

Willy Ramírez Chávarry
Nórvil Cieza Montenegro

Derecho Romano



Willy Ramírez Chávarry
Nórvil Cieza Montenegro

Derecho Romano

UAP UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS



Willy Ramírez Chávarry

Graduado en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Es Ph.D. en Business Administration por la Atlantic International University-EE.UU.; Doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas; Máster en Enseñanza y Aprendizaje Abiertos y a Distancia por la Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED (España); Máster en Administración Nacional Defensa University NDU - Universidad Nacional de la Defensa - ESUJ; Center for Hemispheric Defense Studies CHDS - Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa Strategy and Defense Policy Course SDP.

Actualmente es asesor legal y apoderado general de la Universidad Alas Peruanas. Ejerce la docencia en la Escuela de Inteligencia de la Marina de Guerra del Perú; Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú; y Escuela Universitaria de Posgrado de la Universidad Federico Villarreal. Entre sus actividades premiales el doctor Ramírez Chávarry desempeña el cargo de director de economía del Colegio de Abogados de Lima (CAL).

Es autor de diversas obras escritas entre las que destacan: Diccionario de terminología empresarial, editado por el Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, Lima, 2009; Argumentación Jurídica, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires - Lima, 2009; Derecho romano, Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, 1ª edición, Lima, 2006. Es autor además de varias colaboraciones en la revista LEX, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UAP. Están próximas a ser publicadas otras dos de sus obras: La cibernética informática en el Perú, e Impacto del E-business en las empresas del Perú.

DERECHO ROMANO

Nórvil E. Cieza Montenegro
Willy Ramírez Chávarry

DERECHO ROMANO



Fondo Editorial

UN LIBRO
SIEMPRE ES
UNA BUENA
NOTICIA

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro. Ningún párrafo, imagen o contenido de esta edición puede ser reproducido, copiado o transmitido sin autorización expresa del Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas. Cualquier acto ilícito cometido contra los derechos de propiedad intelectual que corresponden a esta publicación será denunciado de acuerdo al D.L 822 (ley sobre el derecho de autor) y con las leyes que protegen internacionalmente la propiedad intelectual.

DERECHO ROMANO

Norvil Cieza Montenegro / Willy Ramírez Chávarry

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UAP
Decano: Dr. Ricardo Díaz Bazan

©UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS

Rector: Fidel Ramírez Prado, Ph.D
Av. Cayetano Heredia 1092, Lima 11
Teléfono: 266-0195
E-mail: webmaster@uap.edu.pe
web site: www.uap.edu.pe

FONDO EDITORIAL UAP

Director: Dr. Omar Aramayo
E-mail: o_aramayo@uap.edu.pe
Paseo de la República 1773, La Victoria, Lima
Teléfono: 265-5022 (anexo 27)

Corrección de texto: Gerardo Pérez Fuentes
Diseño y edición gráfica: Alberto Escalante
Diseño de carátula: Daniel Aquino Velazco

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013 - 14805
ISBN : 978 - 612 - 4097 - 69 - 1
Impresión: Universidad Alas Peruanas
Derechos reservados: UAP
Primera edición: Lima, 2014

Librería UAP
Av. Nicolás de Piérola 444
La Colmena - Lima
Teléfono: 330 - 4551
Website: <http://libreria.uap.edu.pe>

A mis hijos Christian y Nathalie,
y a mi esposa Sonia, de quienes
recibo día a día su total amor y
comprensión

NÓRVIL

A las nuevas generaciones
de abogados, quienes
seguirán los pasos de sus
maestros

WILLY

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DEL DERECHO ROMANO

TÍTULO PRIMERO: MARCO HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO I: ROMA Y TRASCENDENCIA DEL DERECHO ROMANO

1.	Orígenes de Roma	35
2.	Evolución histórica de Roma	36
2.1.	Etapa monárquica	36
2.2.	Etapa republicana	37
2.3.	Etapa imperial	42
3.	Trascendencia del Derecho romano	45
3.1.	Los albores del Derecho romano	45
3.2.	Importancia del Derecho romano	47
4.	El jurisconsulto romano	49
4.1.	La jurisprudencia de los pontífices	49
4.2.	La jurisprudencia clásica	49
4.3.	La jurisprudencia republicana	50
4.4.	La etapa clásica central de la jurisprudencia	50
4.5.	Jurisconsulto y orador	50
4.6.	Los últimos juristas clásicos	51
4.7.	La jurisprudencia y la legislación posclásica	51
5.	Derecho romano y tradición jurídica europea	52
5.1.	Fases	52
6.	Jurisprudencia romana y sistemas jurídicos actuales	52
6.1.	Códigos civiles	53
6.2.	Derecho inglés y americano	53
7.	Jurisprudencia romana y enseñanza del Derecho	53
8.	Historiografía romana	53
8.1.	Generalidades y épocas	53
8.2.	Representantes principales	55

TÍTULO SEGUNDO: DIVISIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO I: LA MONARQUÍA

1.	Estado social bajo los primeros reyes	75
2.	Organización social	76
2.1.	Los patricios	76

2.2. Los clientes	76
2.3. Los plebeyos	77
3. Organismos de gobierno	78
3.1. El rey	78
3.2. El Senado	81
3.3. Los Comicios o Asambleas populares	82
4. Fuentes formales del Derecho en la monarquía	83

CAPÍTULO II: LA REPÚBLICA

1. Antecedentes	85
2. La organización constitucional de la República	86
2.1. Las Magistraturas	87
A. Magistratura Ordinaria	90
1. Magistratura Ordinaria Permanente	90
a) El Consulado	90
b) La Pretura	90
c) La Cuestura	90
d) La edilidad plebeya	90
e) El tribuno de la plebe	90
2. Magistratura Ordinaria No Permanente	90
a) Censura	90
B. Magistratura Extraordinaria	91
a) Dictadura	91
C. Tipos de Magistrados	92
2.2. El Senado	95
2.3. Asambleas Populares (Comicios)	95
3. La Ley de las XII Tablas	97
3.1. Antecedentes	97
3.2. Importancia de las XII Tablas	98
3.3. Contenido de la Ley de las XII Tablas	99
3.4. Interpretación y comentario jurídico	104
a) Derecho Procesal: (Tablas I, II y III)	104
b) Derecho de familia: (Tabla IV)	105
c) Derecho de herencia y sucesiones: (Tabla V)	106
d) Derecho de propiedad o de Cosas: (Tablas VI y VII)	106
e) Derecho penal: (Tablas VIII, IX, X y XI)	106
f) Derecho público: (Tabla XII)	107
3.5. Análisis sobre la autenticidad de la Ley de las XII Tablas	107
4. Fuentes formales del Derecho en la República	108
4.1. Lus Quiritium	108
4.2. Las XII Tablas	108

4.3. El Colegio Pontifical	110
4.4. Las leyes votadas en Asambleas Populares	110
4.5. Los plebiscitos	111
4.6. Los senadoconsultos	111
4.7. Edicto de los magistrados	111
4.8. La jurisprudencia	112
5. Apogeo y crisis de la Constitución republicana	112
5.1. La ascensión de Roma a potencia universal	112
5.2. La Administración del territorio romano	113
5.3. Crisis de la República	117

CAPÍTULO III: EL PRINCIPADO O DIARQUÍA

1. La fundación del Estado de Augusto	119
2. La administración en el nuevo Estado	120
3. Aspectos jurídicos del Principado	121
3.1. La contraposición <i>ius civile-ius gentium</i>	121
3.2. La contraposición <i>ius civile-ius honorarium</i>	122
3.3. La pluralidad de estratos jurídicos	123
4. La jurisprudencia romana	123
4.1. Los comienzos de la jurisprudencia romana	123
4.2. La Jurisprudencia clásica	124
4.3. Escuelas jurídicas clásicas	125
5. Fuentes formales del Derecho en el principado o diarquía	128
5.1. Legislación popular y senatorial en el principado	129
5.2. Las constituciones Imperiales	129
5.3. Derecho nacional y Derecho imperial	130

CAPÍTULO IV: EL IMPERIO ABSOLUTO O DOMINATO

1. La crisis del siglo III	131
2. El imperio absoluto o dominato	132
3. Compilaciones jurídicas prejustinianas	134
3.1. La corrupción de la literatura jurídica	134
3.2. El Derecho romano vulgar	134
3.3. La legislación imperial y Colecciones de constituciones	135
3.4. Leyes romanas de los bárbaros	136
3.5. Las escuelas jurídicas orientales de Derecho	137
4. Trabajos legislativos de Justiniano	137
4.1. El <i>Corpus Iuris Civilis</i> de Justiniano	138
A. El Código justiniano	138

B.	Las Cincuenta Decisiones	138
C.	El Digesto o las Pandectas	139
D.	Las Instituciones	161
E.	El nuevo código	167
F.	Novelas	168
4.2.	Juicio y apreciación de la obra de Justiniano	169
5.	Destino del Derecho romano después de Justiniano	170
6.	Recepción del Derecho justinianeo	170
6.1.	Escuela de los glosadores	170
6.2.	Los bartolistas o comentaristas	171
6.3.	Renacimiento del Derecho - La escuela histórica	172
6.4.	Nueva escuela histórica	172
7.	Fuentes actuales del Derecho romano	173
7.1.	Fuentes anteriores a Justiniano	173
7.2.	Legislación de Justiniano	175
7.3.	Derecho posterior a Justiniano	176

TÍTULO TERCERO: MARCO CONCEPTUAL

CAPÍTULO I: DERECHO ROMANO

1.	El Derecho en general	179
2.	Conceptos romanos de Derecho	180
2.1.	El ius y fas	180
2.2.	La justicia	181
2.3.	Jurisprudencia	181
2.4.	Ideas del derecho	182
3.	Clasificaciones romanas del Derecho objetivo	182
3.1.	De carácter histórico	182
3.2.	De carácter sistemático	183
4.	El Derecho romano	185
5.	Importancia y utilidad del Derecho romano	186

SEGUNDA PARTE

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL DERECHO ROMANO

LIBRO PRIMERO: DE LAS PERSONAS

TÍTULO PRIMERO: NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA

CAPÍTULO I: CONCEPTO Y CLASES DE PERSONAS

1.	Idea de persona	193
----	-----------------	-----

2.	Comienzo y extinción de la personalidad	194
2.1.	Comienzo de la persona	194
2.2.	Extinción de la persona	195
3.	La capacidad de las personas	195
3.1.	Capacidad de obrar	196
4.	Clases de personas	197

