cuenta del deudor podía hacerse ceder del acreedor la acción contra el obligado principal.

El “*constitutum debiti alieni*”, era análogo al del débito propio y consistía en un pacto por el cual alguno se obligaba a pagar una deuda ajena en el momento en

el cual se cumplía el plazo, según nuevas modalidades que lo hacían independiente de la obligación principal y ésta no se consideraba renovada. La obligación nueva no se acumulaba con la antigua y en el derecho justiniano se aplicó también a este caso el “beneficium divisionis” que asemejó el “constitutum” a la “fideiussio”.

El “*mandatum pecuniae cedendae*”, llamado por los intérpretes «mandato cualificado», no era más que un caso de mandato a través del cual el fiador (mandante) daba encargo al acreedor (mandatario), de dar en préstamo una suma de dinero al deudor. Con ello el acreedor tenía acción tanto contra el deudor por el préstamo, como contra el fiador por el mandato; así, pues, para recobrar su préstamo, podía dirigirse contra uno u otro. Con la extensión también en este caso del “beneficium excussionis” y del “beneficium divisionis” el “mandato cualificado” acabó en el derecho justiniano por asemejarse a la “fideiussio”.

En torno al final de la edad imperial, aun las mujeres «sui iuris» podían libremente prestar garantía en favor de un tercero. Pero en el año 46 d. de C. a raíz del senado-consulta Veleyano que les prohibía de “intercedere pro aliis”, esto es, de garantizar en cualquier modo una deuda ajena, podían a través de una “exceptio senatoconsulti Velleiani” concedida por el pretor, paralizar la exigencia del garantizado, con lo que fue prácticamente anulada la garantía misma.

Justiniano declaró nulas “ipso iure” las intercesiones de las mujeres en favor del marido y las que no estuvieran redactadas en instrumento público firmado por tres testigos; pero aun en tal caso podía ser opuesta la “exceptio”.

LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO

1. El Contrato En General.-

El contrato, que fue acaso la fuente originaria de las obligaciones, fue siempre la figura más importante sobre la cual se elaboró la mayor parte de la doctrina.

La noción de contrato, no definida por los textos romanos, sufrió desde su origen hasta el derecho justiniano una progresiva transformación, que determinó la primacía del elemento del acuerdo de la voluntad (conventio), respecto al elemento de la forma del negocio (negotium contractum), que en un principio y por largo tiempo fue considerada primordial.

Todavía en el derecho clásico los contratos eran sólo los propios del “ius civile” y del “ius gentium” y consistían en figuras típicas, cada una de las cuales debía responder a determinados requisitos; por otra parte, aun siendo el acuerdo de la voluntad el vínculo obligatorio, el contrato no surgía del todo. El pretor y el derecho imperial, sin embargo, reconocieron cada vez más intensamente, valor a los “pacta”, esto es: a los acuerdos no revestidos de formalidades que estaban privados de toda eficacia según el derecho civil. Por otra parte, en la época clásica y más intensamente con Justiniano, junto a las figuras típicas de los contratos reconocidos por el derecho civil fueron admitidas nuevas figuras atípicas llamadas “contratos innominados”, hasta que se llega a admitir en la práctica que de

cualquier acuerdo de la voluntad por una causa no reprobada por el derecho pudiera surgir una obligación.

Según que de la relación naciera un vínculo obligatorio en favor de una sola de las partes o de ambas, los contratos se distinguían en “*unilaterales*”, como en el mutuo y “*bilaterales*” (o sinalagmáticos) como en la compraventa. En estos últimos cada una de las partes era al mismo tiempo deudora y acreedora, por lo que nacían acciones recíprocas.

A veces, el contrato unilateral, cuando la parte acreedora tiene ella misma algunas obligaciones, se llama *bilateral imperfecto*. Por otra parte se distinguen los contratos a *título oneroso* de los a *título gratuito*, según que la causa justificativa del contrato estuviera o no fundada sobre un beneficio de ambos contrayentes o de uno solo. Todos los contratos bilaterales eran a título oneroso y todos aquellos a título gratuito eran unilaterales, pero no siempre sucedía lo contrario.

Algunos contratos son llamados por Justiniano “*contractus bonae fidei*” en cuanto la acción que los tutelaba daba vida en el derecho clásico a un “*iudicium bonae fidei*”, en el cual el juez valoraba la relación según los principios de la buena fe y de la equidad, teniendo en rigurosa cuenta el comportamiento de las partes y de cualquier circunstancia que se diera, aunque ésta fuese irrelevante para el “*ius civile*”, como el dolo de alguno de los contrayentes o la existencia de pactos añadidos a la relación principal. Estaban sometidos a este régimen particular, entre los contratos, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, el comodato, la fiducia y los contratos innominados. Sin embargo, la cualificación no tenía gran valor práctico ya que cualquier acción debía, según el derecho justinianeo, ser juzgada, “*ex bono et aequo*”.

Los contratos que según el derecho clásico eran fuentes de “*obligatio*” se dividían en cuatro categorías, según que la obligación se contrayese:

- a. “*Verbis*”, esto es, mediante el pronunciamiento de fórmulas solemnes. Eran “contratos verbales”: el “*nexum*”, la “*sponsio*”, la “*stipulatio*”, la “*dotis dictio*” y la “*promissio iurata liberti*”.
- b. “*Litteris*”, esto es, mediante determinadas formas de escritura. Eran “contratos literales”: el “*nomen transcrípticium*”, los “*chirographa*” y los “*singrapha*”.
- c. “*Re*”, esto es, mediante la entrega de una cosa. Eran “contratos reales”: la “*fiducia*”, el “*mutuo*”, el “*comodato*”, el “*depósito*” y la “*prenda*”.
- d. “*Consensum*”, esto es, mediante un acuerdo de las voluntades que creaba una obligación bilateral. Eran “contratos consensuales”: la “*compraventa*”, el “*arrendamiento*”, la “*sociedad*” y el “*mandato*”.

Tal clasificación se mantiene en el derecho justinianeo y así, pues, estudiaremos individualmente cada una de estas categorías después de que hablemos de los “contratos innominados” y de los “*pacta*”.

Es necesario, sin embargo, determinar algunas acciones sobre los contratos en favor de terceros y sobre la representación en los contratos.

El carácter personal del vínculo hacía que, por lo general, fuese nulo el contrato en favor de un tercero extraño al negocio (*alteri nemo stipulari potest*). Sólo indirectamente se podía constreñir al obligado a realizar la prestación en favor de un tercero mediante la cláusula penal, pero el tercero no tenía derecho alguno ni ninguna acción. Lo mismo sucedía si la obligación debía surtir efecto «*post mortem*», en las relaciones de los herederos de las partes contrayentes (*obligatio ab heredis persona incipere non potest*). Ya en el derecho clásico y más extensamente en el derecho justiniano se admitieron, sin embargo, algunas excepciones, especialmente cuando la prestación en favor de un tercero representaba un cierto interés para el otorgante y se acabó, por otra parte, por reconocer la validez de cualquier contrato en favor de los herederos.

En cuanto a la representación, ella no era generalmente admitida en el derecho clásico más que por medio de los hijos y los esclavos sometidos a la “*potestas*” del “*paterfamilias*”, por lo que ellos adquirirían necesariamente los créditos derivados de los negocios en los cuales hubieran intervenido, pero no los débitos, salvo cuando se hubieran obligado en los negocios de terceros en ejecución de una orden o de un encargo de él recibido o bien en los límites del peculio. Para estas hipótesis el pretor va creando una serie de acciones que los intérpretes llamaron “*actionis adiecticiae qualitatis*”, con las cuales el “*pater*” era obligado a responder cuantas veces las deudas contraídas, por los que están bajo su patria potestad, derivaran de los negocios realizados con su autorización o que le habían proporcionado beneficios. Así, pues, en medio de la “*actio quod ius*” el “*pater*” respondía de la totalidad del débito (*in solidem*) siempre que hubiera autorizado al tercero a contratar con el hijo o el esclavo; igualmente respondía por la “*actio exersitoria*” por las deudas contraídas por el hijo o por el esclavo por él puestos al frente de un negocio marítimo, o por la “*actio institoria*” si a ellos les había confiado la gestión de un negocio comercial. En otros casos, sin embargo, la obligación del “*pater*” quedaba limitada a cierta medida; así, si él había concedido al hijo o al esclavo un peculio respondía a través de la “*actio de peculio*” sólo de la cuantía de éste; si más tarde había consentido que del peculio se hiciera objeto de especulación comercial, respondía en mayor medida a través de la “*actio tributoria*”. Por último, con la “*actio de in rem verso*” el “*pater*” era llamado a responder en todos los otros casos en los cuales su patrimonio se hubiera beneficiado del negocio y del cual la deuda derivaba y en la medida del enriquecimiento.

Sin embargo, las exigencias del comercio desde la época clásica, y en mayor medida a continuación, hicieron superar el principio “*per extraneam personam nihil adquiri potest*”, por lo que de un lado, para las deudas, se extendieron y adaptaron algunas de las acciones ya recordadas en los casos de representación cuando fuera realizada ésta por personas libres y ajenas al negocio (*actio quasi institoria, ad instar o ad exemplum institoriae*), y del otro, para los créditos, se admite, especialmente en el derecho justiniano, que la persona en nombre de la

cual alguien había negociado, pudiera dirigir una acción hacia los terceros; sin que por otra parte ni para los débitos, ni para los créditos, llegaran a ser desestimadas las acciones en contra y en favor del representante.

2. Los contratos verbales.-

Elemento esencial y constitutivo de los contratos verbales era el pronunciamiento de los “verba”, que debían ajustarse a los esquemas fijados por la tradición, alterados los cuales no nacía la obligación. Se formaban mediante una demanda y una respuesta (ex interrogatione et responsione), o por una declaración unilateral (uno loquente). Todos ellos eran formales y comprendían el “nexum”, la “sponsio”, la “stipulatio”, la “dotis dictio” y la “promissione iurata liberti.

1.0 El “*nexum*”, era la forma más antigua de contrato, que, como ya se ha visto, consistía en el sometimiento de la persona del deudor o de uno de los “*filiam familias*” al acreedor por medio de una fórmula solemne pronunciada en el curso de un acto “*per aes et libram*” análogo a la “*mancipatio*”, si bien no se identificaba plenamente con ella. Servía como garantía de un préstamo y hasta que éste no se hubiera extinguido o no hubiera intervenido la “*solutio per aes et libram*”, el “*obligatus*”, permanecía en idéntica condición a la del esclavo y el acreedor podía tenerlo encadenado o hacerle trabajar para su propio beneficio. Abolido el sometimiento o enajenación personal con la “*lex Poetelia*” del año 326 a. de C., el “*nexum*” decae rápidamente hasta llegar a desaparecer del todo aun en su función de contrato.

2.0 La “*sponsio*” y la “*stipulatio*”, pueden considerarse como formas diversas de un único instituto. Como el “*nexum*”, también la “*sponsio*” era antiquísima y en un principio acaso tenía sólo una función de garantía. Como instituto del “*ius civile*” quedaba reservado tan sólo a los ciudadanos. Consistía en una demanda del futuro acreedor (por ejemplo, “*centum dare spondeo*”) a la cual el futuro deudor respondía: “*spondeo*”. Habiendo tenido lugar la pronunciación de la palabra el vínculo obligatorio quedaba constituido; pero el rigor formalista era de tal naturaleza que ningún otro verbo podía ser utilizado eficazmente. Ya en la remota edad republicana se asemejó a ella la “*stipulatio*”, que introducida “*jure gentium*” y así, pues, accesible también a los “*peregrini*”, y no legada a un rigorismo tan estrecho, acabó por sustituirla casi enteramente.

La “*stipulatio*” se extiende y se hace, en efecto, en todo el mundo romano la forma más general y difundida del contrato; era susceptible de diversas aplicaciones, ya sea para la garantía y tutela de las diferentes relaciones, ya sea en el derecho pretorio y justiniano, para la constitución de derechos reales como las servidumbres, el usufructo y el uso. Cualquier verbo podía ser usado en la “*stipulatio*”; ejemplo: “*debis?*”, “*dabo*” — “*facies?*”, “*faciam*” — “*promittis?*”, “*promitto*” — “*fideiubes?*”, “*fideiubeo*”, y estaba permitido aun el empleo de la lengua griega.

La estructura de la “*stipulatio*” exigía la presencia del interrogante (*stipulator*, *reus stipulandi*) que llegaba a ser acreedor, y del respondente (*promissor*, *reus promittendi*) que llegaba a ser deudor; por otra parte, dada la oralidad, no podía

ser realizada por quien no podía hablar u oír (mudos, sordos), o por quien no estuviera en grado de entender como los dementes y los menores de edad.

Pregunta y respuesta debían especificarse sin interrupción de tiempo (continuus actus) y debían ser perfectamente congruentes, sin divergencia de forma ni sustancia ya que si no era nulo todo el acto.

En el derecho clásico, sin embargo, el consentimiento llegó a tomar mayor relieve que la “sollemnia verba” y así, pues, el formalismo se fue atenuando, hasta que en el derecho post-clásico y justiniano se admitió que la “stipulatio” podía ser hecha “qualibuscuque verbis” igualmente no solemnes y que valiera, en caso de discrepancia sustancial entre la pregunta y la respuesta, la parte de la declaración que podía salvarse.

A este progresivo relajamiento de la forma solemne cooperó en mucho el uso difundido desde el final de la república, de acompañar la estipulación oral con un documento escrito (instrumentum), que sirviese de prueba. Tal documento no debería de haber tenido valor alguno cuando hubiera faltado la efectiva pronunciación de las palabras; pero, por otra parte, se fue admitiendo gradualmente que salvo casos excepcionales él diera absoluta fe de la estipulación realizada. A ello se llegó, sin embargo, tan sólo en la edad postclásica.

La “stipulatio” cuando tenía por objeto una suma de dinero (certa pecunia) u otra cosa determinada (certa res) se denominaba “certa”; pero si faltaba ésta determinación o por el contrario la prestación consistía en un “facere” se denominaba “incerta”. Esto trajo una diversificación en las acciones que surgían, llamadas respectivamente “condictio certae pecuniae” y “condictio certae rei” para la “stipulatio certa”, y “actio ex stipulatu” para la “incerta”.

Dado el carácter formalista de la “stipulatio” el vínculo obligatorio nacía con la pronunciación de las palabras independientemente de la causa. En tal sentido era un negocio abstracto; sin embargo, con la “exceptio non numeratae pecuniae” cuando el prometiende se había obligado sin que después el otorgante le hubiese dado la suma en préstamo y con la “exceptio dolis” en cualquier otro caso, el deudor convenido podía paralizar la exigencia del acreedor que quisiera hacer valer una «stipulatio» carente de justo título o que tenía un título inmoral.

Como aplicaciones particulares de la “stipulatio” nos encontraremos: la “fidepromissio”, la “fideiussio”, la “dotis promissio”, la “stipulatio poenae” y la “stipulatio Aquiliana”, etc.

Se hace necesario distinguir las estipulaciones convencionales, libremente realizadas por las partes, y las necesarias, porque eran nnpuestas por el pretor o por el juez como garantía contra los daños y las perturbaciones, llamadas por ello “stipulationes cautionales” o “cautiones”, como la “cautio usufructuaria”, la “cautio damni infecti”, la “cautio de amplius non turbando”, etc.

3.0 La *“dotis dictio”*, era una promesa oral y solemne de dote, “uno loquente”, hecha al marido por la mujer “sui iuris” o bien por el padre, por el abuelo paterno o por el deudor de él . Exigía el uso de palabras determinadas y podía usarse para cosas muebles o inmuebles sin que, por otro lado, se conozca bien cuáles fueron todos sus efectos. Pierde vigencia con las otras formas solemnes en la edad postclásica y desaparece en el derecho justiniano, en el cual permaneció sólo el negocio no formal del “tractum dotis”.

4.0 La *“promissio iurata libertim”*, era el único caso por el cual, por la supervivencia del antiguo derecho sagrado, surgía por el juramento una obligación civil. Consistía en una promesa, confirmada por el juramento, con la cual el liberto se obligaba, “uno loquente”, hacia el señor para realizar obras y entregar dones por la manumisión recibida.

3. Los Contratos Literales.-

En los contratos literales el elemento esencial y constitutivo de la obligación era la redacción de una escritura. Se consideraban en esta categoría, en el derecho clásico, el “nomen transcripticium”, los “chirographa” y los “singrapha”, en lugar de los cuales en el derecho justiniano se encuentra indirectamente reconocida una hipótesis de obligación: “scriptura”.

1.0 El *“transcripticium”*, consistía en un registro del crédito hecho por el acreedor en su libro de entradas y salidas (codex accepti et expensi). Para que fuese una “obligatio litteris”, y no una simple anotación de una obligación preexistente de cualquier otra forma contraída, era necesario que el cambio de la causa (transcriptio a re in personam) o de la persona del deudor (transcriptio a persona in personam) trajese consigo una nueva obligación.

Reservada generalmente sólo a los “cives” podía tener por objeto exclusivamente una suma de dinero y no admitía condición alguna. Existen muchas inseguridades sobre el funcionamiento y la estructura de tal instituto, el cual desaparece completamente hacia el final de la edad clásica.

2.0 *“Chirographa”* y *“singrapha”*, eran las formas de las obligaciones literales propias de los peregrinos. Consistían en una testificación de la deuda redactada respectivamente en un ejemplar único firmado por el deudor, o en un ejemplar doble firmado por ambas partes. Tal testificación, siempre que no hubiera sido hecha una “stipulatio” tenía valor constitutivo independiente.

También estas formas de “obligatio litteris” desaparecieron en la edad postclásica, en la que por otro lado, el documento testificador de la estipulación realizada tiende a desvincularse más y más de la efectividad del acto.

En el derecho justiniano, en lugar de las antiguas obligaciones “litteris” se encuentra tan sólo una obligación genérica: “scriptura”, que nacía siempre que alguno se hubiera declarado por escrito deudor de una suma no recibida y no hubiera, dentro de los dos años, impugnado la validez de la obligación con la «querela non numeratae pecunae».

4. Los Contratos Reales.-

Elemento esencial de los contratos reales era la entrega de una cosa al deudor, el cual estaba obligado a restituirla. El hecho constitutivo de la obligación era precisamente el paso de la cosa del acreedor al deudor, con los diferentes efectos según el tipo de contrato, pero siempre con el acuerdo para la restitución, aunque, sin embargo, ésta podía quedar subordinada en algunos casos a que se dieran determinadas circunstancias. Se consideraban como contratos reales: la «fiducia», el «mutuo», el «comodato», el «depósito» y la «prenda».

1.0 En la «fiducia», una parte transmitía a la otra, a través de la forma de la «mancipatio» o de la «in iure cessio», la propiedad de una cosa, con la obligación de que ésta debía ser transferida al transmitente al realizarse determinadas circunstancias o que debía ser utilizada para un fin específico. Tal negocio tuvo en un principio una gran aplicación para los fines más diversos, aún fuera de las relaciones patrimoniales, como era por ejemplo para la tutela y la adquisición de la «manus» sobre la mujer. En el campo patrimonial se distinguía la «fiducia cum creditore pignoris iure» para constituir una garantía real, y la «fiducia cum amico» a título de depósito, comodato, etc. Del «pactum fiduciae», nacía en favor del constituyente una «actio fiduciae», que llega a ser civil y era infamante. Servía para obtener la restitución de la cosa (salvo que no se hubiera transmitido al esclavo con la «fiducia» sino que hubiera sido manumitido) y contra toda violación del pacto. La «fiducia» desaparece en la edad postclásica cuando pierden importancia las formas solemnes de transferencia de la propiedad.

2.0 El (mutuum), era el contrato real por el cual una de las partes (mutuante, mutuo dans) consignaba a la otra (mutuario, mutuo accipiens) una determinada cantidad de dinero y otras cosas fungibles, transfiriendo la propiedad y con acuerdo de que le debía ser restituida una cantidad igual en género y calidad (tantundem).