TÍTULO SEGUNDO: PERSONAS FÍSICAS O NATURALES

CAPÍTULO I: STATUS LIBERTATIS

1.	De los esclavos	199
2.	Causas de la esclavitud	202
2.1.	Por nacimiento	202
2.2.	Posteriores al nacimiento	202
3.	Condición social y jurídica de los esclavos	203
3.1.	Condición social	203
3.2.	Condición jurídica de los esclavos	204
4.	Otras condiciones de los esclavos	205
4.1.	Potestad del dueño sobre el esclavo	205
4.2.	Condición del esclavo en la sociedad	206
5.	Situaciones afines a la esclavitud	206
6.	De las personas libres	207
6.1.	De los ciudadanos y no ciudadanos	208
7.	Los ingenuos y libertinos	208
8.	Causas de extinción de la esclavitud	209
8.1.	Manumisión	209
8.2.	Por disposición de la ley	211
9.	Condición de los manumitidos	212
9.1.	Los libertos ciudadanos	213
9.2.	Los libertos latinos junianos	213
9.3.	Los libertos dediticios	213
10.	Relaciones de los manumitidos con el patrono	214
11.	Último estado del Derecho	214
12.	El colonato	215

CAPÍTULO II: STATUS CIVITATIS 217

1.	La ciudad	218
1.1.	Los Cives	219

1.2. Los Peregrini	220
CAPÍTULO III: STATUS FAMILIAE	223
1. Generalidades	224
1.1. Alieni iuris	224
1.2. Sui iuris	224
2. De la familia	225
2.1. La familia o domus	225
2.2. El paterfamilias	225
2.3. Constitución de la familia	226
3. Del parentesco	226
3.1. La cognatio	227
3.2. La agnatio	227
3.3. Vínculos de agregación natural y civil	228
4. De la gens y los derechos de gentilidad	229
5. La patria potestad	229
5.1. Evolución histórica	229
5.2. Situación patrimonial de los filius familias	230
5.3. Adquisición y extensión de la patria potestad	231
5.4. Acciones adyecticias	231
5.5. Caracteres de la potestad paternal	232
5.6. Fuentes de la patria potestad	234
A. El matrimonio romano	234
a) Requisitos para contraer matrimonio	235
b) Efectos del matrimonio	235
c) Impedimentos a la validez del matrimonio	236
d) Legislación matrimonial de Augusto	243
e) Los esponsales	244
f) Celebración del matrimonio	244
g) Disolución del matrimonio	245
h) Otras uniones de carácter marital	245
- Concubinato	245
- La adopción	246
- Legitimación	250
5.7. Extinción de la patria potestad	251
5.8. Potestades caídas en desuso bajo Justiniano	253
A. Manus	253
1. Clases de manus	254
2. La manus en el matrimonio	254

B. Mancipium	255
1. Formalidades de la mancipium	255
2. Emancipación	255
2.1 Formalidades de la emancipación	256
6. Tutela	256
6.1. Carácter de la tutela	256
6.2. Clases de tutela	257
6.3. Funciones y responsabilidad del tutor	269
6.4. Tutela de las mujeres púberes	260
6.5. Aspectos normativos del tutor como administrador	261
6.6. Valor de los actos de tutela	262
6.7. Derechos del tutor	262
6.8. Capacidad del pupilo	262
6.9. Fin de la tutela	263
7. Curatela	263
7.2. Atribuciones del curador	263
7.3. Garantías dadas contra el curador	264
7.4. Fin de la curatela	265
CAPÍTULO IV: CAPITIS DEMINUTIO	267
1. Pérdida y variación de estado	267
2. Clases	268
2.1. La Capitis Deminutio Máxima	268
2.2. La Capitis Deminutio Media	268
2.3. La Capitis Deminutio Mínima	268
3. La infamia	268
4. Lus Posliminio	269
5. Limitaciones de la capacidad	270
5.1. Edad	270
5.2. Sexo	270
5.3. Agnación, cognación y afinidad	270
5.4. Enfermedades físicas y mentales	271
5.5. Prodigalidad	271
5.6. Celibato y falta de hijos	271
5.7. Libertad	271
5.8. Condiciones sociales, cargos y profesiones	271
5.9. Colonatus	271
5.10. Intestabilitas	272
5.11. Infamia	272
5.12. Religión	272

5.13.Otras causas	273
6. Extinción de las personas físicas	273

TÍTULO TERCERO: PERSONAS MORALES o JURÍDICAS 275

CAPÍTULO I: CORPORACIONES O ASOCIACIONES Y FUNDACIONES 277

1. Corporaciones o Asociaciones	277
1.1. El Estado	277
1.2. La civitatis	278
1.3. Los collegia	278
2. Las fundaciones	279
3. La herencia yacente	280
4. Extinción de las personas morales	280

CAPÍTULO II: OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN EL DERECHO DE LAS PERSONAS 281

1. Sexo	281
2. Edad	282
3. Estado de salud o enfermedad	282
4. Religión	283
5. Condición de las personas	283
6. Domicilio	283
7. Parentesco	284
8. Afinidad	284
9. Consideración civil	285

LIBRO SEGUNDO: DE LAS COSAS

TÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES

CAPÍTULO I: LAS COSAS y SU CLASIFICACIÓN

1. Concepto de cosas	291
2. Clases de cosas	292
2.1. Res extra e intra commercium	292
2.2. Res mancipi - res nec mancipi	294
2.3. Cosas muebles e inmuebles	294
2.4. Cosas consumibles y no consumibles	295
2.5. Cosas fungibles y no fungibles	295

2.6. Cosas divisibles e indivisibles	295
2.7. Cosas simples y compuestas	295
2.8. Cosas principales y accesorias	295
3. Cosas incorpóreas	296

CAPÍTULO II: NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS

1. Hechos y negocios jurídicos	299
2. Influencia de los hechos o acontecimientos en los derechos	300
3. Actos o hechos jurídicos	300
4. Negocio jurídico	301
5. Forma de los negocios jurídicos	301
6. Forma interna del negocio jurídico	302
6.1. Elementos esenciales referentes a la persona o capacidad del sujeto	303
6.2. Elementos esenciales referentes al objeto o materia del negocio	303
6.3. Elementos esenciales referentes al consentimiento o voluntad interna de las partes	304
6.4. Elementos referentes a la correspondencia entre la voluntad interna o real y la externa o declarada	305
7. Clases de negocios jurídicos	307
8. Elementos o cláusulas accidentales del negocio jurídico	318
8.1. Modalidades del negocio jurídico	310
8.2. Interpretación del negocio jurídico	317
8.3. La representación	318
9. Invalidez del negocio jurídico	320
9.1. Causas de nulidad en el Derecho romano	320
9.2. Vicios de la voluntad	321
9.3. Discordancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad	322
10. Extinción de los derechos nacidos de los negocios jurídicos	322
10.1. Enajenación	322
10.2. Renuncia	323
10.3. Pérdida del objeto	323
10.4. Prescripción extintiva	328
10.5. Otros medios de extinción de los derechos	325

TÍTULO SEGUNDO: DE LOS DERECHOS REALES

CAPÍTULO I: GENERALIDADES 327

1. Noción de todos los Derechos reales	328
--	-----

2. Clasificación de los Derechos reales	328
---	-----

CAPÍTULO II: LA POSESIÓN

1. Definición	331
2. Generalidades y evolución jurídica	332
3. Elementos de la posesión	334
4. Clases de posesión	335
5. Protección posesoria	335
5.1. Interdicta retinendae possessionis	335
5.2. Interdicta recuperandae possessionis	336
6. Las cosas que pueden ser poseídas	336
7. Adquisición de la posesión	337
8. Pérdida de posesión	337
9. Entre lo fáctico y lo normativo	340

CAPÍTULO III: DE LA PROPIEDAD

1. Generalidades	345
2. Limitaciones al Derecho de propiedad	347
2.1. Limitaciones fundadas en intereses particulares o en beneficio de los vecinos	348
2.2. Limitaciones fundadas en interés público	348
3. Clases de propiedad	350
4. Copropiedad	351
5. Modos de adquisición de la propiedad	352
5.1. Modos originarios de adquirir la propiedad	352
a) Ocupación y adquisición del tesoro	352
b) Accesión	355
c) Especificación	357
d) Confusión y conmixtión	358
e) Adquisición de los frutos	358
5.2. Modos derivativos de adquirir la propiedad	361
a) Mancipatio	362
b) In jure cessio	364
c) Traditio	366
d) Usucapio	368
e) De la adjudicatio	374
f) De la lex	374
6. Pérdida de la propiedad	375
7. Defensa de la propiedad	375

7.1. Protección de la propiedad civil	377
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO IV: DE LAS SERVIDUMBRES

1. Nociones	395
2. Las servidumbres reales o prediales	397
2.1. Servidumbres rurales	399
2.2. Servidumbres urbanas	400
3. De las servidumbres personales	403
3.1. El usufructo	404
3.2. Otras servidumbres personales	407
4. Protección de la servidumbre	408

CAPÍTULO V: DERECHOS REALES PRETORIANOS O IMPERIALES

1. La enfiteusis y la superficie	415
2. Enfiteusis	415
2.1. Derechos del enfiteuta	418
2.2. Deberes del enfiteuta	418
3. Superficie	418
3.1. Derechos y obligaciones del superficiario	419

CAPÍTULO VI: DERECHOS REALES DE GARANTÍA

1. Concepto	421
2. Clasificación	422
2.1. La fiducia	422
2.2. La prenda - el pignus	422
2.3. La hipoteca	426
3. Del poder de enajenar y de adquirir	431
3.1. Del poder de enajenar	431
3.2. Por quién se adquiere	431

TÍTULO TERCERO: DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO U OBLIGACIONES

CAPÍTULO I: OBLIGACIONES

1. Créditos y obligaciones	435
1.1. Concepto de obligación	435
1.2. Evolución histórica de la obligación	436
1.3. Elementos de la obligación	437