El mutuo requería la efectiva transferencia de la propiedad y así, pues, el mutuante debía ser propietario de la cosa objeto del mutuo, pero no era necesario la entrega directa ya que bastaba que ella fuese puesta a disposición del mutuario. Por otra parte la «datio» debía fundamentarse sobre la concorde voluntad de las partes para constituir el mutuo, de tal forma que éste no nacía si existía algún equívoco sobre la causa de la transferencia.

Dada la naturaleza del contrato el mutuo podía constituirse sólo sobre cosas fungibles y era absolutamente unilateral, porque la obligación gravaba sólo al mutuante, y era gratuito, porque no se podía obligar a restituir una cantidad superior a la recibida. Si se quería establecer interés (usurae) era necesario crear una obligación independiente mediante una «stipullatio usurarum» que proporcionaba al acreedor una acción separada. Del mutuo nacía solamente una acción para la restitución de la cantidad dada y ésta era la «actio (o condictio) certae creditae pecuniae» para una suma de dinero, y la «condictio certae rei» para toda otra cantidad determinada de cosas fungibles. Esta última fue llamada por los justinianeos también «condictio triticaria», del mutuo de grano (triticum).

Para evitar la necesidad de ejercer dos acciones distintas una para el capital y otra para los intereses se acostumbraba a confirmar la obligación del mutuo junto a la que constituía la obligación de los intereses, en una estipulación única (*stipulatio sortis et usurarum*).

Una figura especial de mutuo era la “*pecunia traiectica*” o “*foenus nauticum*” para sumas destinadas a ser transportadas a través del mar en dinero contante o cambiadas en mercancías. En este llamado préstamo marítimo, el riesgo corría a cargo del mutuante, antes que del mutuario, el cual quedaba obligado a restituir tan sólo si la nave llegaba felizmente a su destino; los intereses podían ser establecidos por simple pacto y aun en una medida superior a la tasa legal.

El senadoconsulto Macedoniano del siglo 1 d. de C. prohibió dar dinero en calidad de mutuo a los “*filiusfamilias*” los cuales podían así, pues, con una “*exceptio senatoconsulti Macedoniani*” paralizar el requerimiento de quien le hubiera prestado dichas sumas. La obligación, sin embargo, era válida si el hijo hubiera recibido el préstamo en representación del padre o por una autorización tácita de él. Diversas mitigaciones fueron poco a poco siendo acogidas, bien para favorecer la capacidad de los “*fili*”, bien para la tutela de los acreedores.

3.0 El “*comodato*” (*utendum dare* o *commodatum*), era el contrato real por el cual una de las partes (comodatario) consignaba a la otra (comodante) un bien mueble o inmueble, aunque inconsumible (no consumible), a fin de que ésta usara gratuitamente de ella en el modo convenido y después la restituyera.

También en el comodato el contrato nacía por la entrega de la cosa, pero antes que la propiedad se transfería la simple detentación y por ello podía ser hecho por cualquier poseedor. La gratuidad era una nota esencial del comodato; algunas veces, sin embargo, se configuraba como un arrendamiento de la cosa. El comodatario estaba obligado a no excederse en el uso de la cosa dentro de los límites normales o pactados para no incurrir en un “*furtum mus*” y a restituirla en el término convenido o a exigencia del comodante con todas las accesiones y los eventuales frutos. Su responsabilidad por la conservación de la cosa se extendía, en el derecho clásico, hasta la “*custodia*”, y en el derecho justiniano hasta la culpa leve y algunas veces “*in concreto*”, pero no respondía por el deterioro derivado del uso.

El comodato era un contrato bilateral imperfecto. De él nacía en favor del comodante para recuperar la cosa una “*actio comodatis*”, en un principio “*in factum*” y después “*in iuris*”, que daba lugar a un juicio de buena fe. Igualmente le competía al comodatario una “*actio comodati contraria*”, para cuando la cosa le hubiera sido arrebatada intespectivamente o en otras hipótesis particulares para las cuales le es concedida el “*dime retentionis*” por los gastos extraordinarios.

4.0 El “*depósito*” (*depositum*), era el contrato real por el cual una de las partes (depositante) consignaba una cosa mueble a otra persona (depositario) que se obligaba a custodiarla gratuitamente y a restituirla cuando le fuese exigida.

El elemento constitutivo del contrato de depósito era la entrega de la cosa de la cual, sin embargo, el depositante transfería al depositario tan sólo la simple detentación y así, pues, era indiferente que él fuese o no propietario. La función del contrato de depósito consistía en la custodia (*servandum dare, custodiendum dare*), de tal forma que el depositario no podía hacer uso de la cosa, ya que si no cometía “*furtum nene*”. La gratuidad era un elemento esencial del depósito ya que si no se transforma en arrendamiento de obra. Sin embargo, se admite que pudiera pactarse una compensación a título de honorarios, antes que de prestación.

El depositario debía restituir la cosa con todas las accesiones y los eventuales frutos a petición del depositante antes del término convenido. Por la pérdida o el deterioro de la cosa respondía, en el derecho clásico, sólo en el caso de que hubiera habido dolo, lo cual se equiparó a la “*culpa lata*”, y, en el derecho justiniano respondía hasta la “*culpa in concreto*”; pero si había hecho uso de la cosa era responsable aún en el caso fortuito.

El depósito era un contrato bilateral imperfecto. El depositante tenía contra el depositario la “*actio depositi*” que podía ser “*in factum*” o “*in ius*” y daba lugar a un juicio de buena fe y llegaba a considerar infame al condenado. A su vez el depositario podía ejercer la “*actio depositi contraria*” por los gastos y los daños eventuales producidos por la cosa. En el derecho clásico se tenía también el «*ius retentionis*», pero ello deja de ser considerado en el derecho justiniano, debiendo restituir la cosa en cualquier momento y en su totalidad.

Figuras especiales del depósito eran: “el depósito necesario”, el “depósito irregular” y el “secuestro”.

- a) El *depósito necesario* era el constituido en un caso de necesidad por tumulto, incendio, naufragio u otra calamidad. No siendo libre la elección del depositario; éste en caso de que no cumpliera la restitución, era condenado al doble del valor (*in duplum*) -
- b) El *depósito irregular*, era un depósito de dinero u otra cosa fungible sobre la que le estaba permitido el uso al depositario, generalmente un banquero, que se obligaba a restituir otro tanto y eventualmente con intereses. En el derecho clásico no se diferenciaba del mutuo.
- c) El *secuestro*, era el depósito de una cosa, aunque fuese inmueble, realizado por varias personas “*in solidum*”, hacia un tercero que llamábase “*sequester*”, el cual debía restituirla a una de ellas al cumplirse una condición, o por la decisión de un juez. El secuestrario antes que la simple detentación tenía la posesión de la cosa defendida por los «*interdicta*” y estaba obligado a restituirla por la «*actio sequestraria*”.

5.0 La “*prenda*” (*pignus*), era el contrato real por el cual una de las partes (*pignorante*) consignaba a la otra (*pignoratario*) una cosa en garantía de un crédito, con la obligación para el que la recibía de restituirla cuando el crédito le hubiera sido satisfecho.

Hemos hablado ya de la prenda bajo su aspecto de derecho real de garantía. Aquí traemos en consideración el vínculo contractual por el cual el pignoratario, llamado acreedor pignoraticio en cuanto titular del crédito garantizado, se obligaba a restituir la cosa y por ello llegaba a ser al mismo tiempo deudor de la cosa hacia el pignorante. Elemento constitutivo de la obligación de la prenda era la “datio” que transfería la posesión y era defendida por los “interdicta” del pignoratario, el cual, sin embargo, no podía hacer uso de la cosa ya que si no caía en “furtum nene”. El pignoratario respondía por la conservación de la cosa hasta la “culpa leve” y acaecida la extinción del crédito garantizado debía restituirla con todas las accesiones y los frutos eventuales, salvo que éstos no hubieran sido computados en cuenta a los intereses y al capital del crédito garantizado (antichresis). Ya hemos visto, hablando de la prenda como derecho real, como venía regulada la relación en el caso del incumplimiento de la obligación.

El contrato de prenda era bilateral imperfecto, esto es: la obligación recaía toda ella sobre el pignoratario pero, el pignorante podía ser obligado a responder hasta de “culpa leve” por la idoneidad de la cosa para servir de garantía y por los gastos necesarios pagados por el pignoratario. Por lo tanto del contrato de prenda nacían dos acciones: una a favor del pignorante contra el pignoratario para recuperar la cosa después que se hubiera extinguido el crédito garantizado, llamada “actio pignoratitia in personam” (para distinguirla de la “in rem” que correspondía al acreedor pignoraticio para la defensa de su derecho real), y otra en favor del pignoratario contra el pignorante llamada “actio pignoratitia contraria”.

5. Los Contratos Consensuales.-

En los contratos consensuales la “obligatio” nacía del simple acuerdo de las partes (consensus), cualquiera que fuese la forma en que se hubiese manifestado. Este valor del consentimiento como elemento constitutivo de un “contractu” fue reconocido a través de toda la época clásica sólo para cuatro figuras típicas del “ius gentium”. Pero aunque en el derecho justiniano se reconoce valor contractual a otros acuerdos voluntarios, éstos no fueron comprendidos en la categoría tradicional de los contratos consensuales, que permaneció así, pues, limitada a la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.

Por la absoluta libertad de la manifestación del consentimiento se conseguía que estos contratos pudieran ser concluidos también entre personas no presentes en el mismo lugar, de viva voz, por carta, personalmente o “per nuncium”.

Las acciones derivadas de los cuatro contratos consensuales, daban lugar a juicios de buena fe.

1.0 *Compraventa* (emptio venditio) .—Era el contrato consensual por el cual, una de las partes (vendedor) se obligaba a consignar una cosa a otra persona (emisor) y ésta se obligaba a pagarle en correspondencia una suma de dinero (pretium).

Para entender la compraventa romana era necesario tener bien presente que el contrato no implicaba la transferencia de la propiedad de la cosa vendida, como, sin embargo, sucede en el derecho moderno, sino que generaba tan sólo dos obligaciones recíprocas, por las cuales de un lado el vendedor tenía el derecho al precio, y, de otro, el comprador tenía el derecho a recibir la cosa. Era así, pues, un contrato bilateral por cual nacían dos acciones distintas y contrarias para la realización de los respectivos créditos del vendedor y del comprador, pero no efectos reales.

Para que el contrato fuese perfeccionado bastaba el consentimiento de las partes sobre la cosa y sobre el precio.

El consentimiento podía manifestarse de cualquier modo, pero era corriente que se confirmara el contrato con arras 'y documentos escritos, que, sin embargo, tenían mera función probatoria. En la época postclásica, no obstante, si se había convenido realizar un acto escrito, el contrato se perfecciona-ha solamente si, en efecto, él era realizado.

El objeto de la compraventa llamábase "merx". La mercancía podía ser cualquier cosa mueble o inmueble, corporal o incorporeal, presente o futura. Para las cosas futuras se distinguía la "emptio rei" y la "emptio rei speratae", según que el objeto radicase en la esperanza de que la cosa se produjese, o bien en la cosa misma que se esperaba que se produjese. En el primer caso, aunque la esperanza no se verificase el comprador estaba obligado a pagar el precio, porque sustancialmente había adquirido la posibilidad de su existencia; en el segundo, el contrato se consideraba condicionado a la efectiva realización de la cosa. La inexistencia del objeto o su consideración de inercialidad hacían nula la venta en el derecho clásico. En el caso de la pérdida parcial de la cosa antes del contrato éste se restringía y se refería, pues, a la parte existente con la reducción proporcional del precio. Para las cosas fuera de comercio, en cuanto —como ya se ha dicho— la venta no significaba transferencia de dominio sino sólo creación de obligaciones, se admite en el derecho justiniano que si el comprador ignoraba tal inercialidad el vendedor debía indemnizarle. Igualmente el vendedor estaba obligado a resarcir el "id quod interest" al comprador en el caso de la venta de cosa ajena, y por ello no se producía la nulidad del contrato.

El precio debía ser determinado (certum) o determinable y consistir en una suma de dinero ya que de no ser así había donación y no compraventa. Si era remitido al arbitrio de un tercero el contrato se consideraba en el derecho justiniano como condicionado. En el derecho clásico no era necesario que fuese proporcionado al valor de la cosa (iustum) con tal de que no existiese ánimo doloso y siempre que la venta no significara un precio irrisorio con el fin de enmascarar una donación prohibida, como entre los cónyuges solía darse. En el derecho justiniano se dispuso, sin embargo, que cuando el precio de un inmueble fuese inferior a la mitad del precio justo, el vendedor podía obtener la rescisión del contrato al menos de que él comprador no prefiriese reintegrar la totalidad.

Perfeccionado el contrato con el consentimiento sobre la cosa y sobre el precio y si no existían algunas otras condiciones, el riesgo por la pérdida fortuita de una cosa pasaba al Comprador (*periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet*), por lo que éste estaba obligado a pagar el precio aunque la cosa hubiérase perdido antes de la entrega y aunque el vendedor no fuese el propietario; por otra parte, sin embargo, le correspondía a él todo incremento de la cosa que hubiera tenido lugar entre la conclusión del contrato y la entrega. Cuando, sin embargo, el objeto hubiera consistido en cosas fungibles, todavía no separadas de las del vendedor, el riesgo recaía sobre este último hasta el momento de la separación.

Del contrato, hemos dicho, nacían dos acciones: una del comprador contra el vendedor (*actio empti*), y otra del vendedor contra el comprador (*actio venditi*). El contenido de estas dos acciones determinaba las recíprocas obligaciones.

El vendedor estaba obligado, principalmente, a consignar la cosa. Esto es entendido literalmente en el sentido de que su obligación no era sólo aquella de transferir la propiedad de la cosa, sino que se limitaba a transferir sólo la “vacua possessio” o la pacífica posesión (*habere licere*), lo cual tenía lugar mediante la “*traditio*”. Esta, en el derecho clásico, si la cosa era “*nec mancipi*” y de absoluta propiedad del vendedor, hacía ciertamente que el comprador llegara a ser propietario en tanto en cuanto la compraventa constituía “*justa causa traditionis*”. Si por el contrario era una «*res mancipiz.*, con la *traditio*” el comprador adquiriría sólo la posesión hasta la *usucapion*, dando lugar en éste intervalo a la particular situación protegida por el pretor que se llamó “*ius bonis habere*”, y de la cual ya hemos hablado al examinar la propiedad pretoria. No parece, en efecto, que el vendedor pudiera ser constreñido a realizar la “*mancipatio*” o la “*in iure cessio*”. En el derecho justiniano, desaparecida la distinción entre “*res mancipi*” y “*nec mancipi*” y las formas solemnes para la transferencia de la propiedad, la “*traditio*” siempre que la cosa fuese del vendedor, transfería en todos los casos la propiedad al comprador. Se discute si en el derecho clásico para tal adquisición era necesario o no el pago del precio o al menos una garantía por parte del comprador; tal pago parece, sin embargo, exigido en el derecho justiniano, salvo cuando el vendedor se hubiera confiado a la honestidad del comprador.

En un principio, consignada la cosa, el vendedor no tenía ninguna otra obligación, aunque hubiera entregado una cosa que no le fuera propia y aunque la tal hubiera sido reivindicada por el propietario (*evictio*). Si había realizado la «*mancipatio*” respondía, sin embargo, con la «*actio auctoritatis*”. Para crear un vínculo de garantía cuando no existiera «*mancipatio* o la cosa fuese “*nec mancipi*” se introdujo el uso de añadir a la compraventa algunas “*stipulaciones*” accesorias para el caso de *evicción*, la más común de las cuales llega a ser la “*stipulatio duplae*”, con la cual el vendedor se obligaba a devolver el doble del precio. La difusión de estas garantías accesorias fue tal que acabaron por ser consideradas como elemento estructural del contrato, así que el vendedor no sólo fue obligado a consignar la cosa, sino, también, a garantizar al comprador el resarcimiento en caso de *evicción* total o parcial de la cosa y respondía con la “*actio empti*” hasta el doble. Además de por la *evicción* el vendedor respondía de los vicios ocultos de la cosa. También en este caso se acostumbró, en un principio, a garantizar al

comprador con determinadas estipulaciones, con frecuencia añadidas a aquellas para la evicción. Más adelante, para la venta de los esclavos y de los animales los ediles curules, que ejercían la jurisdicción sobre los mercados, concedieron al comprador una “*actio redhibitoria*” para exigir el cumplimiento del contrato o, si así lo prefería, una “*actio aestimatoria*” o “*quanti minoris*” para la reducción proporcional del precio.

Estas acciones fueron más tarde extendidas por Justiniano a cualquier cosa y aun a las inmuebles, mientras que en el derecho clásico se había admitido que los vicios ocultos pudieran ser reclamados mediante la “*actio empti*”, lo que sirvió para actuar contra todas las obligaciones del vendedor.

La obligación del comprador era la de pagar el precio transfiriendo la propiedad de las monedas. Por otra parte, si el precio no era pagado, él estaba obligado al pago de los intereses desde cuando le hubiera sido consignada la cosa, independientemente de la mora.

Entre los principales pactos que se podían añadir a la compraventa recordamos;

- La “*lex commissoria*”, con la cual el vendedor se reservaba la posibilidad de declarar resuelto el contrato y exigir la cosa si el precio no le había sido pagado en los términos fijados;
- La “*in diem addictio*”, con la cual el vendedor se reservaba el derecho de rescindir el contrato si dentro de un cierto término hubiera recibido una oferta mejor;
- El “*pactum displicentiae*”, con el cual el comprador se reservaba la facultad de restituir la mercancía y pretender la restitución del precio si dentro de un cierto plazo no hubiera resultado de su agrado;
- El “*pactum de retro emendo*” y “*de retro vendiendo*”, con los cuales el vendedor y el comprador, respectivamente, se reservaban por un cierto tiempo, el derecho de readquirir del comprador o de revender al vendedor la misma cosa por el mismo precio.

2.0 Arrendamiento (locatio conductio) .—Era el contrato consensual en virtud del cual una de las partes se obligaba a proporcionar el goce de una cosa (*locatio rei*) o bien la prestación de una serie de servicios (*locatio operarum*) o de una obra determinada (*locatio operis*), contra la obligación por parte de la otra de un correlativo en dinero que llamábase “*merces*”, “*pensio*” o “*canon*”.

En la “*locatio rei*” y en la “*operarum*” la parte que entregaba la cosa o prestaba los servicios llamábase “*locator*” y la que recibía “*conductor*”.

En la “*locatio operis*” los términos eran invertidos ya que llamábase “*conductor*” a quien estaba obligado a realizar la obra y “*locator*” a quien la recibía, acaso porque por lo general tenía la propiedad de la materia con la cual la obra era realizada.

La “*locatio rei*” podía tener como objeto cualquier cosa mueble o inmueble, aunque ciertamente inconsumible o, también, el ejercicio de un derecho real sobre

cosa ajena como el usufructo o la superficie. Si era una casa, el “conductor” llamábase “inquilinus”, y si era un fundo, “colonus”. El “locator” estaba obligado a hacer que el “conductor” no fuese perturbado en el disfrute de la cosa, pero el “conductor” era simple detentador en nombre del “locator”, y sin embargo, a él le estaba concedido, excepcionalmente, el ‘cinterdictum de vi armata’ toda vez que hubiera sido “eiectus” con la fuerza de las armas, del fundo arrendado. En todo caso él era titular tan sólo de un derecho de obligación que podía ejercitar exclusivamente contra el arrendador. Así es que si éste vendía la cosa, el adquirente no estaba obligado a reconocer el derecho del arrendatario, el cual, sin embargo, podía actuar contra el arrendador, para el resarcimiento. El arrendador estaba, en efecto, obligado a dejar al arrendatario la cosa por el tiempo convenido, que podía ser determinado o indeterminado (*locatio perpetua*) o, también, para siempre (*locatio in perpetuum*); a responder por la evicción de la cosa; a mantener la cosa en condiciones de servicio normal, sin cambios, y a pagar los impuestos.

El arrendatario estaba obligado a pagar el precio pactado, que tratándose del arrendamiento de un fundo podía consistir en una parte de los frutos (*pare quota*), o en una cantidad preestablecida de víveres (*pare quanta*). En el primer caso se tenía la “*colonia partiaria*”, que más propiamente se asemejaba al contrato de sociedad.

El arrendatario debía usar de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, y restituirla al finalizar el contrato sin deterioros que no fueran derivados del uso normal. Respondía también de la “*custodia*”. En el derecho clásico si abandonaba el fundo sin una causa justa antes del plazo estaba obligado al pago total de la contraprestación, y en el derecho postclásico tan sólo del daño realizado. Hacía suyos los frutos de la cosa con la percepción si el arrendador era propietario; podía subarrendar si no se había pactado lo contrario; tenía derecho al resarcimiento en el caso de que no llegara a gozar por una causa imputable al arrendador y a la remisión o al reembolso del precio en el caso de un impedimento derivado de fuerza mayor. En el derecho clásico tenía facultad para ser reembolsado por los gastos necesarios, y en el derecho justiniano aun por aquellos que fueran considerados útiles.

Si el arrendamiento era a plazo determinado se resolvía, salvo en los casos de desestimiento acordado, al finalizar tal plazo; pero si el arrendatario continuaba gozando de la cosa sin que el arrendador se opusiera se daba entonces una “*me locatio*” tácita, con variada duración. Si era a plazo indeterminado, por lo general, se transmitía a los herederos y cesaba por la rescisión de una u otra parte.

Dado que la compraventa romana no era traslativa de la propiedad, a veces era difícil distinguirla del arrendamiento.

La «*locatio operaris*», tenía por objeto servicios generalmente de carácter manual análogos a aquellos propios de los esclavos (*operae illiberales*), por lo que las actividades profesionales como las del maestro, del médico, del abogado ~*operae liberales*) no se incluía en ella y, por largo tiempo, quedaron sin la protección

jurídica, la cual fue determinada tan sólo en la edad imperial por la «eognitio extra ordinem» con él reconocimiento de un derecho a los “honorarium”. En la “locatio operis” el arrendador debía realizar las “operae” convenidas personalmente y por ello su obligación no se transmitía a sus herederos. La obligación del arrendatario consistía en el pago de la contraprestación establecida y pasaba a sus herederos por lo que la muerte de él no extinguía la relación establecida.

La “*locatio operis*”, consistía en el cumplimiento por parte del arrendatario con trabajo propio o ajeno, de una obra determinada sobre la cosa del arrendador. El concepto de obra era muy vasto y podía consistir en la transformación, manipulación, restauración, limpieza, custodia, transporte de la cosa y, aun en la instrucción de un esclavo. Si la cosa hubiera sido del arrendatario en lugar de arrendamiento había compraventa; por ello no se daba en la construcción de un edificio, en la cual los materiales podían ser puestos por el arrendatario y el suelo por el arrendador de la obra. El arrendador estaba obligado a realizar la obra convenida según el contrato y si éste o la naturaleza de la obra lo permitía podía realizarla a través de otros o subarrendarla. La obra debía ser hecha en el tiempo fijado o necesario y en el lugar establecido. El arrendatario respondía sólo de la culpa y a veces de la custodia. El arrendador estaba obligado a pagar la contraprestación una vez realizado el trabajo, salvo que hubiera sido convenido de otra forma. El contrato se extinguía con la ejecución de la obra y por la muerte del arrendatario tan sólo si había sido determinado en consideración a su calidad personal.

El arrendamiento era un contrato bilateral del cual nacían obligaciones a ambas partes y así, pues, dos acciones distintas:

La “*actio locati*”, que correspondía al arrendador contra el arrendatario, y
 La “*actio conductis*”, que correspondía al arrendatario contra el arrendador para la regulación, ambas, de toda pretensión derivada de la relación creada.

Una aplicación particular de estas acciones es realizada por la jurisprudencia con respecto a la regulación de las averías consiguientes en el transporte marítimo, que era uno de los tantos casos de la “locatio operis”. Partiendo del complejo de normas consuetudinarias del derecho marítimo Mediterráneo que toma el nombre de “lex Rhodia” y que regulaba la indemnización correspondiente a los propietarios de las mercancías arrojadas al mar para aligerar y llevar a cabo el salvamento de la nave, se concede a ellos la “actio locati” contra el armador y a éste la “actio conducti” contra los propietarios de las mercancías salvadas, para que contribuyesen en una participación proporcional, al daño derivado del abandono y hecho en interés común.

El mismo principio es extendido a cualquier sacrificio sufrido por las mercancías o por la nave en interés común.

3.0 La *Societas* (societas).—Era el contrato consensual en virtud del cual dos o más personas (soci) se obligaban entre ellos a poner en común bienes o prestaciones personales para conseguir un fin lícito y para ellos ventajoso.

La voluntad concorde de dar vida a la sociedad y de mantenerla llamábase “*affectio societatis*”. La sociedad creaba un “*ius quodam modo fraternitatis*” entre los socios, derivado de la forma más antigua de sociedad legítima como era el “*consortium*” familiar. Este se establecía automáticamente entre los “*filifamilias*” sobre el patrimonio paterno indiviso a la muerte del “*pater*”, o como reflejo de él era creado entre extraños. Era un instituto del “*ius civile*” reservado a los “*cives*”, y que decayó en la época antigua, siendo suplantado por la «*societas*” del “*ius gentium*”, en la cual confluían diversas figuras tanto por su origen como por sus funciones. Los dos tipos principales de sociedad eran:

La “*societas omnium bonorum*”, en la cual los socios cedían sus patrimonios con todos los bienes presentes y futuros, y

La “*societas unius negotii*”, en la cual las aportaciones eran hechas para una determinada actividad.

Si su finalidad iba dirigida a un lucro pecuniario se llamaban “*societates quaestuariae*”.

Cada socio se veía obligado al cumplimiento de las aportaciones prometidas. Tales aportaciones podían ser de diferente significación entre socio y socio y de diferente naturaleza, en tanto en cuanto uno podía aportar bienes y otro prestaciones de trabajo; pero todos debían obligarse a una prestación. La prestación efectiva no era, sin embargo, necesaria para el perfeccionamiento del contrato, toda vez que éste era “*consensu contrahitur nudo*”. Los bienes conferidos podían consistir en cosas, créditos y uso de cosas. Para las cosas, en el derecho clásico era necesario que fuesen utilizados los modos de transferencia de la propiedad idóneos para establecer sobre ellas el condominio con los otros socios en las cuotas establecidas, excepto que fuese en la “*societas omnium bonorum*” donde bastaba el simple consentimiento para realizar la transferencia. Las ganancias y las pérdidas podían ser diversamente distribuidas según fuesen acordadas y si faltaba el acuerdo se dividían en partes iguales cualquiera que fuese la proporción de las aportaciones. Alguno de los socios podía estar exento de las pérdidas, pero no podía ser excluido de las ganancias, ya que si no se caía en las “*societas leonina*”, que era nula.

Cada uno de los socios, salvo pacto en contrario, podía realizar por sí solo los actos de administración para el fin social. Los efectos recaían sobre él, pero tenía la obligación de considerar como comunes las adquisiciones hechas y por otra parte el derecho de ser indemnizado por los consocios por las pérdidas que hubiera sufrido en la administración de la sociedad. El tercero que había negociado con él no podía dirigirse contra los otros socios, salvo en el derecho justinianeo, a pesar de que las ganancias hubieran recaído en la sociedad. La responsabilidad de cada uno de los socios hacia los respectivos consocios, que en el derecho clásico se limitaba tan sólo al dolo, es extendida en el derecho justinianeo hasta la culpa sin concreto”.

A cada uno de los socios le competía contra los otros la “*actio pro socio*” para el cumplimiento de las obligaciones derivantes de la relación creada entre ellos. La condena que recayese sobre algún socio portaba, ciertamente, a la infamia para el que la sufría, pero no se extendía más allá de tales límites (*beneficium competentiae*). Para la división de las cosas comunes se podía ejercer la “*actio comuni dividum*”.

La sociedad se disolvía:

- “*Ex personis*”, principalmente por la muerte o la “*capitum deminutio*” de uno de los socios;
- “*Ex rebus*”, por la pérdida o consideración de que la cosa objeto de la sociedad está fuera del comercio o, también, porque se ha alcanzado el fin de ella, e, igualmente, por la imposibilidad o ilicitud del fin;
- “*Ex voluntates*”, por el desacuerdo de las partes (*dissensus*); por abandono de uno de los socios (*renunciatio*), con tal de que no fuera por culpa dolosa o intespectiva, y por finalizar el plazo determinado;
- “*Ex actione*”, por la transformación de la sociedad mediante “*stipulatio*” o, bien, por el ejercicio de la “*actio pro socio*”.

4.0 *Mandato* (*mandatum*) .—Era el contrato consensual en virtud del cual una de las partes se obligaba a realizar gratuitamente una gestión que le había sido conferida por otra persona. Para los actos realizados por un tercero gracias a su iniciativa y posteriormente aprobados por el interesado, la ratificación (*ratihabitio*), equivale al mandato.

Quien confiaba la gestión llamábase “*mandans*” o “*dominus negotii*”; quien iba a realizarla «*is qui mandatum suscipit*” (*mandatario*) o «*procurator*”. El mandato y la procura eran en el derecho clásico institutos distintos en tanto en cuanto que el mandato era la gestión de un servicio singular y se agotaba cuando ésta era realizada; y la procura, por el contrario, consistía en confiar por largo tiempo, generalmente al propio “*liberto*”, la administración del patrimonio total con las más amplias facultades (*procurator omniun bonorum*). Desde el derecho clásico se reveló la tendencia a considerar al *procurator* como un *mandatario* general hasta que en el derecho justiniano los dos institutos aparecen fundidos y para alguna de las facultades más sobresalientes del antiguo “*procurator*” se exigió un mandato especial, tal como, por ejemplo, para enajenar, presentarse en juicio, etc.

El mandato podía tener por objeto cualquier gestión, con tal de que no fuese ilícita o inmoral, y podía consistir en el cumplimiento de una actividad jurídica (adquirir o vender, presentarse en juicio, dar en mutuo, etc.) o de hecho (desempeñar una administración, construir un edificio, transportar una cosa, realizar una plantación, lavar ropa, etc.). Por lo general era conferido en interés del mandante o de un tercero, pero en ambos casos podía estar íntimamente ligado también a un interés del *mandatario*.

La gratuidad era elemento esencial del mandato y debido a ella se diferenciaba del arrendamiento, de la aceptación que estaba determinada por el “*officium*” Sin embargo, a veces, se introduce la costumbre de retribuir al *mandatario* con una

remuneración a título honorífico (*honorarium, munus, salarium*), que si se había convenido, podía ser exigida con una “*actio in factum*” o por medio del procedimiento “*extra ordinem*”.

El mandatario estaba obligado a cumplir el mandato; a no excederse de los límites y de las instrucciones recibidas y, a falta de éstas, a actuar de acuerdo con los intereses del mandante; a entregar todas las adquisiciones hechas, transfiriendo el dominio con sus frutos respectivos; a restituir lo no gastado; a entregar los intereses percibidos y a rendir cuentas de tal manera que nada quedase como beneficio suyo. Podía realizar el mandato no ya personalmente y su responsabilidad, que en el derecho clásico quedaba limitada al dolo, fue extendida en el derecho justiniano hasta la culpa leve.

El mandante estaba obligado hacia el mandatario por los gastos por él contraídos; por las pérdidas sufridas y por los intereses de las sumas anticipadas y debía, asimismo, asumir las obligaciones pasivas por él contraídas en la realización del mandato.

En las relaciones con los terceros, ya que no estaba admitida la representación, el mandatario adquirió derechos y asumía obligaciones personales; sin embargo, como ya hemos visto, fueron dadas acciones útiles al tercero contra el mandante y también se concede a éste la facultad de actuar contra el tercero.

De este contrato, que era bilateral imperfecto, nacían:

La “*actio mandati directa*”, para el mandante contra el mandatario y, al menos en el derecho justiniano;

La “*actio mandati contraria*”, para el mandatario contra el mandante.

La condena en la primera de las dos acciones era infamante.

El mandato se extinguía por el cumplimiento de la gestión; por la voluntad común; por la revocación del mandante; por la renuncia del mandatario y por la muerte de una de las partes. Tan sólo en el derecho justiniano se reconoció validez al mandato consistente en una gestión que había de cumplirse después de la muerte del mandante (*mandatum post mortem*). En cuanto a la revocación y la renuncia si la realización de la gestión no se había comenzado el mandante estaba obligado al pago de los gastos anticipados del mandatario y éste por los daños que podían derivarse en perjuicio del mandante.

Por otra parte, lo primero surgía efecto desde el momento en el cual el mandatario hubiese tenido conocimiento de la revocación.

6. Los Contratos Innominados.

Es la categoría de contenido más rico y variado en tanto en cuanto son infinitas las relaciones que abarca. Los contratos innominados eran convenciones que producían obligaciones y se transformaban en contrato cuando una de las partes había realizado la prestación a la cual se había obligado; desde aquel momento la otra parte quedaba obligada para la ejecución o tramitación de la suya. Ello le aproximaba a los contratos reales en los cuales la obligación nacía de la

prestación realizada por un sujeto, pero divergían de ellos por su origen histórico y porque, por lo general, tenían el fin de obtener una cosa diversa o también diversa prestación.

Por otra parte, el reconocimiento de los efectos obligatorios de tales convenciones como contratos es muy tardío, acaso tan sólo sea propio de la edad justiniana. En el derecho clásico, siendo considerados como contratos solamente las figuras típicas reconocidas por el “*ius civile*” y por el “*ius gentium*”, a quien había realizado la prestación le correspondía, si la otra parte era incumplidora, una “*condictio*” para recuperar aquello que había dado, o una “*actio doli*” para obtener el resarcimiento del daño derivado de la prestación hecha y nada más. Sin embargo, en algunos casos, que podían ser considerados junto a las figuras de los contratos ya reconocidos, se concede una “*actio in factum*” para obligar a la otra parte al cumplimiento de la obligación y, también, al mismo fin, una “*actio civilis incerti*”, en la cual, no teniendo el compromiso un nombre específico, se le determinaba mediante una premisa (*praescriptio*), por lo que se llamaba “*praescriptis verbis agere*”.

Habiéndose perfilado una noción de contrato que comprendía toda convención lícita, ellas fueron asumidas entre los contratos, y más tarde en el derecho justinianeo, las innumerables hipótesis de contratos innominados, algunos de los cuales tienden a su vez a configurarse como figuras típicas, fueron subdivididas en cuatro grupos, tomando como fundamento el diferente contenido de las recíprocas prestaciones que implicaban:

- 1) “*Do ut des*.”—Es la transmisión de una cosa para obtener otra;
- 2) “*Do ut facias*.”—Es la transmisión de una cosa a cambio de una actividad;
- 3) “*Facio ut des*.”—Es el cumplimiento de una actividad para obtener la transmisión de una cosa;
- 4) “*Facio ut facias*.”—Es el cumplimiento de una actividad a cambio de otra actividad.

Cuando una de las partes había realizado su prestación tenía derecho a exigir de la otra el cumplimiento de la contraprestación mediante la “*actio praescriptis verbis*”, acción general para todas las convenciones, que a veces, en las fuentes justinianas, se encuentra mencionada también con otros nombres y que era de buena fe. Por otra parte, si la prestación realizada consistía en una “*datio*”, podía exigir la cosa mediante la rescisión del contrato, y, si se trataba de un injustificado retraso, la contraprestación con la “*condictio ex poenitentia*” o bien, cuando la otra parte fuese incumplidora, con la “*condictio causa data causa non secuta*”.

Los contratos innominados que principalmente asumieron un aspecto típico fueron: la permuta, el contrato estimatorio, la transacción y el precario.

La Permuta (*permutatio*) .—Ella se daba cuando una parte transfería la propiedad de una cosa a la otra, la cual se obligaba a transferir la propiedad de otra cosa. En el derecho clásico los Sabinianos quedaban considerarla como compraventa; pero, sin embargo, prevaleció la tesis negativa de los Proculyanos. Profunda era,

efectivamente, la diferencia entre los dos institutos, no obstante desempeñar una función análoga; principalmente porque el requisito de la compraventa era el precio en dinero, ya que si nó no implicaba la transferencia de la propiedad y se perfeccionaba tan sólo con el consentimiento, mientras que en la permuta la obligación nacía mediante la transferencia de la propiedad de una cosa y se perfeccionaba por la transferencia de otra. Si alguno se obligaba solamente a dar o bien daba una cosa ajena el negocio así realizado era nulo. A la permuta fueron, por otra parte, asimiladas las reglas de la compraventa sobre la evicción, los vicios ocultos y el riesgo a cargo del acreedor. En el derecho justiniano la permuta es comprendida entre los contratos “do ut des” y provista de la “actio praescriptis verbis” en lugar de la «actio in factum» o de la simple “condictio” correspondiente en el derecho clásico a quien había entregado la cosa.

El contrato estimatorio (aestimatum) .—Se daba cuando una de las partes consignaba una cosa a la otra a fin de que la vendiese, y ésta se obligaba a dar el valor determinado o bien a restituir la cosa invendida. Se discutía en el derecho clásico si se trataba de venta, mandato o, bien, arrendamiento de cosa o de obra. Parece que el pretor concedió ya una “actio in factum” llamada “de aestimato” en favor del propietario de la cosa. En el derecho justiniano, a través de la “actio praescriptis verbis” podía obligarse al cumplimiento de la prestación que se había determinado.

La transacción (transactio) .—Era una convención a través de la cual las partes ponían fin a un litigio comenzado o evitaban su nacimiento, haciendo concesiones recíprocas. En el derecho clásico ella era causa de actos abstractos con los cuales las partes realizaban transferencias (mancipatio) o asumían obligaciones (stipulatio); pero de la convención determinada como simple pacto no nacía nada más que una “exceptio pactis”. Por otra parte, podía ser realizada tan sólo antes de la sentencia del juez. En el derecho justiniano fue comprendida entre los contratos innominados y provista de una “actio praescriptis verbis” correspondiente a la parte cumplidora y podía ser realizada sólo hasta que no existiese una sentencia definitiva.

El Precario (precarium) .—Era un negocio por el cual una de las partes concedía gratuitamente el uso de una cosa de un derecho a otra, la cual se obligaba a restituir la cosa o a cesar en el uso de ella a petición del concedente. La posesión del precarista se consideraba viciada en las relaciones del concedente de tal forma que éste en el derecho clásico podía obtener la restitución de la cosa con el “interdictum de precario”, además de, naturalmente, con la “rei vindicatio” que le correspondía en cuanto era propietario. Sin embargo, de la relación no nacían efectos obligatorios. Estos fueron reconocidos sólo con el derecho justiniano cuando el precario fue encuadrado entre los contratos innominados, pudiendo entonces el concedente hacer valer su derecho de obligación contra el precarista mediante la “actio praescriptis verbis”.

7. Los Pactos.-

El «*pactio*» o «*pactum*», es definido en las fuentes romanas como el acuerdo de dos o más personas . Sin embargo, según el antiguo derecho romano, semejante

acuerdo podía generar «obligatio» sólo si era realizado en las formas indicadas por el «ius civile» o por una de las causas reconocidas por el «ius gentium», ya que de otra forma no producía efecto, y de aquí proviene la máxima «nuda pactio obligationem non parit».