1.4.	Contenido y requisitos de la prestación	438
1.5.	Lugar y tiempo de la prestación	439
2.	Clasificación de las obligaciones	439
2.1.	Clasificación de las obligaciones según el Derecho que las recoge y protege	440
2.2.	Clasificación de las obligaciones según el sujeto	442
2.3.	Clasificación de las obligaciones según su objeto	444
3.	Fuentes de las obligaciones	448
4.	Efectos de las obligaciones	450
4.1.	Cumplimiento de las obligaciones	450
4.2.	Incumplimiento de las obligaciones	451
4.3.	Sanción por incumplimiento de las obligaciones	456
4.4.	La mora	459
4.5.	Efectos de las obligaciones	461
4.6.	Transmisión de las obligaciones	462
5.	Garantías y refuerzo de las obligaciones	464
5.1.	Garantías personales	464
5.2.	Refuerzo de las obligaciones	468
6.	Extinción de las obligaciones	469
6.1.	Modos extintivos que operan ipso iure	471
a)	Pago	471
b)	La confusión	472
c)	La novación	472
d)	Pérdida de la cosa debida	473
e)	Mutuo disentimiento	473
f)	Concurso de causas lucrativas	474
g)	Por muerte	474
h)	Por capitis deminutio	474
6.2.	Modos extintivos que operan ope exceptionis	475
a)	Compensación	475
b)	Remisión de la deuda	476
c)	Prescripción liberatoria	476

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS CONTRATOS

1.	Nociones generales	477
2.	Desarrollo histórico	478
3.	Características del contrato romano	480
4.	Clasificación de los contratos	481
5.	Elementos generales del contrato	482
5.1.	Del consentimiento	482

5.2. De la capacidad de las partes	484
5.3. Del objeto	484
5.4. De la causa en las obligaciones contractuales	484
6. Los contratos reales	485
6.1. Mutuo	485
6.2. Comodato	486
6.3. Depósito	488
6.4. Prenda	490
7. Contratos formales	490
7.1. Contratos verbales	490
7.2. Contratos literales	492
8. Contratos consensuales	493
8.1. Compraventa	493
8.2. Locatio conductio	493
8.3. Sociedad	500
8.4. Mandato	502
9. Cuasi contratos	503
9.1. Gestión de negocios	503
9.2. Enriquecimiento ilegítimo	503
9.3. Lex Rhodia de iactu	504

CAPÍTULO III: LOS DELITOS

1. Delitos	519
1.1. Robo	520
1.2. Daño en propiedad ajena	525
1.3. Lesiones u ofensas	532
1.4. Rapiña	535
1.5. Intimidación	535
1.6. Dolo	535
1.7. Fraude a acreedores	536
2. Cuasidelitos	537
2.1. Torpeza o deshonestidad judicial	538
2.2. Effusum et deiectionum	538
2.3. Positum et suspensum	538
2.4. Responsabilidad de navieros, posaderos y dueños de establos	538
3. Análisis y características del delito	539
3.1. Caracteres del delito	540
3.2. Furtum bajo Justiniano	542
3.3. Furtum según Gayo	542
3.4. Furtum según otros jurisconsultos	544

3.5. Elementos y efectos del hurto	549
3.6. El hurto para otros jurisprudencias	551
3.7. Concepto de Justiniano de los bienes arrebatados con violencia	553
3.8. Concepto de Gayo de los bienes arrebatados con violencia	555
3.9. La injuria bajo Justiniano	556
3.10. Concepto de Injuria según Gayo	557
3.11. La injuria en el Derecho penal romano	558
4. La responsabilidad civil	560
4.1. El derecho de venganza y la Poene Compositio	560
4.2. Delitos públicos y delitos privados	561
4.2. Delitos públicos y delitos privados	561

TÍTULO CUARTO: DE LOS DERECHOS SUCESORIOS

CAPÍTULO I: DERECHO DE SUCESIONES

1. Sucesión mortis causa y herencia	563
2. Terminología jurídica romana	564
3. Evolución histórica de las sucesiones	564
4. La herencia	566
4.1. Objeto de la herencia	566
4.2. Hereditas y bonorum possessio	566
4.3. Presupuestos de la sucesión hereditaria	567
4.4. Delación de la herencia	567
4.5. Transmisión de la herencia	568
4.6. Adquisición de la herencia	568
4.7. Aceptación o adición de la herencia	569
4.8. Herencia yacente	569
4.9. Usucapio pro heredere	569
4.10. Confusión hereditaria y separación de bienes	569
5. La sucesión intestada	570
6. La sucesión testamentaria	572
6.1. Testamento	572
6.2. Características del testamento	572
6.3. Formas antiguas y clásicas del testamento	572
6.4. Testamento militar	573
7. El codicilo	573
8. El testamento postclásico y justiniano	573
9. Capacidad para testar	574
10. Institución de heredero	575
10.1 La institución bajo condición o término	576
10.2. Las sustituciones	576

11. Legados 429	580
11.1. Clases de legados	580
11.2. Sujetos y objeto de los legados	580
11.3. Adquisición del legado	582
11.4. Limitaciones legales de los legados	582
12. Fideicomisos	588
12.1. Concepto	588
12.2. Evolución histórica	589
12.3. Fideicomiso de herencia	589
12.4. Sustitución fideicomisaria	590
12.5. Fideicomiso de familia y residuo	590
12.6. Fideicomiso de libertad	590
13. Disposiciones testamentarias	592
13.1. Interpretación del testamento	592
13.2. Ineficacia del testamento	592
13.3. Clases de ineficacia del testamento	593
13.4. Revocación del testamento	593
13.5. Ineficacia y revocación de los legados	593
14. Derecho de acrecer	594
15. Las colaciones	594
16. Sucesión contra el testamento	594
16.1. Reformas pretorias	595
16.2. El testamento inoficioso y la legítima	595
16.3. Reformas de Justiniano	596
17. Acciones hereditarias	597
17.1. Petición de herencia	597
17.2. Interdicto de cuyos bienes	597
17.3. Interdicto lo que por legado	597
17.4. Acción de partición de herencia	598
18. Donaciones	598
18.1. La Lex cincia y los límites de las donaciones	600
18.2. Régimen posclásico y justiniano	600
18.3. Donación modal	600
18.4. La donación mortis causa	600

LIBRO TERCERO: DE LAS ACCIONES

TÍTULO PRIMERO: LAS ACCIONES Y EL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

CAPÍTULO I: ACCIONES

1. Generalidades	605
2. Historia del Procedimiento civil romano	606

3.	Conceptos generales	607
3.1.	Derecho privado y Derecho procesal	608
3.2.	Proceso público y privado	609
3.3.	Procedimiento penal y procedimiento civil	610
4.	Organización judicial	611
4.1.	Magistrados y jueces	611
4.2.	Las partes en el proceso, sus representantes y auxiliares	612
5.	Actio	613
5.1.	Clases de acciones	614
6.	Lurisdictio, cognitio y iudicatio	615

CAPÍTULO II: EL PROCESO ROMANO

1.	Generalidades	617
1.1.	Ordo iudiciarum privatorum	618
1.2.	La extraordinaria cognitio	619
2.	Procedimientos jurídicos romanos	620
3.	El procedimiento de acciones de la ley	621
3.1.	Clases de las acciones de ley	621
3.2.	Fase ante el magistrado	624
3.3.	Fase ante el juez	625
3.4.	La sentencia	625
4.	El procedimiento formulario	626
4.1.	Fase ante el magistrado	627
4.2.	Naturaleza y caracteres de la fórmula	628
4.3.	Partes de la fórmula	629
4.4.	Litis contestatio y sus efectos	629
4.5.	Fase ante el juez	630
4.6.	La sentencia	631
4.7.	Protección jurídica extraprocesal	633
4.8.	Modelos de fórmulas	635
5.	El procedimiento cognitio extraordinario	635
5.1.	Características y categorías	637
5.2.	La tramitación del proceso extra-ordinem	637
6.	El proceso cognitorio postclásico	640
6.1.	Tramitación	641
7.	El procedimiento por rescriptio del príncipe	642
8.	Audiencia episcopal	642

APÉNDICE

I.	Cronología histórica del Derecho romano	643
1.1.	La Monarquía	643
1.2.	La República	644
1.3.	Principado o Diarquía	645
1.4.	Imperio Absoluto	547
II.	Reyes romanos	648
III.	Emperadores romanos desde Augusto hasta Justiniano	649
IV.	Principales juristas romanos	651
V.	Tribunos de la plebe en la República	653
VI.	Vida y obra de grandes personajes romanos	656
6.1.	Cayo Julio César	656
6.2.	Marco Tulio Cicerón	658
6.3.	Décimo Junio Juvenal	661
6.4.	Tito Livio	662
6.5.	Marco Valerio Marcial	662
6.6.	Publio Ovidio Nasón	663
6.7.	Tito Maccio Plauto	665
6.8.	Gayo Salustio Crispo	666
6.9.	Publio Virgilio Marón	666
VII.	Selección de fragmentos de textos de autores latinos	671
7.1.	Marco Tulio Cicerón	672
7.2.	Cayo Julio César	672
7.3.	Tito Livio	674
7.4.	Plutarco	679
7.5.	Publio Cornelio Tácito	681
7.6.	Plinio el joven	683
7.7.	Cayo Suetonio Tranquilo	683
7.8.	Lucio Anneo Floro	689
VIII.	Artículos para lectura y análisis	691
•	Orígenes legendarios de Roma	691
•	Tiberio Sempronio Graco y Cayo Graco: los tribunos mártires y su revolución social. Autor: Nelly Dora Louzan de Solimano	695
•	La noción de extranjero en el Derecho romano Autor: Elvira Méndez Chang	701
•	Algunas reflexiones en torno al carácter internacional del Derecho de gentes Autor: Elvira Méndez Chang	719
•	Responsabilidad civil del vendedor por productos defectuosos en el Derecho romano - venta de vino. Autor: Miguel Ángel Vásquez Rodríguez	727
•	La legítima en el Derecho romano. Autor: Alfredo di Pietro	747

• El problema posesorio en los interdictos que protegen las servidumbres–prolegómenos al estudio de la <i>quasi possessio</i> y la <i>possessio iuris</i> en el Derecho romano. Autor: Patricio Lazo González	771
• Poder, Derecho y Ética en Roma. Autor: Juan Carlos Valdivia Cano	787
• El <i>Ius Fetiale</i> como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos. Autor: Elvira Méndez Chang	793
• Las bases romanistas frente al cambio político-económico: el principio de igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones en el Perú Autor: Elvira Méndez Chang	811
• Influencia del Derecho romano en el Derecho privado de los países latinoamericanos. Autor: Esteban Varela Mateos	823
• La codificación: impulso moderno de la familia romanista Autor: Carlos Ramos Núñez	827
• Código Napoleónico: Fuentes -Génesis. Autor: Carlos Ramos Núñez	845
• Código de Hammurabi	859
• Código de Hammurapi	863
• Leyes hititas	889
• Leyes asirias	905
• Tábula Contrebiensis	917
• Magistratus, imperium y potestas	921
• Cursus Honorum Senatorio	923
• Cuatro sacerdocios romanos: pontífices, flamines, rex, vestales	925
• Novus Annus	927
• Evolución del concepto de Derecho civil	929
• El Derecho hispano–romano	937
IX. Glosario Jurídico de Derecho romano	965
9.1. Locuciones Latinas	965
9.2. Principios y máximas del Derecho romano	974

PRÓLOGO

Los profesores Nórvil E. Cieza Montenegro y Willy Ramírez Chávarry han hecho realidad la feliz iniciativa de reunir valiosa información así como compilar estudios exhaustivos en torno al tema interesante del Derecho romano.

Esta publicación es importante porque contribuye a satisfacer el interés, tanto de profesores como de estudiantes de Derecho, por conseguir datos e informaciones referentes a la evolución histórica de la concepción jurídica, así como a la versión doctrinaria y principista de reconocidos especialistas en la materia. Todo ello ha sido cuidadosamente seleccionado en la obra que estamos presentando.

Sin duda, ha sido su vocación docente, la que ha impulsado a los autores a preparar tan importante texto. Hay que relieves, en ese sentido, su esfuerzo y capacidad para haber sabido seleccionar, con especial cuidado, los diferentes aspectos, teniendo en cuenta que cualquier intento de especulación sistemática sobre el Derecho, partiendo de la reconocida concepción romana, se identifica con una gran cantidad de literatura jurídica sobre el particular. Desde ese punto de vista hay que reconocer y felicitar, pese al volumen, la capacidad de síntesis, para haber seleccionado del tema lo de mayor importancia.

Como se puede comprobar, el libro ha sido desarrollado en dos partes; cada cual con sus capítulos y títulos respectivos; a los que se añade un apéndice, inherente a la exaltación de connotados personajes de la historia jurídica de la antigüedad, así como al acopio de diferentes tratados o códigos de leyes, que aún sirven para entender la forma cómo el Derecho ha sabido enfrentar la realidad, en las diferentes etapas de la historia y, sobre todo, como ha llegado a los momentos actuales, tratando de normar la conducta y comportamiento de una sociedad, cada vez más controvertida e implicate.

Para la Universidad Alas Peruanas es grato haber auspiciado la edición y divulgación de esta publicación, contribuyendo de esa manera, en la difusión del pensamiento de los hombres de ayer y de hoy. Este propósito e inquietud de nuestra tarea universitaria, contando con el apoyo de los profesores e intelectuales de diferentes especialidades, nos está permitiendo hacer docencia en aula y en la sociedad en general.

Ph.D. Fidel Ramírez Prado

Rector

COMENTARIOS

La aparición de un libro es un acontecimiento importante del espíritu, el orto de un hijo de la luz del entendimiento y la reflexión. Por eso, el autor de un libro es el padre de un hijo especial. Y cuando se trata de un libro con contenido científico, es más aún hijo portador de un mensaje y una incitación para el conocimiento.

En principio, el maestro universitario es un potencial creador de la inteligencia y, debe serlo, el obligado productor de bibliografía de las materias que profesa. Dígase que en su condición de conductor del aprendizaje tiene la responsabilidad, la obligación de alumbrar textos de su campo profesional. Debería existir una norma que compela y obligue al profesor universitario a producir cuando menos un libro, y a su actualización permanente, desde luego.

Las anteriores reflexiones vienen a propósito del libro que, *al alimón*, como dicen los taurófilos, han escrito los doctores Nórvil E. Cieza Montenegro y Willy Ramírez Chávarry sobre el vasto e inacabado campo de la especulación jurídica: el Derecho romano.

Los profesores Cieza y Ramírez estructuran su libro a partir de la Primera Parte de los orígenes de Roma y su evolución histórica, para ocuparse luego propiamente del Derecho romano. Metodológicamente aciertan al transitar por la República y sus institutos, el Principado o Diarquía y los propios, el Imperio Absoluto o Dominato, también con los suyos, y abordar en la Segunda Parte toda la institucionalidad jurídica del Derecho romano.

Estas líneas apuntan a llamar la atención del estudiante acerca de la presencia de un libro que le ayudará a abordar uno de las más importantes materias de su Plan de Estudios, importante en cuanto ella es fundante del extraordinario universo jurídico de nuestros días. No hay instituto jurídico de nuestro tiempo al que no se le reconozca como fuente el Derecho romano.

Se trata, evidentemente, de un texto universitario de real valía para profesores y estudiantes de la materia Derecho romano y que no debe faltar en los anaqueles de estudiosos del Derecho.

Luis Alberto Peláez Pérez
Decano

INTRODUCCIÓN

Hace dos mil años, alrededor del mar Mediterráneo, se extendía un imperio poderoso. Italia era su centro político y Roma, su capital, corazón de todo el mundo civilizado de entonces. El imperio, denominado Imperio romano por su metrópoli, comprendía extensos territorios de Europa, África septentrional y Asia. En el progreso evolutivo de la humanidad, su historia representa una de las épocas más importantes. Tanto así, que los logros de este poderoso imperio han sido resumidos magistralmente por Gibbon: “Si se tratase de puntualizar el plazo de la historia del mundo en que el linaje humano floreció y prosperó señaladamente, nombraríase sin titubear el que medió desde la muerte de Domiciano hasta el advenimiento de Cómodo”.

Lo sorprendente de la acción de este poderoso imperio es que a partir de una ciudad pequeña, Roma, pudiera llegar a conquistar y dominar todos los países mediterráneos. Otros imperios habían existido antes, como el persa o el de Alejandro Magno, que controlaron también una gran extensión de territorios. Pero ningún poder llegó a ser tan persistente ni a ejercer una labor civilizadora tan duradera como el romano.

Los métodos de los que se sirvió para imponerse no fueron ejemplares. Como sucede con toda potencia imperialista, las guerras, con sus secuelas de saqueos, pillajes y destrucciones de comunidades enteras, acompañaban a las legiones romanas. Pero, después de ellas, Roma supo dotar de un marco político-administrativo estable a numerosos territorios que jamás habían gozado de periodos prolongados de paz, imponiéndoles su lengua –el latín– e introduciéndolos en las ventajas de la civilización urbana. Un mismo sistema jurídico, continuación innovadora de otras legislaciones como las leyes de Manu de la India, el Código de Hammurabi de Caldea, el Pentateuco de los judíos, y el Avesta de los medo-persas sirvió para administrar justicia en Roma. Claro está, Roma supo armonizar las enseñanzas jurídicas de esas culturas y de otras más, fusionándolas y obteniendo como resultado el célebre Derecho romano, fuente y sustento de muchas instituciones, algunas de las cuales gozan todavía de buena salud.

El Derecho romano constituye una escuela excelente de razonamiento jurídico. Quien conozca y maneje este sistema estará en capacidad de resolver las dificultades que se presentan en el ámbito jurídico contemporáneo. El Derecho romano perfecciona la inteligencia jurídica a la vez que es un incomparable instrumento de educación histórica para apreciar el nacimiento y la evolución de las leyes, comprender la clasificación que se hace de ellas, así como el decurso de otras instituciones jurídicas.

La presente obra, *Derecho romano*, tiene como objetivo identificar las primigenias y diferentes formas del conocimiento legal que rigieron en la antigua Roma. Esta tarea nos permitirá conocer las controversias entre las diversas clases sociales que originaron la elaboración de la Ley de las XII Tablas, que estableció la igualdad de derechos entre patricios y plebeyos, brindó protección legal a las clases inferiores y limitó el poder de los magistrados, llegando a ser considerada como la primera legislación romana y como tal constituye la fuente más importante del Derecho Civil o Quiritario. Asimismo, se verá cómo con la Ley Canuleya del año 309 a. C., se logra establecer la relación matrimonial entre patricios y plebeyas y los hijos de estas uniones se situaron en la misma casta que el padre; también cómo se dispuso que los plebeyos podrían ocupar cargos públicos.

Además, hemos efectuado un paralelo histórico-jurídico revisando la evolución del Derecho romano en la época del Imperio y la compilación con el Derecho de Justiniano que presentó una visión rejuvenecida del Derecho romano, conservando la división clásica, separando el *ius* y las *leges*, facilitando la labor de redacción y aplicación.

Para un manejo más adecuado de esta obra, la hemos estructurado en dos partes: la primera, titulada: *Marco histórico y conceptual del Derecho romano*; y, la segunda: *Instituciones Jurídicas del Derecho romano*. Cada una de estas partes se subdivide en libros, títulos y capítulos, distribuidos siguiendo cierta secuencia lógica en sus contenidos.

También hemos considerado oportuno incluir un *Apéndice* en el que se establece el seguimiento cronológico de la historia del Derecho romano; asimismo, la vida y la obra de grandes personajes del mundo de la antigua Roma, la selección de fragmentos de grandes autores latinos escogidos minuciosamente y que estamos seguros servirán de fuente de lecturas; del mismo modo, se ha incluido un *Glosario de Términos Jurídicos de Derecho romano*, que le permitirá al lector la consulta oportuna del significado de los latinismos más usuales y tener de esta forma una mejor comprensión de la lectura del presente libro. Para cumplir con tales propósitos, consultamos a diferentes autores de reconocida trayectoria, sus respectivas traducciones del latín, respetando siempre sus fuentes primigenias y sus contenidos originales.