No obstante, el derecho pretorio y el imperial reconocieron cada vez más intensamente cierta protección a los pactos que no fuesen contra las leyes o en fraude de una de las partes, concediendo así una *exceptio* en favor del contratante cuando la otra parte actuaba judicialmente en contradicción a los acuerdos determinados (*exceptio pacti conventi*). Ello sucedía generalmente cuando el pacto se adhería a un contrato principal, pudiendo ser concluido en el momento del contrato (*ex continente*), o posteriormente (*ex intervallo*). En este segundo caso tenía, sin embargo, eficacia sólo si se daba en favor del contratante. El más típico de ellos era el «*pactum de non petendo*», con el cual, como ya hemos visto, el acreedor se comprometía a no exigir al deudor el pago. Para los pactos accesorios «*ex continente*» a un contrato, que daba lugar a un juicio de buena fe en el que debía el juez valorar «*ex fide bona*» el comportamiento de las partes y, así, pues, sus acuerdos, el actor y el contratante podía hacerlos valer directamente. En otros casos el pretor concedió una acción, por lo general sin «*factum*», con el fin de asegurar la protección a las relaciones que tenían su fundamento tan sólo sobre un acuerdo de las partes, independientemente de la existencia de un contrato al cual se había adherido.

En el derecho postclásico y justiniano se dio aún mayor reconocimiento a los «*pacta*», que aunque eran accesorios a la «*stipulatio*», fueron considerados inherentes a ella, y fue, por último, concebido como «*pactum tacitum*» cualquier acto del cual fuese posible deducir una determinada voluntad. Por otra parte, por la desaparición del procedimiento formulado, por la fusión entre el derecho civil y pretorio y por la amplitud conseguida por la noción del contrato, los pactos fueron sustancialmente asimilados a los contratos y cada uno de ellos es estimado como un auténtico «*pactum*».

Los «*pacta*» tenían, sin embargo, una función más amplia que la de los típicos contratos, pudiendo crear no sólo relaciones de obligación sino, aún, constituir algunos derechos reales. En el derecho justiniano, la parte que hubiese realizado la prestación a la cual estaba obligada por el «*pactum*» podía siempre, si faltaba una acción particular de tutela de la relación, exigir el cumplimiento de la contraprestación mediante la «*actio praescriptis verbis*», en cuanto el pacto valía como contrato innominado.

Entre los pactos más importantes recordamos, por haberlos ya descrito, además del «*pactum de non petendo*»; el «*pactum hypothecae*»; los pactos para la constitución del usufructo y de las servidumbres; el «*constitutum debiti alieni*» y el de «*debiti proprii*»; los pactos accesorios a la compraventa y, entre los que en seguida veremos, el «*pactum donationum*», nacidos todos ellos en épocas diversas, desde la edad clásica al derecho justiniano, y con diferentes protecciones.

Particular mención se hará aquí de algunos otros pactos que creaban relaciones especiales como el juramento voluntario, el compromiso y el “receptum”.

Se daba el *juramento voluntario* (ius iurandum voluntarium) cuando las partes litigantes se ponían de acuerdo para dirimir la controversia haciéndola depender del juramento de una de ellas. Para la realización del pacto quedaba especificada una “exceptio” y una “actio in pactum”.

Se daba el *compromiso* (compromissum) en tanto en cuanto las partes se ponían de acuerdo para someter la decisión de una controversia a un tercero, llamado “arbitrator”. En el derecho clásico, para constreñir a las partes a observar el compromiso existían estipulaciones penales; mientras en el derecho justinianeo fueron concebidas una “exceptio” y una “actio in factum” que proporcionaron eficacia al pacto en sí mismo.

Se daba el “*receptum*” cuando, mediante un pacto, una de las partes asumía una responsabilidad; así, en el “receptum arbitri”, cuando alguno se obligaba a actuar como árbitro en una controversia; en el «receptum argentarii» (fundido por Justiniano con el “constitutum debiti”), cuando un banquero se obligaba a pagar una suma por cuenta de un cliente; en el «receptum nautarum», “cauponum”, “stabulariorum”, cuando los armadores de una nave, los posaderos o los encargados de las caballerizas asumían una responsabilidad particular por la sustracción o el daño de las cosas a ellos confiadas. En todos estos casos ya en el derecho clásico el pretor concedía a través de su edicto una acción para hacer cumplir las responsabilidades a quien se había comprometido.

8. Las Promesas Unilaterales

Por cuanto ya hemos visto hasta aquí resulta que las obligaciones derivadas del contrato exigían un acuerdo de las voluntades. Tan sólo y excepcionalmente en el caso de la “dotis promissio” y de la “promissio iurata liberti” se daban promesas unilaterales, “uno loquente”, que se consideraban entre los contratos por la solemnidad de la forma. A estas dos excepciones se pueden, sin embargo, sumar otras dos, que en cierto sentido significarían para ellas lo que los «pacta» significan para los contratos, y éstas son el “votum” y la “pollicitatio”, que no son ciertamente contratos, sino promesas unilaterales, y de las cuales, excepcionalmente, nacía una obligación.

El “*votum*” era una promesa unilateral hecha a una divinidad, en la cual el sacerdote parece que podía actuar contra el que prometía para obligarlo a la prestación prometida.

La promesa unilateral de edificar una construcción pública o de entregar una suma a una ciudad por una “iusta causa”, como, por ejemplo, por haberle sido otorgado o que se le va a otorgar un honor, o un gesto de liberalidad. Ella podía ser obligada a su cumplimiento mediante la “cognitio extra ordinem” y la obligación nacía, según la causa, desde el momento de la promesa o bien desde aquel en el cual se había comenzado su incumplimiento. Se discute si era necesaria la aceptación. La obligación se transmitía en algunos casos a los herederos.

LAS OBLIGACIONES NACIDAS “QUASI EX CONTRACTA”

Como ya hemos señalado, la denominación de esta categoría de obligaciones se atribuye a los justinianeos, que bajo tal forma comprendieron diferentes figuras de obligaciones las cuales derivaban de hechos lícitos y podían ser identificadas a algunos de los contratos. Entre ellos, sin embargo, tenían de común tan sólo el hecho de no ser ni contratos, ni delitos. De ellas se dice que nacían “quasi ex contracta” y los intérpretes terminaron por llamarlas “quasi contratos”. Entre ellas, en el derecho romano, se encontraban: la gestión de negocios, la tutela, los legados, el pago de lo indebido, la comunidad incidental y la “interrogatio in iure”.

- a) *La gestión de negocios* (negotiorum gestio) consistía en la asunción de la administración de uno o más negocios ajenos sin que se hubiera recibido el mandato para ello. La persona que administraba llamábase “negotiorum gestor”; aquella en cuyo interés era realizada la administración se llamaba “dominus negotii”.

Reconocida en un principio para los casos particulares, fue protegida por el pretor con una “actio negotiorum gestorum”, que era de buena fe y considerábase “directa” cuando estaba dirigida contra el gestor; “contraria”, cuando era dirigida contra el “dominus”. Tal instituto fue recogido en el “ius civile” y, no obstante faltar el acuerdo contractual fue siempre equiparado en sus efectos a la figura del mandato, con el cual tenía muchos presupuestos en común.

De la relación, que era bilateral, nacían obligaciones recíprocas. El gestor estaba obligado a llevar a cabo el negocio que había comenzado: a dar cuenta de él; a transferir al “dominus” todos los efectos. Su responsabilidad se extendía generalmente hasta la culpa leve, pero se restringía al dolo y a la culpa lata si el negocio no permitía retardo alguno (necessitate urgente), y se extendía, aún, al caso fortuito si era de aquellas gestiones a las que el “dominus” estaba acostumbrado a realizar. El “dominus” estaba obligado a su vez a reconocer la gestión que le hubiera sido realizada con utilidad; a librar al gestor de las obligaciones asumidas con motivo de la gestión; al resarcimiento por los gastos y los daños presentes y futuros.

Se consideraban requisitos esenciales:

- a) uno o varios, actos de administración que podían consistir en una actividad jurídica o material y referirse a todo el patrimonio del “dominus”;
- b) la inalienabilidad del negocio realizado;
- c) la falta de mandato;
- d) la utilidad del “dominus”, entendida en el sentido de que él debería de haber realizado el acto, pero no de que tal acto debía de dar necesariamente un resultado útil.

Por lo general, era por otra parte exigida la intención del gestor de realizar la administración no en beneficio propio, sino en beneficio ajeno. Sin embargo, se admite en el derecho justiniano que cuando hubiera sido realizada en interés del propio gestor, pero que igualmente hubiera sido beneficiosa aun para el «dominus», la gestión fuera considerada en los límites del enriquecimiento que hubiera presupuesto. Si el «dominus» estaba en conocimiento de la gestión comenzada y no se oponía a ella, ésta se transformaba en mandato. Si, por el contrario, se daba la gestión «prohibente domino», en el derecho clásico se discutía en qué medida correspondía la acción al gestor; pero en el derecho justiniano le es negada del todo.

Un caso particular de gestión se daba cuando alguno tomaba a su cargo el entierro de un muerto, o «*pietatis causa*», sino sustituyendo a quien estaba obligado, pudiendo en tal caso exigir de éste el reembolso de los gastos que tuvieron lugar, con la «*actio funeraria*» ejercitable aunque hubiera sido expresamente «*prohibitio*» el entierro.

- b) *La tutela de los impúberes* daba lugar, por lo que se refiere a la cuestión patrimonial, a una relación de gestión de negocio en la cual el tutor actuaba como gestor. La acción correspondiente al pupilo contra el tutor, que llamábase «*actio tutelae*», era sustancialmente una «*actio negotiorum gestorum*»; y hasta que no se admite una «*actio tutelae*» contraria, ejercitable contra el pupilo por los honorarios de la gestión, el tutor frente a él ejercitaba una «*actio negotiorum gestorum*». En el derecho justiniano las obligaciones recíprocas fueron encuadradas, como la «*negotiorum gestio*», entre las que nacían «*quasi ex contractu*».

Lo mismo se puede decir para las obligaciones derivadas de la gestión de los tutores del demente, del pródigo, del menor de edad, que en el derecho clásico se hacían valer con una «*actio negotiorum*», probablemente concedida oficialmente, y en el derecho justiniano mediante una «*actio in personam*» dirigida contra el heredero. De todo ello hablaremos mejor al tratar de las sucesiones.

- c) *El pago de lo indebido* (*indebiti solutio*) se daba cuando alguno, considerándose obligado a entregar una suma o una cosa, la hubiera transferido a la persona que se consideraba acreedora. Habiéndose transferido la propiedad y no pudiéndose así, pues, ejercitar la «*reivindicatio*», le era concedida, a quien había pagado, una «*actio in personam*» bajo el nombre de «*condictio indebiti*». La relación nacida del hecho del pago se consideraba, pues, como una obligación, que según Gayo se constituía «*re*», como en el mutuo. El fundamento de la obligación de Justiniano es, por el contrario, situado en el indebido enriquecimiento de quien había recibido la prestación no debida y que estaba obligado a restituirla con las acciones y los frutos. El pago podía ser indebido por falta o nulidad del crédito; porque contra él se había opuesto una «*exceptio*»; porque debía ser realizado por otra persona o a una persona diversa; porque tratándose de una obligación bajo condición (condicionada), ésta,

sin embargo, no era verificable. En tales casos, no obstante, como veremos en las obligaciones naturales, el pago indebido era irrepetible y así, pues — al menos en el derecho justiniano—, si había sido realizado sin error, considerado como una donación.

Por analogía con el pago indebido pueden ser comprendidas entre las obligaciones nacidas cuasi contrato otros casos, en los cuales se daba una «datio» que hubiera llevado, a quien había recibido la transferencia de la propiedad, a un enriquecimiento injustificado por falta o ilicitud de la causa. En tutela de la obligación así nacida es determinada una “condictio”, la cual se cualificaba diversamente en las diferentes hipótesis. Recordamos aquí:

La “*condictio ob causam datorum*”: ejercitable cuando se había transferido la propiedad de una cosa en vista de una contraposición que más tarde no había sido realizada, como en los contratos innominados, o de un suceso que después no se había verificado;

La “*condictio ob turpem vel ininstam causam*”: ejercitable cuando se había entregado para una causa desaprobada por la ley, o bien para que otros realizaran un acto contrario a la moral o al derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. La inmoralidad debía ser sólo de quien hubiese recibido, por otro lado en «*pan causa turpitudinis melior est condicio possidentis*»;

La “*condictio sine causa*”: ejercitable cuando se había dado para una relación inexistente, imposible o cesada.

- d) La “*comunidad incidental de bienes*” (*communio incedens*), que ya hemos visto al tratar del condominio o copropiedad como un derecho real, era fuente de relaciones obligatorias entre aquellos que sin su propia voluntad, por herencia u. otra causa, se vieran cualificados como copropietarios de una misma cosa; en una situación análoga así, pues, a la que se daba en la comunidad establecida por un contrato de sociedad. Aun en este caso la “*actio communi dividundo*”, o tratándose de coherederos la “*actio familiae erciscundae*”, servía para regular la división de los beneficios, de los gastos y de los daños; a ella se añade en el derecho justiniano la “*actio negotiorum gestorum*”. Las obligaciones recíprocas (*praestationes personales*) entre copropietarios en la comunidad incidental de bienes son consideradas por Justiniano como derivadas del cuasi contrato.
- e) La “*interrogatio in iure*” consistía, en el derecho clásico, en una pregunta hecha bien por el pretor o por el actor en la fase “*in iure*” del proceso, al contratante, sobre una circunstancia importante para la decisión de la controversia.

El contratante quedaba vinculado por su “*responsio*”. En el derecho justiniano, desaparecida la distinción entre la fase “*in iure*” y la “*apud iudicem*”, la pregunta podía ser hecha en cualquier momento del proceso y llegaba a ser un medio de prueba válido para todo caso, considerándose la respuesta como fuente de una obligación “*cuasi ex contractu*” que ligaba al contratante al actor.

LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL DELITO

1. Nociones Generales

Junto al contrato y en contraposición, sin embargo, a él, la otra gran fuente de las obligaciones era, en el derecho romano, el “delictum”.

En la edad primitiva el acto delictivo hacía legítima la venganza privada, que más tarde quedó limitada al talión. Después, la venganza fue sustituida por una “composición”, en un principio voluntaria y después legal, que se transformó en pena pecuniaria, fija para cada tipo de delito, impuesta por el juez sobre la acción del ofendido y en favor de éste. Del delito nacía, pues, una «obligatio», que ligaba al ofensor y al ofendido y tenía como objeto una pena pecuniaria de carácter privado que habría de ser pagada a la parte lesionada, la cual tenía por otro lado derecho a proceder para obtener el resarcimiento cuando hubiera habido también un daño patrimonial.

También otros muchos delitos llegaron a ser considerados desde la época remota como lesivos de un interés de la colectividad, dando lugar a una pena pública, la cual podía ser corporal o patrimonial, y esta última dispuesta en favor del erado. La esfera de los delitos públicos, que llamábanse “enmina”, se fue poco a poco extendiendo y absorbió más tarde muchos de los antiguos delitos castigados con la pena privada, dejando a veces existir a ésta junto a la pena pública.

La categoría de los delitos privados, que llamábanse “delicta” o “maleficia”, se va, por consecuencia lógica de lo anterior, reformando, así que en la edad clásica y justiniana sólo comprendía cuatro figuras de culpabilidad: el hurto, la rapiña, el daño y la injuria, en las que la represión fue dejada a la iniciativa de la parte lesionada, a cuyo favor se extendía una pena pecuniaria. Ella constituía el residuo de la antigua “composición” y tenía una función punitiva, buscando principalmente la expiación, mientras que con los otros medios el ofendido buscaba el resarcimiento del daño sufrido. Sólo en el derecho justiniano, cuando para casi todos los delitos fue establecida una pena pública, la antigua pena privada asume igualmente la función de resarcimiento.

El estudio de los “crimina” corresponde principalmente al derecho público romano, mientras que es objeto de nuestro estudio sólo los “delicta” en tanto en cuanto son fuentes de obligaciones, esto es: aquellos actos ilícitos que se continuaron considerando lesivos tan sólo de un interés privado.

Como en todo acto ilícito, se exigía, para que existiese “delictum”, y así, pues, obligación, la lesión de un derecho y la voluntariedad del acto, esto es: la culpa.

Las obligaciones nacidas del delito tenían la característica de la acumulatividad, ya que si varios eran los culpables de un mismo delito cada uno era obligado por la totalidad de la pena; y de la intransmisibilidad, por la que no se transfería ni activa ni pasivamente a los herederos. Sin embargo, la intransmisibilidad activa, esto es, aquella en favor de los herederos del ofendido, es más tarde limitada a

aquellos casos en los que era más evidente la función vindicativa de las acciones, mientras la intransmisibilidad pasiva, esto es, aquella que recaía sobre los herederos del ofensor, es mantenida, concediéndose, sin embargo, al ofendido la facultad de actuar para obtener cuanto le hubiera sido dañado por consecuencia del delito. Para todas las obligaciones nacidas del delito imperaba, por otra parte, el principio por el cual si el acto delictivo había sido cometido por un “*filius-familias*” o por un esclavo, de él respondía aquel que tuviera la potestad en el momento en que fuera ejercida la acción, que por tal motivo llamábase “*actio noxalis*”. El que ejercía la potestad podía, no obstante, liberarse de la obligación abandonando al culpable a la venganza del ofendido (*noxae debitio*), y de no ser así sufría la pena pecuniaria. Esta facultad se mantuvo hasta el derecho justinianeo para los esclavos, mientras que desde la época clásica los “*fili*” tuvieron que responder personalmente, razón por la cual Justiniano abolió para ellos la “*debitio*” y admitió la acción directa. El principio de la “*actio noxalis*” se aplicaba también a los daños cometidos por los animales domésticos sin culpa del patrón.

Las acciones con las cuales se podía actuar eran penales, *Rei persecutorias* y mixtas. Con las acciones penales se exigía el pago de la pena pecuniaria privada. Con las “*acciones rei persecutoriae*” se exigía el resarcimiento de lo ilícito en el campo de los contratos. Las unas y las otras, al menos en el derecho clásico, se podían acumular. Las “*acciones mixtae*” iban dirigidas a exigir al mismo tiempo el resarcimiento y la pena. El valor clásico de esta distinción fue en parte alterado en el derecho justinianeo por introducirse el concepto de que la pena, calculada en un múltiplo del valor de la cosa en el momento del delito, comprendiese también el resarcimiento.

2. El Hurto

La noción del hurto (*furtum*) fue para los romanos más amplia que lo es en el derecho moderno. Ella, después de la edad republicana, comprendía, en efecto, no sólo la sustracción fraudulenta de una cosa mueble ajena (*furtum rei*), sino también el uso ilícito (*furtum usus*) o la apropiación indebida (*furtum posessionis*) de una cosa mueble que se detentase con el consentimiento del propietario. Las diferentes hipótesis son expresadas por los romanos con la palabra “*contrectatio*”, que significaba desde la separación material (*amotio*) a la simple manifestación de un cambio de la voluntad respecto a una cosa que desde un cierto momento se deseaba poseer para sí (*intervenire possessionem*).

El hurto se fundamentaba sobre un elemento objetivo que era precisamente la “*contrectatio*”, y sobre un elemento subjetivo, llamado “*animus furandi*”, que se manifestaba en la dolosidad del acto y en el fin de lucro.

El acto debía ser contrario a la voluntad del titular de un derecho sobre la cosa, ya fuese éste el propietario, o bien cualquiera que tuviera interés en la conservación de ella como el arrendatario, el comodatario, el acreedor pignoraticio.

Se admite también que el mismo propietario respondiera de hurto si había sustraído la cosa propia a quien tenía sobre ella un derecho real o de retención por la posesión de buena fe. No fue, sin embargo, aceptada la opinión de que se pudiera cometer el hurto de un inmueble. Sí era posible, no obstante, el hurto de una persona libre.