Finalmente, queremos hacer extensivo nuestro agradecimiento a todas las personas que hicieron posible la publicación de este libro, de manera muy especial al Ph.D. Fidel Ramírez Prado, rector de la Universidad Alas Peruanas, y al Dr. Luis Alberto Peláez Pérez, decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de esta casa de estudios, quienes en todo momento nos alentaron y apoyaron de manera indeclinable.

Esperamos fervientemente que el presente texto, sea de provecho para los estudiantes universitarios y personas vinculadas al estudio y el quehacer de la ciencia del Derecho, porque por ellos hemos puesto todo nuestro esfuerzo.

Los autores

PRIMERA PARTE

Marco histórico y conceptual del Derecho Romano





TÍTULO PRIMERO

MARCO HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO I

Roma y Trascendencia del Derecho Romano

1. ORÍGENES DE ROMA

Los principales pueblos que se encontraban establecidos en Italia antes de la fundación de Roma, fueron: los galos, los etruscos, los latinos y los griegos.

Los galos, eran de raza aria o indoeuropea, que atravesaron los Alpes y se establecieron en las llanuras del río Po, en la Galia Cisalpina. Poseían una cultura muy atrasada, vivían dedicados a la agricultura y se distinguieron por su espíritu guerrero y conquistador, eran de tez blanca, altos, rubios y de ojos azules.

Los etruscos, fueron los que tuvieron los conocimientos más avanzados, se establecieron en la región de Etruria, zona meridional de la península Itálica, contigua a los griegos. Este pueblo mostró un considerable adelanto en las artes, industria, comercio y agricultura. Realizaron actividades comerciales y mantuvieron una activa interacción con sus vecinos más cercanos.

Los latinos, se establecieron en Italia Central en la región comprendida entre la Etruria y la Campania denominada El Lacio. Eran arios y estaban agrupados en cuatro tribus principales; los umbríos, los sabinos, los samnitas y los latinos.

Los griegos, al expandirse hacia el este colonizaron el extremo meridional de Italia y la isla de Sicilia, donde florecieron importantes ciudades que en conjunto formaron una zona de colonización denominada Grecia Magna o Grecia Grande. Estas ciudades alcanzaron gran apogeo en las letras, artes y ciencias, en otras palabras constituyeron el florecimiento cultural.

La historia de Roma se inicia el año 753 a. C., con la fundación de la urbe romana por Rómulo y se prolonga hasta el año 476 d. C., en que se produce la caída del Imperio Romano de Occidente, abarcando un período de 12 siglos y cuarto, ascendientes a 1229 años.

Según la leyenda, Roma fue fundada en el 753 a.C. por los hermanos gemelos Rómulo y Remo, hijos de Rea Silvia, una virgen vestal hija de Numitor, rey de la cercana Alba Longa (en el antiguo Lacio). Una tradición más antigua remonta la ascendencia de los romanos a los troyanos y a su líder Eneas, cuyo hijo Ascanio o Julo fue el fundador y primer rey de Alba Longa. Los relatos sobre el reinado de Rómulo destacan el rapto de las sabinas y la guerra contra los sabinos, dirigidos por Tito Tacio, y señalan también la unión de los pueblos latino y sabino. La referencia a los tres pueblos en la leyenda de Rómulo (Ramnes o Ramneses; titios, equiparados a los sabinos; y lúceres, los etruscos), que formaban parte de un nuevo Estado, sugiere que Roma fue creada por una amalgama de latinos, sabinos y etruscos.

La unión de dos tribus: los sabinos y los latinos, dio paso a la creación del Estado romano e integraron una confederación o liga de las siete colinas (Aventino, Capitolio, Celio, Esquilino, Palatino, Quirinal, Viminal), siendo en principio un pequeño poblado situado en la ribera del río Tíber, formado por etruscos, organizados en monarquías, a la cabeza de las cuales estaba el rey, que era elegido por el colegio de pontífices, eliminándose el derecho hereditario. Pero a los romanos no les agradó el régimen político de las monarquías, y empezaron a organizarse en repúblicas.

La República se instauró en el siglo V a.C., y consistía en una comisión de 10 hombres, encargados de gobernar y elaborar una constitución, influidos por la religión ya que el pueblo romano era un pueblo politeísta y adoraba a varios dioses.

La vida política en Roma fue iniciada con el régimen de la realeza y es actualmente un hecho incontrovertible. Rómulo, el primero de sus reyes, fue el creador de la Constitución romana, que llegaría ser conocida en todo el orbe. Es este monarca el que da a Roma toda su estructura política y marca el sendero que ha de seguir el gobierno de esta original ciudad.

La estirpe latina a pesar de la amalgama con sabinos y etruscos, no sufrió cambios, ni logró acabar con esa colectividad ni la dominaron en sus incalculables energías, más bien sirvió de reto, que puso en movimiento a este grupo hasta que fundó el Imperio. Sirvió también para que estas gentes, tan aptas para absorber y hacer propias disímiles teorías, se fermentaran y ampliaran, en su propia e indiscutible individualidad, con la que recibían de afuera. El Imperio de Roma fue en sus orígenes y no dejó de ser nunca latino.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE ROMA

2.1. Etapa monárquica

Es el periodo de la historia de Roma, transcurrido desde aproximadamente el 753 hasta el 510 a.C., para cuyo estudio confluyen numerosas leyendas e historias simbólicas, sobre el cual los historiadores crearon relatos incompletos respecto de su origen y evolución. Con frecuencia, se ha contrastado la decadencia que supuso la época monárquica con el idealismo acuñado sobre el periodo que continuó a esta, la República de Roma.

Los siete reyes del periodo monárquico y las fechas que tradicionalmente se le asignan son: Rómulo (753-715 a.C.); Numa Pompilio (715-676 o 672 a.C.), a quien se le atribuyó la introducción de muchas costumbres religiosas; Tulio Hostilio (673-641 a.C.),

un rey belicoso que destruyó Alba Longa y luchó contra los sabinos; Anco Marcio (641-616 a.C.), de quien se dice que construyó el puerto de Ostia y capturó muchas ciudades latinas, transfiriendo sus habitantes a Roma; Lucio Tarquino Prisco (616-578 a.C.), célebre tanto por sus hazañas militares contra los pueblos vecinos como por la construcción de edificios públicos en Roma; Servio Tulio (578-534 a.C.), famoso por su nueva constitución y por ensanchar los límites de la ciudad; y Lucio Tarquino El Soberbio (534-510 a.C.), el séptimo y último rey, derrocado cuando su hijo violó a Lucrecia, esposa de un pariente. Tarquino fue desterrado y los intentos de las ciudades etruscas o latinas de restituirlo en el trono de Roma no tuvieron éxito.

Aunque los nombres, fechas y sucesos del periodo real se cree que pertenecen a la ficción, existen pruebas sólidas de la existencia de una antigua monarquía, del crecimiento de Roma y sus luchas con los pueblos vecinos, de la conquista etrusca de Roma y del establecimiento de una dinastía de príncipes etruscos, simbolizada por el mandato de los tarquinos, de su derrocamiento y de la abolición de la monarquía. También es probable la existencia de cierta organización social y política, como la división de los habitantes en dos clases: de un lado, los patricios, los cuales poseían derechos políticos y formaban el *populus* o pueblo, y sus subordinados, conocidos como clientes; y, de otro, la plebe, que en un principio no tenía categoría política. Al rey o *rex*, que ocupaba el cargo de por vida, lo elegían de entre los patricios el Senado (*Senatus*) o Consejo de Ancianos (*patres*). El rey era responsable de convocar al pueblo (*populus*) a la guerra y de dirigir al ejército en la batalla. En los desfiles era precedido por los funcionarios, conocidos como lictores, que portaban las fascas, símbolo del poder y del castigo. También era el juez supremo en todos los pleitos civiles y penales. El Senado solo daba su consejo cuando el rey decidía consultarlo, aunque sus miembros poseían gran autoridad moral, ya que sus cargos también eran vitalicios. En un principio solo los patricios podían llevar armas en defensa del Estado. Parece ser que hubo una importante reforma militar, conocida como *reforma Servia*, ya que posiblemente tuvo lugar durante el mandato de Servio Tulio, en el siglo VI a.C. Para entonces, la plebe podía adquirir propiedades y, según la reforma, todos los propietarios, tanto los patricios como los plebeyos, estaban obligados a servir en el ejército, donde se les designaba un rango de acuerdo con su riqueza. Este plan, aunque al principio servía a un propósito puramente militar, preparó el terreno para la gran lucha política entre patricios y plebeyos que tuvo lugar durante los primeros siglos de la República romana.

2.2. Etapa republicana

Es el periodo de la historia de Roma caracterizado por el régimen republicano como forma de gobierno, que se extiende desde el 510 a.C., cuando se puso fin a la monarquía con la expulsión del último rey, Lucio Tarquino el Soberbio, hasta el 27 a.C., fecha en que tuvo su inicio la República.

En sustitución del rey, el conjunto de la ciudadanía elegía anualmente a dos magistrados, conocidos como pretores (o jefes militares), que más tarde recibieron el título de cónsules. La participación dual en el ejercicio del poder supremo y la limitación a un año de permanencia en la magistratura evitaban el peligro de la autocracia. El carácter del Senado, órgano asesor ya existente durante la monarquía, fue modificado al ingresar en él los plebeyos, conocidos como *conscripti*, por lo que desde entonces la denominación oficial de los senadores fue la de *patres conscripti* (paters conscriptos). Inicialmente solo los patricios podían ocupar las magistraturas, pero el descontento de la plebe originó una violenta lucha entre los dos grupos sociales y la progresiva

desaparición de la discriminación social y política a la cual los plebeyos habían estado sometidos.

En el 494 a.C., la secesión (retirada) al Aventino (una de las siete colinas de Roma) de los plebeyos, obligó a las clases patricias a conceder la institución de los *tribuni plebis* (tribunos de la plebe) que eran elegidos anualmente por el *Concilium plebis* (Asamblea de la plebe) como representantes de los plebeyos para la defensa de sus intereses. Tenían derecho a veto sobre los actos de los magistrados patricios y de hecho actuaban como dirigentes de la plebe en los conflictos con los patricios. La constitución de un *decenvirato* (comisión de diez hombres) en el 471 a.C. tuvo como resultado la redacción de un código legal a su cargo veinte años después. En el 455 a.C. la *Ley Canuleya* declaraba legalmente válidos los matrimonios entre patricios y plebeyos. En virtud de las *Leyes Licinias-sextias* (367 a.C.) uno de los dos cónsules debía de ser plebeyo. El resto de las magistraturas se fueron abriendo gradualmente a los plebeyos, incluida la *Dictadura* (356 a.C.), una magistratura excepcional cuyo titular era elegido en tiempos de gran peligro, la censura o dignidad de censor (350 a.C.), la pretura o cargo de pretor (337 a.C.) y las magistraturas de los colegios pontifical y augural (300 a.C.).

Estos cambios políticos dieron paso a una nueva aristocracia compuesta por patricios y plebeyos enriquecidos quienes propiciaron que el ingreso en el Senado fuera casi un privilegio hereditario de estas familias. El Senado, que originalmente había tenido escaso poder administrativo, se convirtió en un órgano fundamental de poder: declaraba la guerra y firmaba la paz, establecía alianzas con otros estados extranjeros, decidía la fundación de colonias y gestionaba las finanzas públicas. Aunque el ascenso de esta nobilitas puso fin a las disputas entre los dos grupos sociales, la posición de las familias plebeyas más pobres no mejoró y el agudo contraste entre las condiciones de los ricos y la de los pobres originó a finales de la República las luchas entre el partido aristocrático y el popular.

Roma aplicó durante este periodo una política exterior expansionista. Antes de la disolución de la monarquía, Roma ya era la potencia hegemónica en el Lacio. Con la ayuda de sus aliados, los romanos lucharon contra etruscos, volscos y ecuos. Entre el año 449 y el 390 a.C. Roma se mostró especialmente agresiva. La conquista de la ciudad etrusca de Veies en el 396 por el militar y político Marco Furio Camilo señaló el inicio de la decadencia de la civilización etrusca. Otras ciudades etruscas se apresuraron a firmar la paz, y a mediados del siglo IV a.C. se habían establecido guarniciones romanas en el sur de Etruria en las que se asentaron numerosos colonos romanos. Las victorias sobre los volscos, latinos y hérnicos dieron a Roma el control de Italia central y también la hicieron entrar en conflicto con los samnitas del sur de Italia, a los que derrotó después de las Guerras Samnitas (343-290 a.C.). Roma reprimió una revuelta de los latinos y volscos y en el 338 a.C. la Liga Latina (confederación de ciudades del Lacio establecida muchos años atrás) fue disuelta. Las poderosas coaliciones formadas por etruscos, umbros y galos en el norte, y por lucanos y samnitas en el sur, amenazaron el poder de Roma hasta que fueron derrotadas, primero la confederación del norte en el 283 a.C. y poco después la del sur. En el 281 la colonia griega de Tarento solicitó ayuda a Pirro, rey de Epiro, contra Roma. Sus campañas en Italia y en Sicilia (280-276 a.C.) no tuvieron éxito y regresó a Grecia. Durante los siguientes diez años, Roma completó su dominio en el sur de Italia y de ese modo logró imponer su poder sobre toda la península Itálica hasta los ríos Arno y Rubicón.

En el 264 a.C. Roma comenzó su lucha contra Cartago por el control del mar Mediterráneo. Cartago era en esa época la potencia marítima hegemónica en el mundo y dominaba de forma absoluta el Mediterráneo central y occidental en tanto Roma centraba su predominio en la península Itálica.

LAS GUERRAS PÚNICAS Y MACEDÓNICAS:

La primera guerra púnica (264-241 a.C.) tuvo como causa principal la posesión de Sicilia y supuso el nacimiento de Roma como una gran potencia naval. Con el apoyo de Hierón II, tirano de Siracusa, los romanos conquistaron Agrigento, y su recién creada flota, bajo el mando del cónsul Cayo Duilio, venció a la cartaginense en la batalla de Milai (260 a.C.). La continuación de la guerra en África acabó con la derrota y captura del general romano Marco Atilio Régulo. Tras una serie de derrotas en el mar, los romanos obtuvieron una gran victoria naval el año 242 a.C. en las islas Égates, al oeste de Sicilia. La guerra acabó en el 241 a.C. con la cesión a Roma de la zona cartaginesa de Sicilia que se convirtió en una provincia romana, la primera posesión exterior de Roma. Poco después, Cerdeña y Córcega fueron arrebatadas a Cartago y anexionadas como provincias.

Como Roma había logrado un equilibrio de fuerzas en el mar, Cartago se preparó para la reanudación de las hostilidades al adquirir posesiones en Hispania. Bajo el mando de Amílcar Barca, Cartago ocupó la península Ibérica hasta la altura del río Tajo. Asdrúbal, yerno de Amílcar, continuó la labor de sometimiento de este territorio hasta su muerte (221 a.C.) y entre los años 221 a.C. y 219 a.C. el nuevo general cartaginés Aníbal, hijo de Amílcar, amplió las conquistas cartaginesas hasta el río Ebro.

La segunda guerra púnica (218-201 a.C.); comenzó al invadir Aníbal la península Itálica tras partir desde sus campamentos de la península Ibérica y cruzar los Alpes con elefantes. Derrotó a los romanos en sucesivas batallas y asoló gran parte del sur de Italia durante varios años, pero tuvo que regresar a África para enfrentarse con Publio Cornelio Escipión el Africano, que había invadido Cartago y que obtuvo una victoria decisiva sobre Aníbal en la batalla de Zama (202 a.C.). A consecuencia de esta batalla, Cartago tuvo que entregar su flota, ceder Hispania y sus posesiones en las islas del Mediterráneo a Roma y pagar una enorme indemnización. Desde este momento Roma obtuvo el control completo del Mediterráneo occidental.

El trato que los romanos le dieron a las comunidades itálicas bajo su dominio se hizo más severo, al tiempo que las ciudades griegas del sur de Italia, que habían apoyado a Aníbal, se convirtieron en colonias romanas. Roma continuó extendiendo su poder hacia el norte: entre el año 201 y el 196 a.C. Los celtas del valle del río Po fueron sometidos y su territorio fue latinizado, aunque se les negó la ciudadanía romana. Córcega y Cerdeña fueron sometidas e Hispania fue ocupada militarmente, práctica que originó los primeros ejércitos romanos permanentes.

Durante los siglos III y II a.C. Roma hubo de enfrentarse a Macedonia por el dominio del mar Egeo en las denominadas Guerras Macedónicas. Las tropas macedónicas estuvieron dirigidas durante las dos primeras guerras por Filipo V, que resultó finalmente derrotado en el año 197 a.C. Con la ayuda de las ciudades griegas del sur, los romanos procedieron contra Antíoco III Megas, rey de Siria, al que derrotaron en Magnesia del Sípilo en el año 190 a.C. y le forzaron a entregar sus posesiones en Europa y Asia Menor. El hijo y sucesor de Filipo, Perseo (212-166 a.C.), continuó la resistencia contra los romanos, lo que condujo al estallido de la tercera guerra macedónica. En el año 168 a.C. su ejército fue puesto en fuga en Pidna por el cónsul Paulo Emilio el Macedónico. Macedonia se

convirtió en provincia romana en el 148 a.C. Dos años más tarde, la revuelta final de la Liga Aquea en Grecia contra el dominio romano concluyó con la conquista y destrucción de Corinto.

La tercera guerra púnica (149-146 a.C.), Roma reemprendió la lucha contra los cartagineses, que finalizó cuando Publio Cornelio Escipión Emiliano conquistó y destruyó Cartago, que a partir de entonces formó parte de la provincia romana de África. La conquista de Numancia en el 133 a.C. puso fin a una serie de campañas en la península Ibérica. Ese mismo año Roma también incorporó a su control el reino de Pérgamo tras la muerte de su último gobernante, Atalo III; poco después este territorio formó parte de la provincia de Asia.

Roma había creado, en 131 años, un imperio (administrado todavía bajo una forma republicana) que dominaba el Mediterráneo desde Siria hasta Hispania. Como resultado de esas conquistas los romanos entraron en contacto con el mundo griego, primero en el sur de Italia y Sicilia y más tarde en el este, adoptando gran parte de su cultura, arte, literatura, filosofía y religión. El desarrollo de la literatura latina comenzó en el 240 a.C. con la traducción y adaptación de la poesía épica y los dramas griegos. En el 155 a.C. se establecieron escuelas de filosofía griega en Roma.

Conflictos internos: con la adquisición de tan vastos territorios comenzaron los problemas internos de Roma. Algunas familias plebeyas extremadamente ricas se aliaron con las viejas familias patricias para excluir al resto de ciudadanos de las más altas magistraturas y del Senado. Esta clase dirigente aristocrática (*optimates*) se hizo cada vez más arrogante y propensa al lujo, perdiendo los altos niveles de moralidad e integridad de sus antepasados. La gradual desaparición de los campesinos, causada por la creación de grandes propiedades agrarias, de un sistema de producción esclavista y por la devastación del campo por la guerra, condujo al desarrollo de un proletariado urbano cuya opinión política no se tenía en consideración. El conflicto entre el partido aristocrático y el popular era inevitable. Los intentos de los tribunos de la plebe Tiberio Sempronio Graco y su hermano Cayo Sempronio Graco por aliviar la situación de los ciudadanos más pobres con una reforma agraria y el reparto de cereales, acabaron en revueltas en las que ambos hermanos resultaron muertos, en el 133 y en el 121 a.C., respectivamente.

La ampliación territorial de Roma continuó. En el año 106 a.C. Yugurta, rey de Numidia, fue destronado por el cónsul Cayo Mario con la ayuda de Lucio Cornelio Sila. Esta victoria incrementó el prestigio militar de Roma, consolidado tras la derrota de los cimbrios y teutones en el sur de la Galia y norte de Italia a manos de Mario tras su regreso de África.

Las comunidades itálicas aliadas con Roma sintieron que sus cargas aumentaban en tanto que sus privilegios disminuían y exigieron compartir con Roma los beneficios derivados de las conquistas, a las que habían contribuido. El tribuno Marco Livio Druso intentó tranquilizar a la población pobre con una serie de reformas legales sobre la posesión de la tierra y reparto de cereales, y a los ejércitos itálicos con la promesa de la concesión de la ciudadanía romana. Su asesinato fue seguido, un año más tarde (90 a.C.), por una revuelta de los ejércitos itálicos cuyo objetivo era crear un nuevo Estado itálico gobernado según las directrices de la Constitución romana. Tras la denominada Guerra Social los pueblos itálicos (principalmente marsos y samnitas) fueron finalmente derrotados, pero consiguieron la plena ciudadanía romana.