Se daban diversos tipos de hurto que implicaba cada uno de ellos una diversa responsabilidad. La más importante distinción, conocida ya por las XII Tablas, era aquella entre “furtum manifestum”, cuando el ladrón era cogido en flagrante delito, y el “furtum nec manifestum”. Si era realizado el hurto de noche, el ladrón podía ser matado aunque se hallara desarmado; si de día, tan sólo si iba armado y la persona robada hubiera pedido socorro infructuosamente. Este último elemento fue exigido en el derecho justiniano también para poder matar al ladrón nocturno.

Antiguamente, para el ladrón manifiesto existía la pena capital; en las XII Tablas, el azotamiento y la “addictio” al robado; más tarde, la pena del cuádruple del valor de la cosa, si se exigía con la “actio furti manifesti”, mientras en todo otro caso se tenía derecho a la pena del doble con la “actio furti nec manifesti”. En algunos casos particulares la pena se elevaba hasta el triple o el cuádruple y recaía también sobre los que hubieran ayudado al ladrón en la realización de su delito. La «actio furti» se podía igualmente ejercitar contra los instigadores y los cómplices. Para recuperar la cosa el lesionado podía ejercitar la “reivindicatio” o bien la “condictio furtiva”, la primera como una acción real al ser que era propietario, y la segunda como una acción personal que implicaba al ladrón la obligación de restituir la cosa robada (ésta era un tanto anormal respecto a las otras “condiciones” en cuanto no era concebible la obligación de dar una cosa de la cual el acreedor fuera ya propietario).

En el derecho justiniano la “actio furti” es la única acción que había conservado estricto carácter penal, permaneciendo distinta de las acciones de resarcimiento y acumulables con ella para obtener la pena pecuniaria, que era del cuádruple para el hurto manifiesto, y del doble en todo otro caso y contra cualquier persona. La “actio furti” llevaba toda la infamia al condenado. Le correspondía también a los herederos del que hubiera sufrido el hurto, pero no se ejercía contra los herederos del ladrón, hacia los cuales, por otra parte, se tenía el derecho de dirigir la “condictio furtiva” en cuanto se les hubiera prevenido.

3. La rapiña

La rapiña (vi bona rapt) se diferenció del hurto hacia el final de la república, constituyendo una hipótesis de él agravada por la violencia ejercitada por el ladrón, con el auxilio de otros o bien solo. De ella nacía una “actio vi bonorum raptorum” que implicaba una pena del cuádruple del valor de la cosa si ella era ejercida en el plazo de un año, y del “simplum” si más tarde del año. La acción era infamante para el condenado, y en el derecho clásico tenía carácter exclusivamente penal, siendo distinta de las acciones para el resarcimiento y con ellas acumulable; sin embargo, en el derecho justiniano asume carácter mixto,

comprendiendo al resarcimiento dentro del mismo cuádruple, del cual tres cuartas partes eran consideradas como pena y un cuarto como resarcimiento. Por otra parte, en el derecho clásico, el robado que había ejercitado la *actio furtiva* podía igualmente ejercer la “*actio vi bonorum raptorum*”, al menos dentro de ciertos límites que no son bien conocidos; en el derecho justiniano sólo hasta la concurrencia del cuádruple. Igualmente del cuádruple se respondía por las cosas de las cuales se hubiesen apoderado violentamente aprovechándose de un desastre (incendio, naufragio, etc.).

4. EL DAÑO

El daño (*damnum iniuria datum*) era la figura más general del delito privado y la fuente más significativa de las obligaciones nacidas de un acto ilícito. Puede defuirse como: la lesión o destrucción de la cosa ajena realizada con dolo o culpa; y se diferencia del hurto, principalmente, en que no presupone provecho alguno para el que lo realiza, y de la injuria en que no lleva consigo una ofensa personal sino perjuicio patrimonial. El desenvolvimiento de este delito procede de la *Lex Aquilia*, del siglo III a. de C., la cual completó algunas figuras particulares ya existentes en las XII Tablas (“*actio de pauperie*”, por los daños producidos por los cuadrúpedos; “*actio de pastu pecoris*”, por los daños producidos en el pasto sobre el fundo ajeno; “*actio de arboribus succisis*”, por la corta de los árboles y el daño a las plantaciones; “*actio de aedibus incensis*”, por el incendio de una casa). La *Lex Aquilia* establecía en tres capítulos:

1) que quien hubiera “*iniuria*” matado a un siervo ajeno o a un animal perteneciente a un rebaño ajeno debía al propietario el valor máximo que tuviera en el último año; 2) que quien en calidad de “*adstipulator*” hubiera por fraude liberado al deudor, debía al acreedor el valor del crédito; 3) que quien hubiese “*iniuria*” infligido daños a cosas ajenas debía al propietario el valor que ellas tuvieran en el último mes.

Partiendo del primero y del tercer capítulo, la jurisprudencia amplió notablemente la esfera de aplicación de la ley ya sea con la introducción de nuevas hipótesis del daño y la concesión de acciones en casos y a personas no previstas, ya sea con la extensión de la valoración del daño al interés directo o indirecto que la cosa tenía para el propietario.

Para la aplicación de la ley se exigía: *e)* una acción positiva que hubiera proporcionado un daño, no bastando la simple omisión; *b)* que la acción fuese realizada “*iniuria*”, esto es, no en el ejercicio de un derecho o por autorización del propietario, ni por necesidad o legítima defensa; *c)* que existiese dolo o al menos culpa, aunque ésta fuese mínima (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*); *d)* que existiese un “*damnum corpori datum*”, esto es, materialmente ocasionado por la gente y de tal naturaleza que dañara directamente a la cosa; *e)* que existiese un nexo de causalidad entre la acción y el daño.

Pero ya en el derecho clásico y aún más en el derecho justiniano se admite que se pudiera actuar con acciones útiles o “*in factum*” por los daños realizados no “*corpore*” o no “*corpori*”, esto es, indirectamente.

La *Aactio legis Aquiliae* correspondía sólo al propietario de la cosa, pero, al menos en el derecho justiniano, fue concedida una *“actio in factum”*, creada sobre el modelo de la anterior, al poseedor de buena fe, al acreedor pignoraticio, al usufructuario, al usuario y al colono. Si el demandado confesaba, la acción llevaba a la condena *«in simplum»*; si, por el contrario, negaba sin fundamento, la condena era *“in duplum”*, según el principio *«lis infitiando crescit in duplum»*, acaso sancionado por la ley misma para esta acción y más tarde extendido también a otras. En el derecho justiniano se consideró como auténtica negativa el no pagar espontáneamente, y de aquí que cuando era necesario ejercitar la acción la pena era siempre *“in duplum”* y comprendía tanto a la pena como al resarcimiento. En suma, en el derecho justiniano, fue concedida una *“actio in factum generalis”*, que análogamente a la *“actio praescriptis”* en materia contractual, asume, en sustancia, la función de una acción de resarcimiento por cualquier daño extracontractual así, pues, producido por culpa de alguien.

5. La Injuria.-

La injuria (iniuria), entendida en el sentido específico, era una lesión física infligida a persona libre o esclava, o cualquier otro hecho que significara un ultraje u ofensa (contumelia). La noción se fue ampliando hasta llegar a comprender no sólo los golpes, los ultrajes al pudor, las difamaciones verbales o escritas, la violación de domicilio sino cualquier lesión al derecho de la personalidad, y el impedimento al uso de una cosa pública.

Las injurias se consideraban *“atroces”* cuando asumían particular gravedad por la naturaleza del hecho (*ex facto*), por el lugar (*ex loco*), o por la posición social del ofendido (*ex persona*).

Las lesiones personales ya fueron determinadas por las XII Tablas, la cual admitía por la separación de un miembro o la inutilización de un órgano (*membrum ruptum*), el talión, esto es, una venganza igual, salvo la composición voluntaria; y sancionaba por la fractura de un hueso (*os fractum*) una composición fija de trescientos ases si había sido causada en un hombre libre, y de ciento cincuenta si a un esclavo; y para las lesiones menores una indemnización de veinticinco. Más tarde el pretor, con un edicto general y algunos de carácter particular, sustituyó en estos casos y concedió en otros una *“actio iniuriarum”* llamada *“aestimatio”*, con la cual el ofendido recibía una pena pecuniaria por él mismo estimada en relación a la ofensa recibida, salvo eventuales reducciones aportadas por el juez, el cual juzgaba *“ex bono et aequo”*. En las injurias atroces la *“aestimatio”* era hecha por el pretor. La condena era infamante y la acción no se transmitía ni activa ni pasivamente a los herederos.

Las injurias atroces infligidas a un esclavo se consideraban hechas al señor, el cual actuaba por sí mismo. Igualmente se podía actuar por sí mismo por las ofensas hechas a los hijos que estuvieran bajo su propia potestad, a la mujer, a la prometida, a la memoria o al cadáver de la persona de la cual se fuese heredero, mientras en algunos casos era concedido el actuar también a la persona libre de toda potestad. A veces las acciones se acumulaban.

Por otra parte, a partir de la “lex Cornelia de iniuriis” del último siglo de la república y para casos siempre más numerosos en la edad imperial, la represión pública concurre con la persecución privada. El ofendido tenía así abierta una doble vía: “criminaliter agere vel civiliter”. En el derecho justiniano la «actio iniuriarum» pierde el carácter de acción exclusivamente penal, para comprender, aún, el resarcimiento del daño.

LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CUASI DELITO

En la clasificación cuatripartita de Justiniano sobre las fuentes de las obligaciones son calificadas como nacidas del cuasi delito algunas obligaciones que derivan de hechos considerados ilícitos por el pretor, y por los cuales se incurría en una pena pecuniaria. Los casos recordados por Justiniano son:

1.0 “*E fusum et deiectum*”, que se daba cuando desde un edificio fuese lanzada a un lugar público cualquier cosa por la cual se hiciera un daño. La acción correspondía contra el inquilino, y cuando fuesen varios todos ellos eran considerados solidarios. La pena era el doble del valor del daño realizado a las cosas y dependía de la estima judicial para las heridas hechas a un hombre libre, y se elevaba a cincuenta mil sestercios (o cincuenta áureos en el derecho justiniano) por la muerte. En el derecho justiniano se exigía, sin embargo, la culpa.

2.0 “*Possitum et suspensum*”, que se daba cuando era expuesta o suspendida al exterior de un edificio una cosa que podía caer en suelo público ocasionando un daño. La acción correspondía a cualquier ciudadano y se ejercitaba contra los inquilinos solidariamente. La pena era de diez mil sestercios (o diez áureos). También en este caso se exigía en el derecho justiniano la culpa.

3.0 “*Si iudex litem suam fecerit*”, que se daba cuando el Juez por dolo, y más tarde también por negligencia, hubiera emitido una sentencia fraudulenta o errada. Se podía ejercer en contra suya una acción para el resarcimiento del valor del litigio.

4.0 *Responsabilidad del “nauta”, “carpo” e «stabularium»*. Independientemente de la responsabilidad contractual asumida con el “receptum”, los armadores, posaderos y encargados de las caballerizas respondían con el doble del valor por los hurtos o daños cometidos por sus propios dependientes sobre las cosas de los clientes, aunque ellas no hubieran sido consignadas. La responsabilidad se hacía derivar de la culpa.

A estos cuatro casos se pueden sumar otros no considerados por los justinianos entre las obligaciones “quasi ex delicto”, pero cuyos elementos son análogos:

- a. Responsabilidad del agrimensor que, como árbitro de una controversia o en una división o en un dictamen pericial, hubiera asignado partes no correspondientes o dado medidas falsas (actio adversus mensorem qui falsum modum dicit). Era necesario el dolo y se respondía del daño;

- b. Responsabilidad por el soborno doloso del siervo (*actio servi corrupti*), que fue extendida en vía legal también al soborno del “*filius familias*”. La pena era del doble del daño efectivo;
- c. Responsabilidad por la violación dolosa del sepulcro (*actio sepulchri violati*). La pena era, generalmente, determinada por el arbitrio del juez;
- d. Responsabilidad por “*damnia*”, esto es: cuando se hubiera recibido dinero para molestar a algunos con procesos o bien para abstenerse de ellos. La pena era del cuádruple de la suma recibida;
- e. Responsabilidad del recaudador de contribuciones (*publicanus*) que sin un motivo justo se hubiera apropiado de algunas cosas del contribuyente. La pena era “*in duplum*” en el plazo de un año, e “*in simplum*” después del año.

LAS OBLIGACIONES NATURALES

Hemos visto hasta aquí que la característica principal de toda obligación era la de estar provista de una acción, mediante la cual podíase constreñir al obligado al cumplimiento de su prestación. Estas obligaciones, cualquiera que fuese su origen, eran denominadas en el derecho justiniano con el nombre de “obligaciones civiles” para distinguirlas de las otras relaciones que se denominaban “obligaciones naturales tantum”.

Estas eran las relaciones en las cuales, por incapacidad de los sujetos o por otras razones, faltaba una acción de tutela de la relación misma, pero de la cual nacían algunos efectos jurídicos, el más importante de los cuales era el de derecho, para aquel que hubiera recibido la prestación, de retenerla (*solutio retentio*), sin que pudiera ser obligado a la “*condictio indebiti*”.

El ámbito en el cual este principio se desarrolló desde el derecho clásico fue en el de las obligaciones de los esclavos hacia un extraño o hacia el “*dominus*”, y en el de las obligaciones entre el “*paterfamilias*” y los «*filii*” o de los “*filii*” entre ellos. Estas obligaciones eran civilmente nulas, pero cuando había existido una relación que en otras condiciones habría dado lugar a una obligación jurídicamente válida entonces se decía que existía una “*obligatio naturalis*”.

En el derecho justiniano fueron también encuadrados en el concepto de “*obligatio naturalis*” otros casos, muy heterogéneos, en los cuales, y al igual que en el derecho clásico, admitía la “*solutio retentio*” para las preexistentes relaciones de obligación. Recordamos:

- a) Los préstamos contraídos por el “*filiusfamilias*” en contra del senadoconsulto Macedoniano;
- b) Las obligaciones asumidas por el pupilo sin “*autoritas tutoris*”;

- c) Las obligaciones extinguidas por “capitis deminutio” aunque ésta fuese “mínima”, por “litis contestatio”, por injusta absolución y acaso por prescripción, así como las obligaciones nacidas del nudo pacto.

Entre los efectos jurídicos más destacados que producen las obligaciones naturales, además de la «solutio retentio» tenemos: el que podían ser compensadas y servir como fundamento de una relación jurídica accesoria como es la prenda, la hipoteca y la fianza. En suma, si la invalidez no dependía de la incapacidad de las partes, la obligación natural podía ser transformada en una obligación válida mediante la novación o el reconocimiento del débito.

La “solutio retentio”, sin una precedente obligación ni tan siquiera natural, se daba también en algunos casos en los que el pago había sido hecho porque se le consideraba impuesto por un deber moral o social. Ello sucedía, por ejemplo, cuando la mujer se hubiera determinado una dote porque se creía obligada a ello; cuando el liberto hubiera prestado servicios o hecho donativos al señor sin que se viera obligado; cuando se hubieran prestado alimentos “*pietatis respectu*” sin que se vieran obligados por ley alguna. Las prestaciones realizadas se consideraban irrepetibles. En el derecho justinianeo se tiende a encuadrar estos casos entre las obligaciones naturales, pero la falta de un vínculo preexistente hace que sean calificados por los herederos como “obligaciones naturales impropias”.

CAUSAS GENERALES DE LA ADQUISICION

Los manuales romanísticos acostumbran a reagrupar las sucesiones y las donaciones bajo un único título que comprende las causas generales de la adquisición. También el código civil (italiano) ha vuelto a la tradicional sistemática romana, situando las donaciones en el libro de las sucesiones (libro II) del cual integra el título V, mientras el código de 1865 consideraba a las donaciones entre los contratos.

La razón de esta sistematización radica en el hecho de que tanto las sucesiones “*mortis causa*”, cuanto las donaciones son causa de adquisición que pueden aplicarse a todo derecho patrimonial, ya sea real, ya sea obligatorio, esto es: que ambas son título justificativo de la adquisición. Ellas —es necesario advertirlo— no agotan, sin embargo, toda la tabla de causas adquisitivas de la propiedad, debiéndose incorporar entre ellas, por lo tanto, también a la dote, que es, no obstante, considerada dentro del derecho de familia.

Sucesiones

1. Noción De “*Successio*”

“Successio” es el término que en el derecho romano clásico indicaba la “sustitución, gracias a un hecho único, y en las mismas circunstancias de una persona, en el complejo de sus relaciones patrimoniales, por otra”, esto es, que el sucesor se sitúa en la misma posición jurídica que el causante (de cuius).

De esta noción es fácil destacar cómo en el derecho romano clásico el término “successio” tenía un significado absolutamente específico que indicaba una sucesión en la universalidad del patrimonio, que se realizaba generalmente “mortis causa”, y entre vivos solamente en el caso de la persona reducida a la esclavitud, en la “adrogatio”, y en la “conventio in manum” de la mujer “sui iuris”. El significado genérico que ella asume en el derecho moderno, en el cual también es aplicable a los negocios traslaticios de carácter particular, tiene correspondencia sólo en el derecho justiniano en el que, por sus específicas características, es designada como “successio in universum ius”.

La sucesión puede ser dispuesta por el “de cuius” por testamento, y entonces tenemos la sucesión “testamentaria”; puede ser también, cuando falta el testamento, dispuesta por la lev, y tenemos entonces la sucesión “legítima”, y puede darse igualmente una sucesión “contra el testamento” siempre que las disposiciones de la ley prevalezcan sobre la voluntad del difunto.

Existe controversia en la doctrina acerca de si en el derecho romano prevalecía la sucesión legítima o la testamentaria. Mientras Bonfante, partiendo de su concepción política sobre la familia romana, considera que análogamente a cuanto sucedía en el derecho público en el cual tenía aplicación general del sistema de la designación en la sucesión de las cargas, prevalecía la sucesión testamentaria respecto a la legítima; Arangio Ruiz, observando que en el pueblo más afín en cuanto a la raza y en las concepciones familiares al pueblo romano, esto es, en Grecia, la primacía es del derecho sucesorio exclusivo de los descendientes, considera que análogo principio prevalecía igualmente en el derecho romano

En realidad es de considerar que en el derecho clásico la sucesión testamentaria prevalece sobre la legítima y que las influencias griegas habían principalmente ejercido su influencia sobre el derecho romano post-clásico, en el cual la primacía de la sucesión legítima sobre la testamentaria es indudable.

Una característica peculiar de la sucesión romana (hereditas, de heres) es aquella en virtud de la cual la sucesión se realiza sólo en cuanto sea atribuido a alguno, por la ley o por la voluntad del testador, el título de heredero, y éste es el motivo por el cual la “heredis institutio” es “caput et fundamentum” del testamento. La sucesión hereditaria romana puede definirse por lo tanto como: “la adquisición de un título personal”, el cual es condición necesaria y suficiente para situarse en la misma posición jurídica del difunto en orden al patrimonio y a las responsabilidades privadas de él.

En la costumbre la sucesión testamentaria prevalece por largo tiempo, y no puede negarse que esta prevalencia tuviera una sanción jurídica en el principio legal de difícil solución “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”, que excluye la posibilidad de aceptar la sucesión legítima siempre que exista un testamento, esto es, un nombramiento de los “heredes”, en el cual el testador haya atribuido aunque sólo sea una parte de los bienes propios. Una excepción era, sin embargo, observada en favor de los militares para los cuales las dos sucesiones podían coexistir. En el derecho justiniano el principio clásico desaparece por completo.