Los problemas internos de Roma continuaron. Durante la guerra con Mitrídates VI Eupátor, rey del Ponto, estalló el conflicto entre Cayo Mario, portavoz del partido popular, y Lucio Cornelio Sila, dirigente de los optimates (partido aristocrático) a causa de quién debería dirigir la expedición militar. Sila marchó sobre Roma con las tropas que había mandado durante la Guerra Social y por vez primera las legiones romanas entraron en la ciudad. La posterior huida de Mario y la ejecución del tribuno Publio Sulpicio Rufo dejaron vía libre a Sila para imponer medidas arbitrarias y pudo dirigirse contra Mitrídates en el 87 a.C. En ausencia de Sila, Lucio Cornelio Cinna, líder del partido popular y encarnizado opositor de aquel, quiso introducir las reformas inicialmente propuestas por Rufo, pero fue expulsado de Roma; reunió en torno suyo las legiones en la región de Campania y junto a Mario (que había regresado de África) entró en Roma. Compartieron el consulado en el año 86 a.C. pero Mario murió poco después, tras lo cual se inició en represalia una masacre de senadores y patricios. Cinna permaneció en el poder hasta el 84 a.C., fecha en la que Sila regresó de Asia Menor con 40.000 hombres, marchó hacia Roma y derrotó al partido popular. En adelante, la constitución republicana estuvo a merced de quien tuviera el apoyo militar más fuerte. Sila suprimió a sus enemigos al proscribirles, redactando y colocando en el Foro una lista de hombres importantes que eran declarados enemigos públicos y fuera de la ley; también confiscó las tierras de sus oponentes políticos, las cuales otorgó a los veteranos de sus legiones, quienes por lo general las descuidaron o abandonaron. La rica economía agrícola de Roma decayó y la ciudad tuvo que importar gran parte de sus víveres, especialmente de África que se convirtió en el mayor suministrador de cereales para Roma.

La ascensión de César: en el año 67 a.C. Cneo Pompeyo Magno, político y militar romano que había luchado contra los partidarios de Mario en África, Sicilia e Hispania, acabó con la piratería en el Mediterráneo y fue el encargado de dirigir la guerra contra Mitrídates. Mientras tanto, su rival Cayo Julio César, aprovechándose de su ausencia, adquirió gran prestigio como líder del partido popular al reivindicar la rehabilitación de los injuriados nombres de Mario y Cinna, rogando clemencia para sus hijos y llevando ante la justicia a los corruptos seguidores de Sila.

César encontró un servicial aliado en Marco Licinio Craso, hombre de gran riqueza. No obstante, César provocó la oposición de la clase media al estar implicado en la conjura de Catilina en el año 63 a.C.; dos años más tarde Pompeyo regresó victorioso de Oriente, demandó al Senado que ratificara las medidas que él había adoptado en Asia Menor y concedió tierras a sus veteranos. Sus peticiones encontraron fuerte oposición hasta que César optó por la reconciliación; Pompeyo, Craso y César constituyeron el denominado Primer Triunvirato en el año 60 a.C.

El triunvirato logró obtener el consulado para César y satisfacer las demandas de Pompeyo. Los ecuestres (caballeros), muchos de los cuales eran ricos miembros de la clase mercantil, fueron aplacados a costa del Senado y se llevó a cabo una reforma agraria que permitió a César recompensar a sus tropas. No obstante, su mayor éxito fue la obtención del mando militar en la Galia Cisalpina, Iliria y más tarde en la Galia Transalpina, donde realizó importantes conquistas militares. En el 55 a.C. los triunviros renovaron su alianza y César prorrogó su mando en la Galia durante cinco años más. Pompeyo y Craso fueron elegidos cónsules en el 55 a.C. y al año siguiente Pompeyo recibió el mando de las dos provincias de Hispania y Craso el de Siria. La muerte de este último (53 a.C.) originó el conflicto entre César y Pompeyo. Roma cayó en un periodo de desórdenes hasta que el Senado indujo a Pompeyo a que permaneciera en Roma,

confiando su provincia a legados; lo nombró único cónsul en el año 52 a.C. y lo apoyó en su lucha contra César.

El Senado, con el propósito de evitar que César se presentara como candidato al consulado en el 49 a.C., le exigió que abandonara su mando militar. César se negó, cruzó en el 49 a.C. el río Rubicón desde la Galia Cisalpina y tomó Roma, obligando a Pompeyo y los líderes aristocráticos a retirarse a Grecia. La victoria de César supuso la introducción de reformas económicas y administrativas en un intento de vencer la corrupción y restaurar la prosperidad de Roma. César continuó la guerra contra Pompeyo, derrotando a sus ejércitos en Hispania y pasó a Grecia, donde libró a comienzos del año 48 a.C. la decisiva batalla de Farsalia. Tras su victoria César regresó a Roma como dictador vitalicio.

Pompeyo fue asesinado poco después en Egipto, pero la guerra contra sus partidarios continuó hasta el año 45 a.C. con su derrota definitiva en Munda (en la Bética, Hispania), tras la cual César fue nombrado cónsul por un periodo de diez años.

César se granjeó la enemistad de la aristocracia al ignorar las tradiciones republicanas y fue asesinado el 15 de marzo del año 44 a.C. Marco Tulio Cicerón intentó restaurar la vieja constitución de la República, pero Marco Antonio, que había sido nombrado cónsul con César, se unió con Marco Emilio Lépido y el hijo de una sobrina de César, Octavio (más tarde el emperador Augusto), para formar el Segundo Triunvirato.

Los triunviros iniciaron su mandato proscribiendo o asesinando a sus opositores republicanos, incluido Cicerón. En el año 42 a.C. Octavio y Marco Antonio derrotaron a las tropas de Marco Junio Bruto y de Cayo Casio Longino, dos de los asesinos de César, en Filipos, al norte de Grecia; más tarde los tres se repartieron el control de los territorios pertenecientes a Roma: Octavio se quedó con Italia y Occidente, Marco Antonio con el Oriente y Lépido con África. Poco después de asumir el control de su zona oriental, Marco Antonio, rendido ante los encantos de la reina de Egipto Cleopatra VII, planeó crear con ella un imperio oriental independiente. Lépido, llamado a Sicilia por Octavio para que le ayudara en la guerra contra Sexto Pompeyo (hijo de Pompeyo Magno), intentó conquistar Sicilia para sí mismo, por lo que fue privado de su provincia y apartado del triunvirato. La muerte de Sexto Pompeyo, tras la destrucción de su flota, dejó a Octavio —que había reforzado su posición en Occidente— solo frente a Marco Antonio como rival. Tras la batalla de Accio (*Actium*) (31 a.C.) y el posterior suicidio de Marco Antonio y Cleopatra, Octavio obtuvo el control de Oriente (29 a.C.), con lo cual pasó a poseer la total supremacía sobre el territorio de Roma. Dos años más tarde recibió del Senado el título de augusto que asociaría a su propio nombre, acto que se considera el inicio del periodo imperial.

A pesar de las sucesivas guerras civiles, la literatura latina experimentó un notable desarrollo durante el llamado periodo ciceroniano (70-43 a.C.). Es la primera parte de la llamada Edad de Oro de la literatura romana. El siguiente periodo (43 a.C.-14 d.C.) es conocido con el nombre de período augusteo. César y Cicerón llevaron la prosa latina a nuevas cimas, Terencio fue en esa época uno de los más brillantes dramaturgos, Catulo y Lucrecio destacaron por su brillante actividad poética.

2.3. Etapa imperial

Es el periodo de la historia de Roma caracterizado por un régimen político dominado por un emperador, que comprende desde el momento en que Octavio recibió el título de Augusto (27 a.C.) hasta la disolución del Imperio Romano de Occidente (476 d.C.).

Augusto y la dinastía Julio-Claudia: el imperio sucedió a la república de Roma y Augusto, como princeps (primer ciudadano) mantuvo la Constitución republicana hasta el año 23 a.C. en que el poder tribunicio y el *imperium militae* (o mando supremo) fueron revestidos con la autoridad real. El Senado conservó el control de Roma, la península Itálica y las provincias más romanizadas y pacíficas. Las provincias fronterizas, donde fue preciso el acuartelamiento estable de legiones, estaban gobernadas por legados, nombrados y controlados directamente por Augusto. La corrupción y extorsión que habían caracterizado a la administración provincial romana durante el último siglo de la República no fue tolerada, de lo que se beneficiaron en especial las provincias.

Augusto introdujo numerosas reformas sociales, entre ellas las que pretendían restaurar las tradiciones morales del pueblo romano y la integridad del matrimonio; intentó combatir las costumbres licenciosas de la época y recuperar los antiguos festivales religiosos. Embelleció Roma con templos, basílicas y pórticos en lo que parecía el nacimiento de una era de paz y prosperidad. Este periodo representa la culminación de la edad de oro de la literatura latina, en la que destacan las obras poéticas de Virgilio, Horacio y Ovidio, y la monumental obra en prosa de Tito Livio *Ab urbe condita libri* (Décadas).

Con el establecimiento de un sistema de gobierno imperial, la historia de Roma se identificó en gran medida con los reinados de cada uno de los emperadores. El emperador Tiberio, sucesor de su padrastro Augusto desde el 14 d.C., competente gestor, fue objeto del descontento y de la sospecha general; apoyándose en el poder militar, mantuvo en Roma a su Guardia Pretoriana (las únicas tropas permitidas en la capital), siempre prestas a su llamada. Fue sucedido por el tiránico y mentalmente inestable Calígula (37-41 d.C.). A su muerte el título imperial pasó a Claudio I, cuyo mandato contempló la conquista de Britania y continuó las obras públicas y las reformas administrativas iniciadas por César y Augusto. Su hijo adoptivo Nerón inició su gobierno bajo el sabio consejo y asesoramiento del filósofo Lucio Anneo Séneca y de Sexto Afranio Burro, prefecto de la Guardia Pretoriana; sin embargo, sus posteriores excesos de poder le condujeron a su derrocamiento y suicidio en el 68 d.C., lo que supuso el fin de la dinastía Julio-Claudio.