La sucesión, entendida como la posibilidad de subrogarse el heredero en la misma posición jurídica del difunto, hace ciertamente que él llegue a ser titular no sólo de los derechos, sino también de las obligaciones. Se daba, en sustancia, una confusión entre los dos patrimonios hasta tal punto que el heredero estaba obligado al cumplimiento de las obligaciones aún más allá del total del activo de la herencia (*ultra vires hereditatis*). En este caso los romanos hablaban de “*hereditas damnosa*”.

Para aliviar las graves consecuencias que el principio de la confusión de los patrimonios producía, pasado el tiempo fueron afirmándose los institutos en favor de aquellos que eran llamados a suceder necesariamente (*heredes sui et necessarii*).

Tales institutos son:

- a) El “*beneficium abstinendi*”, por el cual el *auus*, que se abstenía de tomar los bienes hereditarios no adquiría los derechos, pero no era tampoco responsable de las obligaciones;
- b) El “*beneficium separationes*”, por el cual en el caso de que el heredero estuviese cargado de deudas propias, los acreedores del difunto tenían la posibilidad de exigir la separación de los dos patrimonios;
- c) El “*beneficium inventarii*”, introducido por Justiniano, y por el cual todo heredero podía obtener la separación del patrimonio del difunto del suyo propio y de no ser obligado “*ultra vires*”, con tal de que garantizase con un inventario a los acreedores del difunto.

La transferencia al heredero de todas las relaciones patrimoniales del difunto sufría, sin embargo, una excepción en lo que se refería al usufructo, al uso, la habitación, los privilegios personales, las “*actiones vindictam spirantes*” y la posesión, haciendo de ellas una relación jurídica de mero hecho.

2. Requisitos De La Sucesión

Los requisitos exigidos para que pudiera tener lugar la sucesión hereditaria eran los siguientes:

- 1.0 La muerte del “*de cuius*”, esto es, del testador;
- 2.0 La capacidad del difunto para determinar un heredero. En el derecho clásico esta capacidad pertenecía solamente a los ciudadanos romanos

«sui iuris». En el derecho justinianeo fue reconocida también para los *filius familias*”;

3.0 La capacidad de suceder. En el derecho clásico se exigía ser ciudadano y persona “sui iuris”. Los siervos y los «*filiifamihias*”, si quedaban instituidos por el testamento, sucedían necesariamente al “*paterfamilias*”;

4.0 La delación. Es necesario distinguir entre “delación” y “sucesión”, siendo la primera un presupuesto de la segunda.

La «*delatio*”, era la posibilidad de poner a disposición del llamado a suceder, la propia herencia (*delata hereditas intelli. gitur quam quis potuit adeundo consequi*); mientras que la sucesión era el fenómeno de la efectividad de la subrogación del heredero en la misma posición jurídica del difunto.

Según que la “*delatio*” tuviera lugar por testamento o fuese determinada (con consentimiento o sin él) por la ley, los romanos hablaban de “*delatio testamentaria*” y de “*delatio legitima*” y así, pues, de la “*successio testamentaria*” y “*legitima*”. Como ya se ha dicho, podía alguna vez la sucesión legítima prevalecer sobre la testamentaria y así tenía lugar la que suele llamarse “sucesión legítima contra el testamento”. Tal Instituto es, sin embargo, de época bastante reciente.

La delación siempre tuvo en el derecho romano, aún en el de la época postclásica, carácter estrictamente personal y era por lo tanto inalienable e intransmisible a los herederos. Pero si el heredero había aceptado la herencia, sus herederos le sucedían a él, más no eran considerados como sucesores del causante. Ahora bien, si el heredero no había aceptado la herencia, los bienes que la constituían no podían ser de ningún modo transferidos a sus herederos .

Más tarde, el pretor y los emperadores aportaron algunas excepciones a esta regla entre las cuales la más notable fue la introducida por el mismo Justiniano la cual consentía, en el caso de que el heredero hubiese muerto antes de la aceptación o de la renuncia de la herencia, que sus - herederos pudieran, dentro del plazo de un año, realizar por sí mismos estas exigencias, es decir, la aceptación o la renuncia.

En torno a la adquisición de la herencia los romanos distinguían:

- a) A los «*heredes necessarii*”, esto es: a aquellos que sucedían necesariamente sin necesidad de aceptación o sin la posibilidad de la renuncia. A tal categoría pertenecían los esclavos instituidos herederos por el «*dominus*” y contemporáneamente manumitidos; los hijos varones y las hembras así como sus descendientes sometidos a la «*potestas*” del “*de cuius*” (llamados “*heredes sui et necessarii*”). La situación particularmente gravosa de estos herederos que no podían en modo alguno renunciar a la herencia fue atenuada por el pretor con la introducción del «*beneficium abstinendi*” del cual ya hemos hablado.
- b) A los «*heredes extranei o voluntarii*”, que eran todos los herederos que no estaban obligados a recibir la herencia necesariamente.

Para que tuviera lugar la sucesión en orden a esta segunda categoría era necesario que los herederos aceptaran la herencia, esto es: era necesaria la aceptación (aditio hereditatis). Ella no estaba subordinada a término alguno, pero el pretor introdujo el llamado “spatium deliberandi” (abolido más tarde por Justiniano una vez que fue introducido el instituto del beneficio a título de inventario), por el cual, a exigencia de los acreedores del difunto, le era fijado al heredero un término de tiempo para aceptar.

La aceptación exigía los siguientes requisitos:

- 1.0 La capacidad de hacer:
- 2.0 La existencia de una voluntad seria y determinada, esto es: la necesidad del pleno conocimiento de la existencia de la herencia y de su contenido.

Ella no tenía, sin embargo, necesidad de declaración alguna en forma solemne, siendo suficiente que el heredero iniciase de hecho la gestión del patrimonio hereditario (pro herede gestio) la cual se tomaba como manifestación tácita de la voluntad. No obstante, en la época más antigua se acostumbraba a acudir a la forma solemne de la toma de posesión, acompañada por el pronunciamiento de una forma llamada “cretio”, y el testador ponía generalmente un plazo dentro del cual el heredero debía aceptar por medio de ella. Aun la simple declaración de la aceptación sin formalismos (aditio nuda voluntate o sola animi destinatione) era suficiente para la consecución de las mismas relaciones jurídicas de la “cretio” o de la “pro herede gestio”.

3. Renuncia A La Herencia

Igual que la aceptación tampoco la renuncia a la herencia estaba sujeta a formas particulares. Ella es, sin embargo, irrevocable, pero el pretor concedía los medios necesarios para cuando ella hubiera sido obligada con dolo o violencia o se hubiera conseguido de un menor de edad sin la “autoricta tutoria”.

Para que tuviera lugar la sucesión en orden a esta segunda categoría era necesario que los herederos aceptaran la herencia, esto es: era necesaria la aceptación (aditio hereditatis). Ella no estaba subordinada a término alguno, pero el pretor introdujo el llamado “spatium deliberandi” (abolido más tarde por Justiniano una vez que fue introducido el instituto del beneficio a título de inventario), por el cual, a exigencia de los acreedores del difunto, le era fijado al heredero un término de tiempo para aceptar.

La aceptación exigía los siguientes requisitos:

- 1.0 La capacidad de hacer:
- 2.0 La existencia de una voluntad seria y determinada, esto es: la necesidad del pleno conocimiento de la existencia de la herencia y de su contenido.

Ella no tenía, sin embargo, necesidad de declaración alguna en forma solemne, siendo suficiente que el heredero iniciase de hecho la gestión del patrimonio hereditario (pro herede gestio) la cual se tomaba como manifestación tácita de la voluntad. No obstante, en la época más antigua se acostumbraba a acudir a la

forma solemne de la toma de posesión, acompañada por el pronunciamiento de una forma llamada “cretio”, y el testador ponía generalmente un plazo dentro del cual el heredero debía aceptar por medio de ella. Aun la simple declaración de la aceptación sin formalismos era suficiente para la consecución de las mismas relaciones jurídicas de la “cretio” o de la “pro herede gestio”.

4. La Herencia Yacente

Cuando los herederos voluntarios no habían todavía aceptado la herencia ella quedaba evidentemente sin titular. Este fenómeno era llamado por los romanos con el término “hereditas iacet”, y las cosas hereditarias eran consideradas sin dueño (res nullius). Sin embargo, bajo algunos aspectos, no siendo suficiente esta concepción para resolver algunas situaciones, Justiniano acabó por darle a la herencia yacente una estructura que se aproxima mucho a la figura de la persona jurídica, considerando a ella misma titular del derecho inherente a la herencia, hablando así, pues, de “personam vicem sustinet defunctis”. Otras veces, se encuentra a la herencia yacente considerada como representante del heredero en el sentido de que es él mismo el que adquiere derechos y acciones durante la yacencia.

5. “Usucapio Pro Herede”

El instituto de la usucapación tenía importancia muy en particular en lo referente a las sucesiones y daba lugar a lo que los romanos llamaban «usucapio pro herede». Se trataba, en sustancia, de la usucapación de los bienes hereditarios hecha por la persona que estuviera en legítima posesión de ellos, de manera ininterrumpida durante un año. Ella merece particular mención porque se identifica casi plenamente con los modos de adquirir la herencia. Se exigía que el poseedor tuviese la “testamenti facti” pasiva, esto es, la capacidad de ser heredero. La “usucapio pro herede” podía darse aun cuando existiera un heredero verdadero y propio que no hubiera aceptado la herencia; ello determinaba que el adquirente se situase en una posición contraria respecto al heredero mismo el cual podía evitar esta usucapación tan sólo con la aceptación de la herencia. La posesión ilegítima del adquirente que en principio era reconocida como válida a los fines de obligar al heredero a aceptar, poco a poco acabó por provocar una reacción contra el instituto hasta tal punto que en el tiempo de Adriano se estableció que la “usucapio” fuese revocable en caso de mala fe, esto es, cuando el adquirente conocía que la cosa era ajena. A esta característica se refería la figura justiniana que es considerada como norma común por la que se exigía en el poseedor, como para toda usucapación, la buena fe.

6. “Hereditatis petitio”

La característica de la sucesión que implicaba la posibilidad de subrogarse en la posición jurídica del “de cuius”, hacía ciertamente que los romanos no estimaran suficiente como tu-tela de la posición del heredero solamente la concesión de las acciones singulares relativas a las específicas relaciones jurídicas en las cuales el heredero había subrogado al difunto. Por lo tanto, al heredero le fue reconocida la

posibilidad de ejercer, en defensa de esta cualidad, una acción de carácter general llamada: "hereditatis petitio", la cual tendía al reconocimiento de la situación de heredero y al restablecimiento de la situación jurídica en plena conformidad con ella. Ella tenía, pues, carácter universal y, asimismo, estructura, fórmula y régimen procesal idéntico del todo a la "reivindicatio".

Puesto que la "hereditatis petitio" tendía, como ya se ha dicho, como objetivo principal, al reconocimiento del título de heredero toda vez que él había sido impugnado, en su origen fue admitida sólo contra todo aquel que, en calidad de heredero aparente, poseyese la herencia (possessor pro herede); pero esta concepción fue ampliándose en el sentido de que llegó a ser así considerada capaz de ser ejercida, no ya sólo contra aquel que poseía la herencia sin pretensión de ser heredero (possessor pro possessore), sino también contra el poseedor hereditario, cuando éste se negara a otorgar, contestando a la petición del heredero auténtico, esta cualidad. Naturalmente hasta que no fuese reconocida la tal cualidad de heredero eran suficientes las acciones específicas para las relaciones semejantes.

La posición del poseedor de frente a la "hereditatis petitio" no era siempre la misma. En efecto, al final del año 129 d. C., mientras el poseedor de buena fe respondía frente al heredero en los límites del enriquecimiento, el poseedor de mala fe se veía obligado a hacerlo por la totalidad. Para los frutos, la pérdida de la cosa y los gastos se aplicaban las normas comunes.

7. Derecho De Acrecer

El carácter absorbente de la sucesión testamentaria excluía a la legítima, de tal forma que la parte de la herencia de la cual el testador no había dispuesto iba automáticamente a aumentar aquella otra determinada por testamento.

A esta hipótesis, que era característica de la estructura romana de la sucesión, se sumaba también esta otra, más conocida porque ha pasado a la moderna legislación, por la cual, y partiendo de la concepción de igualdad de todos los llamados a la sucesión, la parte de aquel que no hubiera podido o querido aceptar la herencia iba a aumentar la de los otros coherederos (concurso partes fiunt). En la sucesión legítima el derecho de acrecer operaba sin más en favor de aquellos que se encontraban en la misma posición de aquel que no había podido aceptar; esto es: tenían la posibilidad los herederos del heredero de subrogarse a él con las limitaciones ya expuestas a propósito de la herencia .

En la sucesión testamentaria este derecho de acrecer encontraba un límite en la conjuntiva (coniunctium): "coniunctium heredes instituit aut coniunctium legan hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis, partes autem concursu fien".

Si no existía la conjuntiva la cuota vacante, mientras en el derecho moderno se devuelve a los herederos legítimos, en el derecho romano recae sobre todos los otros coherederos testamentarios, toda vez que, como se ha dicho, si existían herederos testamentarios no podían existir herederos legítimos.

Este principio tuvo una excepción por obra de la “Lex Julia et Papia”, la cual estableció que las cuotas vacantes de los incapaces, llamadas “caduca”, fueran adquiridas por todos los coherederos testamentarios independientemente de la conjuntiva y, más tarde, con Caracalla, que ellas pasaran al fisco.

El sistema de los “caduca” fue abolido por Justiniano.

Los gravámenes sobre la cuota vacante, propios de la sucesión hereditaria, pasaban a los herederos en proporción a las cuotas definitivamente adquiridas.

8. Las Colaciones

Este instituto tuvo, en el período clásico, la función de disminuir la situación favorable en la que se encontraban los hijos emancipados respecto a los que estaban sujetos a la patria “potestas”, dado que aquellos habían tenido la posibilidad de formar su propio patrimonio. El pretor les obligaba a aportar a la masa hereditaria cuanto hubieran adquirido después de la emancipación si es que querían optar a la herencia paterna. Naturalmente el instituto estaba íntimamente ligado con la sucesión pretoria, de la cual hablaremos más adelante, que representaba la posibilidad de que fuesen llamados a la sucesión todos los hijos independientemente del hecho de estar sujetos o no a la potestad del padre y así, pues, comprendía también a los emancipados que estaban excluidos de la sucesión civil. Junto a la “collatio bonorum” el pretor introdujo también la “collatio dotium”.

El instituto sufrió una profunda transformación que se concluyó con Justiniano, ella dio lugar al instituto moderno por el que se sancionó la obligación de asignar toda donación hecha por el ascendente al descendiente y que se aplicó tanto a la sucesión legítima como a la testamentaria.

9. División De La Herencia

Tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria mientras los créditos eran fraccionados entre los varios coherederos en proporción a las cuotas hereditarias, sobre las cosas corporales se llegaba a constituir una comunidad en la cual cada uno de los coherederos participaba en proporción a su propia cuota. Esta comunidad cesaba por medio de la división; la cual podía ser voluntaria cuando todos los coherederos estaban sobre ella de acuerdo, o judicial, para obtener la cual era necesario ejercer una específica acción llamada “actio familiae erciscundaem. Si la división no se refería a la totalidad de la herencia sino tan sólo a determinados objetos de ella era, por el contrario, ejercida la “actio communi dividendo”.

Como ya se ha dicho, una característica de las acciones divisorias era la de que no conducían a la condena de una de las partes (condemnatio), pero sí a la atribución de las cuotas (adiudicatio).

LA SUCESION TESTAMENTARIA

1. Concepto Y Caracteres

El testamento era el negocio de última voluntad a través del cual cualquier persona podía disponer de sus cosas para después de su propia muerte (mentis nostrae insta contestatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram valeat; vohmtatis nostrae insta sententia de eo quid post mortem ana fien velit).

En la definición del instituto clásico es necesario abstenerse a toda referencia patrimonial toda vez que la esencia del testamento romano es la designación o institución del heredero mientras las determinaciones de carácter patrimonial constituían un elemento accesorio que el testamento podía o no contener, estando su finalidad íntimamente ligada con la institución del heredero.

La conciencia social romana consideraba al testamento como el acto más importante de la voluntad del ciudadano. Por lo tanto, la sucesión testamentaria estaba mucho más difundida que la sucesión legítima y se presentaba así, pues, en la práctica aunque no desde un punto de vista estrictamente jurídico, como preeminente.

De estas características deriva el fenómeno típico del derecho romano llamado “favor testamenti”, constituido por la tendencia de la jurisprudencia en el intento de salvar a toda costa el testamento y, en la legislación, de emanar normas que tiendan a favorecer este instituto.

El testamento, precisamente por su carácter de transmisión de la “potestas” familiar, no se encuadra perfectamente en el derecho romano más antiguo en los institutos de derecho privado y es acaso más fácil comprender su esencia refiriéndose al instituto, muy en uso en el derecho público romano, de la designación del sucesor por parte del predecesor. A esta característica es necesario sumarle algunas otras para revelar la específica individualidad de él. Ellas determinan que es un:

- a) *acto “iuris civilis”*, esto es: el acto regulado y reconocido por el derecho civil y accesible tan sólo a los ciudadanos romanos;
- b) *acto esencialmente personal*, lo que significa que excluye la posibilidad de que él pueda ser realizado a través de un representante o de un simple intermediario;
- c) *acto formal*, esto es: que es necesario que la voluntad sea manifestada específicamente en los modos establecidos por la ley;

- d) *acto unilateral*, lo que implica que él es eficaz sólo por la exclusiva voluntad del disponente y la aceptación de la herencia no es exigida para la existencia jurídica del acto, sino que es solamente necesaria a los fines de la adquisición por parte del heredero;
- e) *acto mortis causa*, quiere decir que su fin es el de crear una relación jurídica después de la muerte. Es así, pues, un acto en el cual la muerte actúa no como condición de eficacia, sino como condición de existencia;
- f) *acto revocable*, en el sentido de que el disponente puede cambiar su voluntad “usque ad vitae supremum exitum”.

2. *Diversas Formas De Testamento*

El derecho quirritario conocía tres formas de testamento. Las más antiguas eran las llamadas “*calatiis comitiis*”, e “*in procinctu*”. La primera se efectuaba delante del pueblo reunido en los comicios curiales: la segunda, por el contrario, se realizaba ante el pueblo en armas ante la inminencia de la batalla. Esta forma pública demuestra toda la importancia social que le fue reconocida al testamento.

Junto a estas dos formas citadas, y dada la complejidad para su realización porque necesitaba de la agrupación de mucho público, fue desarrollándose en el derecho romano arcaico una forma más simple. Quien quería hacer testamento por temer una muerte próxima tenía la posibilidad de enajenar en vida su patrimonio por medio de la “*mancipatio*” a un amigo, que además de convertirse en propietario, por causa del negocio realizado, dejaba al testador disfrutar de sus bienes mientras viviera y sólo a su muerte los transfería a la persona que el testador había designado.

De esta forma, que no representaba sino una aplicación de la “*mancipatio*” nace el testamento típico en el **VIII** civile, para toda la edad clásica, llamado “*testamentum per aes et libram*”. El se desarrollaba ante la presencia de cinco testigos. Naturalmente la fórmula solemne del testamento no era la misma que en la “*mancipatio*” toda vez que la fórmula de este negocio tenía aspecto traslativo tan sólo a favor del adquirente, mientras que en el testamento era necesario asegurar el efecto traslativo en favor del heredero. Por lo tanto, el valor jurídico prevalente de la fórmula no estaba en la “*mancipatio*” verdadera y propia, sino en la fórmula a través de la cual el testador tendía a asegurar los efectos de su última voluntad. Más tarde, se admitió la posibilidad que el testador pudiera redactar un documento escrito (*tabulae testamenti*) el cual era presentado a los testigos y firmado por ellos.

Un desarrollo posterior en torno a esta materia de la sucesión testamentaria nos es ofrecido por el pretor el cual introduce el testamento llamado pretorio, que además de presentar una gran simplicidad en la forma (no era necesaria la *mancipatio*” y bastaba que se efectuara delante de siete testigos), daba la posibilidad de instituir heredero a cualquier persona aun no estimada por el *dus civile*”, toda vez que el pretor declaraba conceder la “*bonorum possessio*” a aquel que era determinado como heredero en un documento suscrito como mínimo por siete testigos.

Y es tal la importancia de esta innovación realizada por el derecho pretorio que, mientras que en un principio el testamento civil prevalecía sobre el pretorio, ya con Antonino Pío se observa el fenómeno contrario y si coexistían los dos testamentos se llegaba a considerar que él tenía mayor eficacia y que el testamento posterior aún podía revocar al precedente independiente de su naturaleza.

En el periodo postclásico se admite también la validez del testamento ológrafo, esto es: del testamento escrito por el propio puño del testador prescindiendo de la existencia de testigos.

Con el derecho justiniano existe, por lo tanto un testamento oral, realizado ante la presencia de siete testigos y un testamento escrito en el cual la presencia de éstos se limita al momento de la consigna del testamento y de la declaración de que él contiene las disposiciones de última voluntad.

Junto a esta forma de carácter privado nace en la época clásica también el testamento en su formulación pública (*testamentum apud acta*), y judicial (*testamentum principi*).

Particular mención es necesario hacer del testamento militar (*testamentum militis*), que se presenta como un “*ius singulare*”. Por razón de las concesiones realizadas por algunos emperadores (César, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano), los militares tenían la facultad de hacer testamento “*quomodo velint vel quomodo possunt*”. Con Justiniano el testamento militar asume una nueva característica: la de privilegio de carácter subjetivo aplicable a todos los militares, y ello es mantenido sólo para los militares “*in expeditionibus occupati*”, llegando a ser así una forma extraordinaria nacida por las particulares contingencias en las cuales el militar podía encontrarse.

3. La Capacidad De Testar Y De Recibir Por Testamento

La capacidad puede referirse tanto a quien hace testamento, y entonces tendremos la “*Testamenti facti*” activa, como a aquel que es llamado a recibir, dando lugar ésta a la “*Testamenti facti*” pasiva.

Tal capacidad de testar puede depender de impedimentos naturales (no podían testar los dementes, los impúberes, los sordomudos en los testamentos orales), y de impedimentos jurídicos (eran incapaces los esclavos, los extranjeros, los “*capite deminutii*”, los “*filiifamilias*”, los pródigos y, en el nuevo derecho, los reos de libelo difamatorio, los apóstatas y los maniqueos). En el derecho justiniano los “*filiifamilias*” tienen, sin embargo, la capacidad de testar cuando se trata del *peculio castrense* y *cuasi castrense*.

En el derecho antiguo eran incapaces de testar también las mujeres; con el Emperador Adriano les fue concedida esta facultad, pero siempre con el auxilio de la “*autoritas*” de su tutor.

Todo el que hacia testamento debía tener la capacidad de testar en el mismo momento en el que se efectuaba la redacción del testamento. Los impedimentos que sobrevenían se consideraban de forma diversa según que fuesen naturales o jurídicos. Pero, mientras que los impedimentos naturales sobrevenidos no ejercían ninguna influencia sobre el testamento ya determinado, los jurídicos lo invalidaban.

De la “testamenti factio” pasiva quedaban excluidos los extranjeros, los hijos de los “perduelles” (culpables de alta traición), los reos de libelo difamatorio, los apóstatas y los maniqueos; los esclavos del testador, por el contrario, podían ser instituidos herederos pero debían ser manumitidos al mismo tiempo como no fuese que se tratara de esclavos ajenos en cuyo caso el que adquiría era el señor.

En cuanto a las personas inciertas, esto es, a aquellas cuya existencia se halla dependiente de un acontecimiento futuro e incierto, como por ejemplo, los «nasciturus», en un principio se les reconocía la incapacidad para ser designados herederos, pero más tarde, en el derecho clásico, fue hecha una excepción en favor de los hijos nacidos después de la constitución del testamento (postumi sui). Con Justiniano tal capacidad fue reconocida en favor de las corporaciones y de los “postumi alieni”.

La incapacidad de las mujeres para recibir más de una determinada medida o cantidad fue abolida por Justiniano. La capacidad para suceder debe de existir no tan sólo en el momento de la institución del testamento sino también en el momento de la delación y de la adquisición (Tria momenta).

Diferente de la falta de la “testamenti factio” pasiva era considerada por los romanos la falta de la “capacitas” que se determinaba por algunas leyes que prohibían, a aquellos que se hallaban bajo las condiciones por ellas establecidas, de «capere mortis causa». Mientras que, en efecto, faltando la «testamenti factio» la herencia era transferida a aquellos que eran titulares por cualquier otra causa, faltando la «capacitas» las cuotas no asignadas (caduca) pasaban a las personas determinadas por la Ley. Por otra parte, mientras para la “testamenti factio” era exigida su existencia ya sea en el momento de la formulación del testamento, ya en el momento de la muerte del testador, y, aun, en el momento de la aceptación de la herencia, la “capacitas” se refería al momento de la aceptación y podíase aún adquirir con posterioridad a ésta.

El caso más importante de falta de “capacitas” era el previsto por la lex Julia et Papia, que, para favorecer los matrimonios, prohibía la herencia y los legados a los “coelibes”, comprendidos entre determinados límites de edad, concediendo, sin embargo, a ellos cien días para contraer matrimonio por el cual adquirían la capacidad.

El requisito de la “capacitas” perdió su fuerza en el derecho justiniano. Diferente de este instituto es el de la indignidad como consecuencia de una sanción civil, consistente en la pérdida del legado, que castigaba al heredero o al legatario que se hubiera confesado culpable de determinados actos contra el difunto. Se trata,

así, pues, de una situación totalmente subjetiva y la cuota del indigno no era entregada a los otros herederos sino que revertía al fisco.

4. Contenido Del Testamento

El contenido del testamento, consistente, en un principio, según la teoría ampliamente admitida por la doctrina, en la institución del heredero, fue en el derecho romano ampliándose más y más hasta llegar a comprender en el momento de máximo desarrollo aún los eventuales desheredamientos, los legados, las manumisiones de los esclavos, el nombramiento del tutor y, por último, los fideicomisos. Sin embargo, en el “ius civile” permaneció siempre como preeminente la “heredis institutio” que era llamada “caput et fundamentum totius testamenti”, por lo cual, cuando ella faltaba, ninguna disposición testamentaria tenía valor. Tal principio fue derogado por el pretor y la legislación imperial, reconociendo validez a las disposiciones testamentarias aun a falta de la institución de heredero, y este fue el régimen acogido por Justiniano, el cual, sin embargo, en homenaje formal a la norma del “ius civile”, se consideró como codicilo cualquier acto de última voluntad que no contuviese la institución de heredero.

La característica de la institución de heredero era la de designar a aquel que debía situarse en la misma posición jurídica del difunto. Ella era así, pues, más bien determinante de un “status” que no de un beneficio patrimonial, toda vez que la herencia podía ser simplemente onerosa. Dada esta característica y la importancia fundamental que asumía en el derecho romano, la institución de heredero debía ser hecha en forma solemne (sollemni mores) con la fórmula: “Titius heres esto”.

Estos requisitos formales, a los cuales los romanos le daban tanta importancia, desaparecieron en la época postclásica por una ley de Constancio del 339, en la cual se disponía que la voluntad podía manifestarse “quibuscumque verbis”. La norma no asume solamente una importancia formal, en cuanto no siendo posible determinar la figura del heredero en base al título solemnemente atribuida acabaron por prevalecer los intereses patrimoniales, en el sentido de que era considerado heredero aquel que era designado a suceder en la parte más importante del patrimonio.

El testador podía designar también varios herederos ya sea atribuyendo específicamente a cada uno una parte (heres cum parte), ya sea determinándolos conjuntamente (heres sine parte), en cuyo caso todos ellos reciben por partes iguales. El complejo hereditario era llamado por los romanos “cas” y podía dividirse en fracciones que tenían cada una nombre propio.

Podía suceder que el testador distribuyera todo el complejo hereditario o bien sólo una parte, o también que en la distribución se excediese de los propios límites de la totalidad. En estos dos últimos casos se producirá el fenómeno del aumento (derecho de acrecer), y el de la reducción de las cuotas hereditarias.

Un régimen particular, que deriva de la concepción que tenían los romanos de la institución de heredero, tenía la “*institutio heredi ex re certa*”. Con este término se determinaba el caso en el cual uno hubiera sido nombrado heredero, pero se hubiese al mismo tiempo determinado la parte para la cual este título tenía valor. A falta de otros coherederos y por el carácter absorbente de su posición de heredero, la jurisprudencia romana, frente a las contradicciones insanables entre la situación general del heredero y la singularidad de la designación, consideró que la determinación de la “*res*” no había tenido lugar y el designado era así, pues, estimado heredero por entero. Sólo con la introducción del fideicomiso fue posible remediar tal consecuencia que no tenía en cuenta la voluntad del difunto, en cuanto el disponente podía imponer al heredero “*ex re certa*” el contentarse sólo con ésta, restituyendo el resto de la herencia a los herederos legítimos.

Hemos visto cómo en el derecho romano fue principio general el de intentar salvar por todos los medios la voluntad del testador. Naturalmente que esta voluntad debía ser seria, efectiva y completa, pero si la forma usada no identificaba lo exteriorizado con el pensamiento auténtico del testador le correspondía a los juristas romanos llevar a cabo la realización de la auténtica voluntad y la prevalencia de ésta sobre la forma exterior (*falsa demonstratio non necet*), “*plenius voluntates testantium interpretatur*”.

Al testamento le podían ser añadidas condiciones. El régimen de alguna de ellas presentaba ciertas particularidades dignas de mención. La condición potestativa negativa por ejemplo (*si Capitolium non ascendenis*), que podía considerarse verificada sólo a la muerte del individuo, haría prácticamente inactuable la disposición testamentaria. Para evitar este resultado, que se manifestaba en realidad contrario a la voluntad del disponente, los romanos introdujeron una “*cautio*” particular llamada “*muciana*” (del jurisconsulto Quinto Mucio) con la cual el heredero obligado adquiriría la herencia, pero se comprometía a restituirla siempre que hubiera realizado el acto prohibido por el testador.

Así, por cuanto se refiere a las condiciones imposibles los jurisconsultos sabinianos determinaron que ellas deberían tenerse “*pro non scriptae*” y que el heredero obligado entrase sin más en la posesión de la herencia.

Para las condiciones ilícitas y deshonestas, por el contrario, el pretor para evitar que el heredero obligado fuese inducido a realizarlas para conseguir la posesión de la herencia, lo dispensaba del cumplimiento. Más tarde, el régimen de ellas se hace análogo al de las condiciones imposibles.

La condición resolutive no podía ser añadida a la institución testamentaria y lo mismo sucede para el término inicial o final.

5. Las Sustituciones

El testador podía determinar en el testamento la hipótesis de que si el heredero por él designado no pudiera sucederle, le sucediera otro que él también determinaba. La sustitución podía ser:

- 1) «*Vulgar*»; así llamada porque era la más difundida, se daba cuando el testador instituía un segundo heredero para el caso en que no pudiese serlo el primero designado. La sustitución como era natural excluía el derecho de acrecen en cuanto la cuota no asignada al primer heredero revertía en el segundo.
- 2) «*Pupilar*»; era aquella con la cual el “pater familias” nombraba un sustituto del “filiusfamilias”, impúber, para el caso de que éste muriese antes de haber alcanzado la pubertad.
- 3) «*Cuasi pupilar*»; introducida por Justiniano era aquella que se hacía en nombre de un disponente demente y sin intervalos de lucidez, para el caso de que éste llegara a morir en estado de locura. En este tipo de sustitución no era exigido, contrariamente a lo que sucede para la sustitución pupilar, que el testador fuese el “paterfamilias”.

6. Invalidez Del Testamento

El testamento podía ser nulo “ipso jure”, o anulable. Los romanos tenían en esta materia una terminología muy varia y así hablaban de “non iure factum”, “irritum”.

Eran causas de nulidad del testamento: la incapacidad del testador en el momento de la redacción del testamento; la falta de las formalidades prescritas y la pérdida de la capacidad por la “capitis deminutio” (exceptuando a los prisioneros de guerra y a los beneficiarios del “ius postlimini” y de la “fictio legis Corneliae”).

Cuando el heredero moría antes del testador o perdía la capacidad o revocaba la herencia, los romanos hablaban de testamento “destitutum” o “desertum”.

Dada su naturaleza de negocio jurídico de última voluntad era obvio que el testador podía modificar siempre esta voluntad hasta el momento de su muerte (ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum), y que no tuviese eficacia alguna la cláusula de irrevocabilidad del testamento. En el período más antiguo, dada la primacía de la sucesión testamentaria respecto a la legítima, aquel que hubiera hecho testamento podía anular tal disposición sólo mediante la redacción de un testamento posterior. El derecho pretorio modificó sustancialmente este “mancipio, llegando a no considerar como tal al heredero instituido en un testamento siempre que el testador hubiera, por otra parte, demostrado que aquél no quería mantener la “bonorum possessio” y se la concedía, por el contrario, a los herederos “ab intestato”.

Una importante innovación en esta materia fue introducida en la época romano-helénica, por virtud de la cual el testamento posterior, aunque fuese imperfecto, el cual se refiere a los herederos legítimos no considerados en el primer testamento, era considerado válido y apto para revocar el testamento anterior. Esta validez

deducida de un criterio inverso a aquel del “favor testamenti”, es índice de que en el derecho justiniano la sucesión legítima prevaleció sobre la testamentaria.

7. Los Legados Y Los Fideicomisos

Al igual que la herencia y la donación también el legado era en el derecho romano un modo general de adquisición, pero mientras la herencia tenía, como hemos visto, un carácter estrictamente jurídico, el legado tenía carácter patrimonial. Esto significa que el legatario no entra, respecto a la cosa legada, en la misma situación jurídica que el difunto, sino que él es un puro y simple adquirente a título patrimonial. En el derecho romano clásico, por tal característica, el término “successio” no le es nunca atribuido a los legados y es tan sólo en el período justiniano cuando se habla de “successio in res singulas”. El legado era definido por los romanos como: “donatio quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda”, esto es, “un acto unilateral de liberalidad, por virtud del cual el difunto desea beneficiar a una persona a cargo de otros beneficiados por la herencia”.

El testador llamábase “autore” y debía tener la “testamenti factio”; y aquel que era gravado para el legado llamábase: “onerato”.

El objeto del legado podía ser cualquier entidad patrimonial y así, pues, cosas corporales o incorpóreas, presentes o futuras, singulares o complejas, propias o ajenas, transferencia de relaciones jurídicas existentes o constitución de derechos “ex novo” y aun modificación de las relaciones existentes.

En el legado de cosa ajena, que a primera vista puede parecer extraño, se exigía que el autor conociera la alienabilidad de la cosa y entonces el legado implicaba la obligación a cargo del “onerato” de adquirir la cosa de los terceros a quienes pertenecía para consignarla al legatario o de pagar la “aestimatio” de ella.

Los romanos conocían igualmente algunos tipos singulares de legados. Así era llamado “legatum optionis”, el que atribuía al legatario la elección entre varias cosas; “legatum partitionis”, el que tenía por objeto una cuota de la herencia; “legatum de huiusmodi”, el que se refería a una deuda del testador hacia el legatario (tal legado era, sin embargo, válido sólo en el caso de que el legatario encontrase así reforzada su propia situación y tuviese por lo tanto interés en actuar “ex testamento”, antes que “ex pristina obligatione”); “legatum liberationis”, cuyo objeto era la extinción de una deuda que el legatario tenía hacia el testador; “legatum de alimentis”, el que recaía sobre todo lo que era necesario para el sostenimiento de una persona.

En el derecho romano clásico se conocían diversas formas de legados, los cuales tenían cada uno su propia estructura y efectos:

- 1.0 Legado “per vindicationem” era el legado traslativo de propiedad o constitutivo de “ius in re aliena”. Por el objeto del legado pasaba a la muerte del testador inmediatamente a disposición del legatario, el cual quedaba legitimado para el ejercicio de las acciones reales. Dadas sus

características con él podían transmitirse solamente cosas de absoluta propiedad del autor tanto al momento de la redacción del testamento como al momento de su muerte.

- 2.0 Legado “per damnationem”; era aquel con el cual se constituía una obligación sobre el heredero y en favor del legatario. El podía tener por objeto aún cosas ajenas o futuras. El legado “per vindicationem”, invalidado por falta de algunos requisitos, por determinación del senado-consulta Neroniano (mitad del siglo primero) podía tener valor como legado «per damnationem”.
- 3.0 Legado “ modo”; con él se creaba simplemente la obligación al heredero de permitir tomar al legatario la cosa legada.
- 4.0 Legado “per praeceptionem”; era el realizado en favor de uno de los coherederos, el cual quedaba autorizado a retirar (praecipere) de la masa hereditaria la cosa legada.

La posterior evolución histórica identifica los cuatro tipos de legados reduciéndolos sustancialmente a dos: legado de propiedad o de derechos reales, y legados de obligaciones.

Por obra de Justiniano tiene lugar un nuevo proceso de fusión en un único tipo del cual derivábase tanto la *cactio in rem*”, como la «*actio in personam*”.

8. La Sustitución Fideicomisaria

Un instituto que merece especial mención es el de la sustitución fideicomisaria mediante la cual el testador imponía al heredero o al legatario la obligación de restituir a su muerte, total o parcialmente, la herencia o el legado a un tercero que había sido designado.

Tal instituto adquiere especial consideración por cuanto concierne a la transmisión de la herencia (herencia fideicomisaria), la cual fue tan sólo admitida por la jurisprudencia y, en la legislación, por el senado-consulta Trebelliano, ya que no era posible, de acuerdo con los auténticos principios del “*ius civile*”, realizar la transferencia de la cualidad de heredero al fideicomisario; pudiendo ella resolverse tan sólo mediante la venta (*nummo uno*) de los específicos objetos de la herencia.

Dada la particular estructura de este instituto era, sin embargo, necesario que el heredero fiduciario aceptase la herencia toda vez que el heredero fideicomisario debía necesariamente sucederle (*ordo successivus*). Es lógico que no teniendo interés en adquirir la herencia el heredero fiduciario podía no aceptarla haciendo inútil la institución fideicomisaria. El senado consulta Pegasiano, cuida de reservar al heredero fiduciario una cuarta parte de la herencia.

Justiniano derogó formalmente el senado consulta Pegasiano, pero, en realidad introdujo un sistema mixto en el sentido de que el fideicomisario era considerado

como heredero por su parte, pero el fiduciario tenía al mismo tiempo el derecho de retener un cuarto, en el caso de que hubiera aceptado. De este modo se creaba un interés en el heredero fiduciario para aceptar la herencia.

Particular aplicación del fideicomiso hereditario es la que constituye el llamado “fideicomiso familiar” cuyo fin era el que se mantuviese en el seno de la familia, por un tiempo indefinido, la herencia o determinadas cosas. Justiniano estableció que los bienes fueran considerados libres después de la cuarta generación, habiendo pasado ello, con algunas notables limitaciones, a nuestro Código Civil.

9. Adquisición Y Efectos Del Legado

Estando el legado en íntima relación con la sucesión testamentaria, cuando ésta no se llegaba a realizar, el legado perdía toda su eficacia. Sin embargo, los romanos, para mitigar estas inciertas consecuencias derivadas de una concepción eminentemente rígida de la sucesión testamentaria, distinguían el “dies cedens”, que llegaba a la muerte del testador, a través del cual al legatario le era asegurada una cierta situación jurídica para una futura adquisición, y el “dies veniens” que se daba en el momento de la aceptación de la herencia.

El legado se consideraba adquirido en el primero caso y podía, por lo tanto, transmitirse a los herederos; pero tan sólo en el segundo caso podía ser exigido. Este era el expediente que hacía posible la transmisión del legado a los herederos.

Acerca de la necesidad de la aceptación del legado, para que fuese posible su disposición, mientras que ningún problema podía nacer para el legado «per damnationem» y para los otros tipos que necesitaban para su actuación la iniciativa del heredero condicionado, para el legado “per vindicationem”, sucedía que para los Sabinianos, era sin duda alguna operativo de la transferencia de la propiedad, mientras que para los Proculyanos era necesaria la aceptación por parte del heredero condicionado y opinaban que en el intervalo la cosa era “res nullius”.

En cuanto a la responsabilidad del heredero condicionado, mientras en el derecho clásico respondía por dolo y, más tarde, aún por las negligencias, en el derecho justiniano la extensión de esta responsabilidad se mantuvo sólo para el caso en el que él recibiese un beneficio de la disposición testamentaria.

En el derecho clásico la “actio ex testamento” era igual a las que conducían a una condena del doble (infitiando *crecit in duplum*). En el derecho romano más antiguo no encontraba límite alguno la facultad de disponer a través del legado, por lo que podía suceder que repartido todo el patrimonio hereditario en legados, la herencia se redujese a un “inane nomen heredis”. Sin embargo, en el curso del derecho romano se nota una evolución tendente a limitar tal facultad de disposición.

Entre las muchas leyes emanadas en este sentido, la más notable e importante es la “lex Falcidia” (del año 40 a.C. la cual estableció que sólo las tres cuartas partes del patrimonio hereditario calculado al neto, podían ser asignadas en legados, prescribiéndose que en caso de excedencia deberían ser éstas debidamente reducidas. Una cuarta parte del activo del matrimonio hereditario era así, pues, reservado al heredero .

En cuanto a la nulidad del legado ella podía acontecer “de iure”, si era por causas reconocidas por el “ius civile” (como por ejemplo, el legado de las cosas “extra commercium”); “ope exceptionis”, si era el pretor el que lo invalidaba por medio de la “exceptio doli”.

La jurisprudencia romana en esta materia, negaba la posibilidad de aplicación de la convalidación sucesiva, por lo cual el legado inicialmente nulo permanecía como tal aunque más tarde la causa de su invalidez llegara a desaparecer (regula Catoniana).

Como acto de última voluntad el legado era esencialmente revocable. Mientras en un principio era exigida la revocación del testamento que contenía el legado, en tiempos posteriores los romanos reconocieron la posibilidad de revocar el legado aisladamente con una manifestación de la voluntad (ademptio legati o translatio legati) que podía ser formulada “quibuscumques verbis” o con una acción de la que se desprendiese inequívocamente tal voluntad de revocación. Igualmente el legado podía ser revocado en tanto en cuanto concurrieran las circunstancias de absoluta enemistad e ingratitud.

En el derecho romano clásico podía, entre los diferentes legatarios, darse el derecho de acrecer (en el legado “per vindicationem” si él era dejado “coniunctum”, y en el legado “per praeceptionem” de cualquier forma).

En el derecho justiniano tal derecho de acrecer fue siempre reconocido.

El legado en favor del heredero o del mismo heredero condicionado llamase “prelegado” y se cumplía mediante el legado “per praeceptionem”.

CAPITULO III LA SUCESION “AB INTESTATO”

La sucesión intestada es una de las materias en las que aparece con más nitidez el dualismo entre derecho civil y derecho pretorio, y la sustancial primacía de éste sobre aquél. Se hace, pues, preciso distinguir entre la sucesión civil y la pretoria.

1. La Sucesión Civil

“Sui heredes”, eran las peraoa que se encontraban bajo la patria potestad o la “manus” del “pater familias” en el momento de su muerte. Sustancialmente esta sucesión era típica de la familia romana en tanto que tenía estricta cuenta del ligamen de la “potestas”, prescindiendo de cualquier vinculo de sangre. Ya hemos

visto como ellos sucedían necesariamente y como fueron más tarde introducidas ciertas modificaciones con el fin de evitar esta grave limitación.

La posición del “suus” como “here necessarius” tenía especial significación aun en lo referente al testamento en cuanto no le era lícito al testador olvidar a los “sui”, sino que debía contarlos entre los herederos o desheredarlos.

Siempre que no existiese esta categoría de sucesores, le correspondía heredar al “agnatus proximus”, teniéndose, aun, en este caso, más en cuenta el ligamen en sí que el vínculo de sangre.

Cuando faltaban los “agnati” le sucedían los “gentiles”, esto es, aquellos que formaban parte del complejo familiar de un mismo jefe.

Según el “ius civile” a una categoría determinada no podía sucederle otra diferente (in legitimis heneditatibus successio non est), por lo cual cuando el “agnatus proximus” no aceptaba (para el “suus” tal fenómeno no podía darse porque era heredero forzoso) la herencia no revertía en los “gentiles” sino que quedaba vacante.

2. La Sucesión Pretoria Y Sus Posteriores Desarrollos

El sistema del “ius civile” que no tenía en cuenta el vinculo de sangre, esto es, que automáticamente excluía de la herencia al hijo emancipado y a la mujer que no estuviese “in manu”, condujo al pretor a introducir un nuevo sistema fundamentado sobre el vínculo de sangre, el cual, por la misma naturaleza del derecho pretorio, no podía considerar herederos a los que quedaban excluidos de la sucesión legítima, aunque *no* obstante instituía en favor de ellos la posibilidad de adquisición, protegida por el mismo pretor, de los bienes hereditarios (bonorum possessio), que para los hombres libres no sujetos por tanto a la potestad, olvidados en el testamento, era llamada “bonorum possessio contra tabulas”.

Las categorías determinadas por el pretor eran cuatro:

- 1.0 “Liberti”.—Eran los hijos, se hallasen o no sujetos a la patria potestad. La “bonorum possessio” concedida por este titulo llamábase “bonorum possessio unde liberia”. La sucesión se da por estirpes y no por jefes según el sistema acogido en el derecho moderno.
- 2.0 “Legitimii”—Siempre que faltase la categoría de los hijos eran llamados a la sucesión aquellos que se incluían en la sucesión propia del derecho civil, dejando fuera a la categoría de los “sui” que eran considerados ya dentro de la categoría de los “liberia. Peno puesto que la categoría de los “gentiles” había desaparecido pronto, ya que se hallaba ligada a institutos arcaicos, esta categoría de los “legitimi” se encontraba prácticamente compuesta por los “agnati”. La “bonorum possessio” correspondiente se llamaba “bonorum possessio unde legitimii”.

3.0 “Cognati”.—Faltando las precedentes categorías la “bonorum possessio” revertía en los parientes de sangre del “de cuius” y precisamente en los descendientes, ascendientes, colaterales hasta el sexto grado aun por vía de la mujer, y al séptimo en los descendientes de primos hermanos (bonorum possessio unde cognati).

4.0 “Vir- et uxor”.—Ya que el marido y la mujer tenían entre ellos un derecho recíproco de sucesión (bonorum possessio unde vir uxor).

En el derecho pretorio era, pues, posible la sucesión entre las órdenes y los grados en el sentido de que siempre que los llamados de una categoría no adquirieran la “bonorum possessio”, ella revertía en los llamados de la categoría siguiente, y, en la misma clase, en los grados sucesivos.

Posteriores reformas fueron introducidas por los SenadoConsulto Tertuliano (del tiempo de Adriano) y Orficiano (del 178 de C.).

Por el pi-linero de ellos la madre cuando tuviese tres hijos si era “ingenua” y por si era “libertas”, era llamada a la sucesión de los hijos con preferencia sobre los “agnati”; por el contrario, los hijos llamados a la sucesión de la madre con preferencia a la categoría determinada de los sucesores.

Una reforma fundamental en esta materia fue la introducida por Justiniano con las novelas 118 (año 543) y 127 (año 548) que establecieron cinco clases de sucesores:

- 1.0** Descendientes; componiéndose en esta categoría también a los descendientes por parte de la mujer en cualquier grado que estuviesen;
- 2.0** Ascendientes; que concurrían a la sucesión juntamente como la categoría anterior;
- 3.0** Hermanos y hermanas;
- 4.0** Colaterales;
- 5.0** Cónyuge superviviente; en concurrencia con los otros sucesores y tan sólo como usufructuario en el caso de que existiesen hijos.

LA SUCESION LEGITIMA CONTRA EL TESTAMENTO

La prevalencia absoluta de la sucesión testamentaria sobre la sucesión legítima encuentra una gran limitación en este instituto. En la época más arcaica no se concebía la posibilidad de limitar la voluntad del difunto, el cual estaba obligado, existiendo los “heredes” a desheredarlos explícitamente en el testamento, ya que si no éste era nulo.

Tal principio no imperaba para los emancipados que fueran «heredes sui», y fue introducido en su favor por el pretor en el sentido de que la “praetenitio” de ellos les conducía a la consecución de una “bonorum possessio” que acostumbraba a calificarse “contra tabulas”.

El sistema de la necesidad del desheredamiento para la exclusión de los “heredes sui” no constituía, sin embargo, derecho alguno en favor de los “sui iuris” emancipados en la sucesión del padre, en cuanto la falta de desheredamiento explícito les proporcionaba plena ventaja ya que se creaba así la situación idónea para introducir la sucesión “ab intestato praetoria” que les situaba en la primera categoría de los sucesores.

Siempre que el testador, sin motivo justificado, no dejase parte de su patrimonio a determinados familiares, los romanos, bajo la ficción de que el testamento había sido realizado por una persona en estado de demencia, admitían la posibilidad de la impugnación por medio de una acción particular llamada “*accusatio o querella inofficij testamenti*”. A través de este medio nace, en sustancia, el instituto de la legítima, esto es, de la necesidad de que una parte del complejo hereditario fuese reservada a los más próximos sucesores.

La legítima fue en un principio reservada sólo a los descendientes y ascendientes, pero más tarde se extendió a las otras categorías de sucesores; pero siempre recayendo en la más próxima y excluyendo a las restantes. Ella fue fijada en un cuarto de la totalidad de la herencia. Ello era posible sola mente anulando el testamento, y es éste el motivo por el cual, siempre que el testamento hubiera sido rescindido por no haber tenido en cuenta a los herederos legítimos, ellos sucedían según los principios de la sucesión intestada y no en la medida propia de la legítima. Justiniano llegó a admitir que, en la hipótesis de que el testador hubiera dejado la legítima inferior de lo que les correspondía, el intestado no pudiera exigir la anulación del testamento sino sólo la concesión de la legítima.

La dote y las donaciones del “*de cuius*” que hubieran disminuido la legítima podían ser anuladas .

Una reforma importante en esta materia fue la introducida por Justiniano con la novela 115 (año 542), en el sentido de que fueran taxativamente establecidos los motivos por los cuales podía llegar a darse la “*exheredatio*”, y que fueran elevadas las cuotas del complejo hereditario reservadas a los herederos más próximos.

CAPITULO V LAS DONACIONES

1. Concepto Y Requisitos

La donación —ya hemos dicho— era una causa general de adquisición, en cuanto cualquier relación era suficiente para que fuese realizada y tenía como elemento esencial, la gratuidad de la transferencia. Ella puede así, pues, definirle como “cualquier acto a través del cual alguien (donante, donator) en favor de otro (donatario) y sin contraprestación alguna, entregaba parte de su propio patrimonio”.

Los requisitos para su existencia eran los siguientes:

- 1) Enriquecimiento de un patrimonio en detrimento de otro.
- 2) Existencia de un espíritu de liberalidad (animus donandi).

Cualquier acto que tuviera o hubiera tenido estos dos requisitos era considerado por los romanos como efectivo de «donationis causa»; era en otros términos, una donación. Es así, pues, evidente que bajo el título de la donación podían transferirse derechos reales, se podía obligar a entregar alguna cosa, o se podía renunciar a una obligación del donatario hacia el donante.

Se distinguían por lo tanto las “donaciones reales”, las «donaciones obligatorias» (promesas de donar) y las «donaciones liberatoria.”.

Para cada una de ellas era necesario el uso de las formas prescritas en concordancia a la naturaleza del derecho que se deseaba transferir. Así para transferir en donación la propiedad de una “res mancipi” era necesaria, en el derecho clásico, la «mancipado”, mientras que en el derecho justiniano bastaba la simple “traditio”; para obligarse a dar alguna cosa a título de donación era necesaria, en la época clásica, una “stipulatio”, mientras en el derecho justiniano era suficiente un simple pacto, y para rescindir una obligación solemne en el derecho clásico se exigía la “acceptilatio”.

Podemos, pues, determinar que una auténtica donación de la totalidad del patrimonio (donación universal) no existía en el derecho romano clásico, a no ser bajo la forma de donación obligatoria, ya que para la transferencia de los derechos singulares era necesario el uso de las formas connaturales a los derechos mismos. Ella fue, no obstante, introducida en el derecho justiniano.

Las donaciones podían ser puras o simples o bien sujetas a una modalidad (sub modo) en el sentido de que al donatario le podía ser impuesta una determinada prestación, que no debía, sin embargo, identificarse a una contraprestación, equivalente a la donación, ya que si no, no habría donación, *ni* a una condición, pues si fuese así la donación estaría indisolublemente unida al cumplimiento o no cumplimiento de la condición misma. Fue, sin embargo, admitido que el donante y sus herederos pudieran perseguir al donatario incumplido, *y* a este respecto, en el derecho justiniano, fue concedida la «actio praescriptis verbis”.

Igualmente no podía considerarse como auténtica donación la “donación remuneratoria” a no ser que consistiese en donativos que el donante no se hallaba obligado a entregar como contraprestación a los servicios o beneficios recibidos por parte del donatario.

2. Las Donaciones “Intervivos”

Las donaciones podían ser entre vivos (ínter vivos), y a consecuencia de la muerte.

Las donaciones «ínter vivos”, como medios que encubrían el peligro de explotación no fueron bien vistas por los romanos. La primera ley que se ocupó de ellas fue la “lex Cincia de donis et munenibus” del año 204 a. C., que vetó la

posibilidad de hacer o recibir donaciones que sobrepasen una cierta medida (*ultra modum*) excepto que ellas tuvieran lugar entre parientes de sangre (*cognati*) hasta un cierto grado. La “*Lex Cincia*” era, sin embargo, un típico ejemplo de ley imperfecta, esto es, de norma privada de sanción, en tanto en cuanto no implicaba ni la nulidad de la donación hecha en desestima de sus normas ni penas para los transgresores (“*prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit*”). La defensa de la prohibición de la ley *Cincia* era así, pues, confiada a una “*exceptio*”, válida solamente para paralizar aquellas donaciones cuyo objeto no se hallaba aún bajo la disponibilidad jurídica del donatario. La ineficacia de la «*lex Cincia*» era, por otra parte, agravada por el hecho de que, en los tiempos de Severo y Caracalla, la «*exceptio legis Cinciae*» asume un carácter personal por virtud del cual los herederos del donante no podían oponerla. Esto es lo que se denominaba «*morti Cincia removetur*».

La *Llex Cincia* consideraba —como se ha visto— a los cónyuges entre las “*personas exceptae*”, a aquéllas, queremos decir, entre las cuales era lícito donar «*in infinitum*”. Sin embargo, nace en la costumbre (que fue más tarde sancionada por la legislación augustea) la prohibición de la donación entre cónyuges para evitar que el afecto conyugal hubiere impulsado al más indulgente de ellos a empobrecerse en favor del otro. La necesidad de determinar los límites de esta prohibición condujo a los juristas a una minuciosa investigación sobre el concepto de la donación y es ésta la razón por la cual asume gran relevancia en el derecho romano tal institución.

La prohibición conducía a la absoluta nulidad de las donaciones, pero como todos los institutos demasiado rígidamente concebidos, ella experimentó algunas excepciones (por ejemplo, para las donaciones “*honoris causa*”, esto es, las que la mujer hacía al marido para sostener los gastos de un cargo público; para las “*mortis causa*” que estaban condicionadas a la premoriencia del donante; para las “*divortii causa*”, las cuales, por otra parte, por estar hechas en el momento del divorcio, caían fuera sustancialmente del campo de las donaciones entre cónyuges).

La más importante de las derogaciones en torno a las consecuencias de la prohibición fue la aportada por una “*oratio*” de Severo y Canacalla del año 206 d. C. que introdujo una forma de consolidación de la donación si el cónyuge llegaba a morir sin revocarla. En sustancia ella hace puramente personal, y así, pues, limitado al donante, el “*ius poenitendi*”, es decir, el derecho de revocar y anular las donaciones hechas.

Hemos puesto de relieve cómo en el derecho romano clásico la donación no se consideraba como negocio jurídico en sí mismo, sino cómo ella podía constituir la causa jurídica de cualquier negocio todas las veces que él tuviera el fin práctico de enriquecer a un contrayente para empobrecer al otro. Ella adquiere, sin embargo, propia autonomía cuando más tarde es prescrito por los emperadores Constancio Cloro y Constantino, un requisito especial para aquellas donaciones que superaran cierta medida (500 sueldos), consistente en la en los registros públicos. Las donaciones de poco valor consideráronse perfectas con la simple promesa. Fue

así sustituido el originario criterio de que la forma del "negotium donationis" fuera determinada por el objeto de la donación, por el que "insinuatío", esto es, en la redacción de un documento y en la transcripción de éste tenía presente sólo el criterio del valor.

La revocación de la donación por ingratitud fue introducida en el período clásico para las donaciones hechas por el liberto al señor. Ella fue extendida, después de un largo proceso que se desarrolló en el período postclásico, por Justiniano a todas las donaciones hechas por el señor al liberto, mientras se admitió igualmente la revocación por la supervivencia de los hijos.

3. Las Donaciones "Mortis Causa"

En el caso de que la donación hubiera estado condicionada al hecho de que el donante pmoniera al donatario, la donación llamábase "mortis causa". Dado el carácter de causa general de adquisición de la donación, los medios procesales que el donante tenía a su disposición, en el caso de que el donatario le hubiera premuerto, para asegurar la restitución de la cosa donada, eran, o la "mancipatio" con el "pactum fiduciae", el cual lo situaba en condiciones de poder ejercer la "actio fiduciae", o la estipulación de la restitución de la cosa, la cual lo legitimaba para una "actio ex stipulatu". A estos medios Justiniano le añade la "condictio incerti", la "ad proscriptis verbis" y la "rei vindicatio".

Una identificación parcial entre los legados y las "mortis causa donationes" que se dio en el derecho clásico, fue extendida por Justiniano a todos los casos de donación "mortis causa", lo que dio posibilidad para que ellas, además de por los motivos ya vistos para las donaciones "intervivos", pudieran revocarse como cualquier negocio de última voluntad si es que había habido arrepentimiento (ex poenitentia).

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO RUIZ, Vicente.

Historia del Derecho Romano. Madrid, Editorial Reus, 1994,

CRUZ, Sebastião.

Direito Romano (Ius Romanum). Tome I. 4ème éd., Coimbra, 1984,

D'ORS, Álvaro.

Derecho Romano Privado. Pamplona, EUNSA, 1997;

KASER, Max.

Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains. In:

Romanitas. Revista de Cultura Romana (Língua, Instituições e Direito). Rio de

Janeiro, Romanitas Livraria Editôra Ltda,

KUNKEL, Wolfgang.

Historia del Derecho Romano. Barcelone, Ariel, 1991

PETIT, Eugene,

Manual de Derecho Romano, Porrúa, México, reed.

SCHULZ, Fritz.

Principios del Derecho Romano. Madrid, Civitas, 1990,

VILLEY, Michel.

Le droit Romain.

Collection "Que sais-je?" Paris, Presse Universitaire de France, 9ème éd., 1993,