Dinastías de los Flavios y los Antoninos (69-192 d.C.): Los breves reinados de Galba, Otón y Vitelio entre los años 68 y 69 d.C. fueron seguidos por el de Vespasiano, que junto a sus hijos, los emperadores Tito y Domiciano, constituyeron la dinastía de los Flavios (69-96 d.C.). Resucitaron la sencillez de la corte en los comienzos del Imperio e intentaron restaurar la autoridad del Senado y promover el bienestar del pueblo. Fue durante el reinado de Tito cuando se produjo la erupción del Vesubio que devastó la zona al sur de Nápoles donde se encontraban las ciudades de Herculano y Pompeya. Aunque la literatura floreció durante el reinado de Domiciano, este se convirtió en sus últimos años en una persona cruel y un gobernante tiránico. Este periodo de terror solo acabó con su asesinato.

Marco Coceyo Nerva (96-98 d.C.) fue el primero de los denominados 'cinco buenos emperadores' junto a Trajano, Adriano, Antonino Pío y Marco Aurelio. Cada uno de ellos era elegido y adoptado legalmente por su predecesor según su habilidad e integridad. Trajano llevó a cabo una campaña contra los dacios, armenios y partos, permitiendo que el Imperio alcanzara su mayor extensión territorial; también destacó por su excelente administración. El escritor satírico Juvenal, el orador y escritor Plinio el Joven y el historiador Tácito vivieron bajo el reinado de Trajano. Los 21 años de gobierno de Adriano

también fueron un periodo de paz y prosperidad; tras ceder algunos de los territorios más orientales, Adriano consolidó el resto del Imperio y estabilizó sus fronteras.

El reinado de su sucesor, Antonino Pío se caracterizó igualmente por el orden y la paz. Las incursiones de varios pueblos emigrantes sobre diversas zonas del Imperio agitaron el reinado del siguiente emperador, el filósofo estoico Marco Aurelio, que gobernó junto a Lucio Aurelio Vero hasta el fallecimiento de este último. Marco Aurelio fue sucedido por su disoluto hijo Lucio Aurelio Cómodo, considerado como uno de los más sanguinarios y licenciosos tiranos de la historia. Fue asesinado en el 192 y con él finalizó la dinastía de los Antoninos (96-192 d.C.).

Decadencia y caída del Imperio: los breves reinados de Publio Helvio Pertinax (193) y Didio Severo Juliano fueron seguidos por el de Lucio Septimio Severo (193-211), primer emperador de la breve dinastía de los Severos. Los emperadores de este linaje fueron: Caracalla (211-217), Publio Septimio Geta (211-212, compartiendo el primer año de reinado de su hermano Caracalla), Heliogábalo (218-222) y Severo Alejandro (222-235). Septimio Severo fue un hábil gobernante; Caracalla fue famoso por su brutalidad y Heliogábalo por su corrupción. Caracalla otorgó en el año 212 la ciudadanía romana a todos los hombres libres del imperio romano a fin de poder grabarlos con los impuestos a los que solo estaban sometidos los ciudadanos. Severo Alejandro destacó por su justicia y sabiduría.

El periodo posterior a la muerte de Severo Alejandro el año 235 fue de gran confusión. De los doce emperadores que gobernaron en los 33 años siguientes, casi todos murieron violentamente, por lo general a manos del Ejército, quien también los había entronizado. Los emperadores ilirios, nativos de Dalmacia, lograron que se desarrollara un periodo breve de paz y prosperidad. Esta nueva dinastía incluyó a Claudio II el Gótico, que rechazó a los godos, y Aureliano, quien entre el 270 y el 275 derrotó a los godos, germanos y a la reina de Palmira, Septimia Zenobia, la cual había ocupado Egipto y Asia Menor, restaurando la unidad del Imperio durante algún tiempo. A Aureliano le siguieron una serie de emperadores relativamente insignificantes hasta el ascenso al trono de Diocleciano en el año 284.

Diocleciano, gobernante capaz, llevó a cabo un buen número de reformas sociales, económicas y políticas: eliminó los privilegios económicos y políticos que habían disfrutado Roma e Italia a costa de las provincias, intentó regular la creciente inflación mediante el control de los precios de los alimentos y de otros productos básicos, así como del salario máximo de los trabajadores, instituyó un nuevo sistema de gobierno en el cual él y Aurelio Valerio Maximiano compartieron el título de augusto, a fin de establecer una administración más uniforme en todo el Imperio. Sus poderes fueron reforzados por el nombramiento de dos césares, Galerio y Constancio, instaurando así el régimen de tetrarquía (dos augustos y dos césares). Diocleciano controlaba Tracia, Egipto y Asia, mientras que su César Galerio gobernaba las provincias danubianas. Maximiano administraba Italia y África y César Constancio, Hispania, la Galia y Britania. La tetrarquía creó una maquinaria administrativa más sólida pero aumentó la ya enorme burocracia gubernamental con cuatro sectores imperiales y sus correspondientes funcionarios, lo que supuso una enorme carga financiera para los limitados recursos imperiales.

Diocleciano y Maximiano abdicaron en el 305 y dejaron a los dos nuevos césares inmersos en una guerra civil, que no acabó hasta la ascensión del hijo de Constancio, Constantino I el Grande en el 312. Constantino, que había sido con anterioridad César en Britania derrotó a sus rivales en la lucha por el poder y reunificó el Imperio de Occidente

bajo su mando. Tras derrotar en el 324 a Licinio, emperador de Oriente, Constantino quedó como único gobernante del mundo romano. Se convirtió al cristianismo, que había hecho su aparición durante el reinado de Augusto y que, a pesar de las numerosas persecuciones de que fue objeto, se había difundido durante el mandato de los últimos emperadores y, a finales del siglo IV, se convirtió en la religión oficial del Imperio. Constantino estableció la capital en Bizancio, ciudad reconstruida en el 330 y rebautizada con el nombre de Constantinopla (actual Estambul). La muerte de Constantino en 337, marcó el inicio de la guerra civil entre los césares rivales, que continuó hasta que su único hijo vivo, Constancio II reunificó el Imperio bajo su mando en el 351. Fue sucedido por Juliano el Apóstata, conocido por tal nombre a causa de su renuncia al cristianismo, y este por Joviano (363-364).

El Imperio volvió a escindirse, aunque bajo el reinado de Teodosio I, estuvo unido por última vez tras la muerte del emperador de Occidente Valentiniano II. Cuando falleció Teodosio (395), sus dos hijos se repartieron el Imperio: Arcadio se convirtió en emperador de Oriente (395-408) y Flavio Honorio en emperador de Occidente (395-423).

En el siglo V las provincias del Imperio romano de Occidente se empobrecieron por los impuestos exigidos para el mantenimiento del Ejército y de la burocracia; también a causa de la guerra civil y de las invasiones de los pueblos germanos. Al principio la política conciliadora con los invasores al nombrarles para cargos militares en el Ejército romano y administrativos en el gobierno, tuvo éxito. No obstante, los pueblos invasores del Este emprendieron gradualmente la conquista del Occidente y a finales del siglo IV Alarico I, rey de los visigodos, ocupó Iliria y arrasó Grecia; en el 410 conquistó y saqueó Roma, pero murió poco después.

Su sucesor Ataúlfo (410-415) dirigió a los visigodos a la Galia y en el 419 el rey visigodo Valia recibió autorización del emperador Flavio Honorio para asentarse en el suroeste de la Galia, donde fundó un reino visigodo. Entre estas fechas los vándalos, suevos y alanos ya habían invadido Hispania, por lo que Flavio Honorio se vio obligado a reconocer la autoridad de estos pueblos sobre esa provincia. Durante el reinado de su sucesor, Valentiniano III, los vándalos, bajo el mando de Genserico conquistaron Cartago, mientras que la Galia e Italia eran invadidas por los hunos, encabezados por Atila. Este marchó primero sobre la Galia pero los visigodos, ya cristianizados y leales a Roma, le hicieron frente. En el año 451 un ejército de romanos y visigodos, mandado por Flavio Aecio, derrotó a los hunos en la Batalla de los Campos Cataláunicos.

En el año siguiente Atila invadió Lombardía, pero no pudo seguir avanzando hacia el sur y falleció en el año 453. En el 455, Valentiniano, último miembro del linaje de Teodosio en Occidente, fue asesinado. En el periodo comprendido entre su muerte y el año 476 el título de emperador de Occidente fue ostentado por nueve gobernantes, aunque el auténtico poder en la sombra era el general romano de origen suevo Ricimer, llamado también el 'proclamador de reyes'. Rómulo Augústulo, último emperador de Occidente, fue depuesto por el jefe de los hérulos Odoacro, a quien sus tropas proclamaron rey de Italia en el año 476. El Imperio de Oriente, también llamado Imperio bizantino, perduraría hasta 1453.

3. TRASCENDENCIA DEL DERECHO ROMANO

3.1. Los albores del Derecho

El hombre primitivo se desarrolló en tres campos: cuerpo, inteligencia y organización social. De las primeras dos facetas conservamos pruebas tangibles en su mayoría de

cómo se desarrollaron, sin embargo de la tercera solo puede hacerse un análisis de modo indirecto, realizándolo por medio de analogías, observando lo que sucede en los modernos grupos primitivos y entre animales evolucionados.

Los primeros aspectos jurídicos de la vida primitiva son los referentes a las costumbres relacionadas con la convivencia sexual y ligadas a ella con la jerarquía dentro del grupo de los que conviven sedentariamente o que forman parte del mismo grupo nómada. Ya que los homínidos comienzan su existencia con un prolongado período de ayuda y protección, esto crea una relación social entre la madre y los hijos, surge así alrededor de la madre un grupo social jerarquizado.

Al carecer el hombre de ciclos de actividad sexual, como los demás animales, y vivir con un constante deseo, se hizo necesaria la presencia continua de la mujer junto al hombre, esto conjuntado al problema expuesto en el párrafo anterior pudo ser el origen de una verdadera familia. Que en ella haya existido afecto entre padre e hijos, comparable al que suele existir entre los hijos y la madre, es poco verosímil: el amor paternal parece ser un agregado bastante tardío a la convivencia humana.

Es seguro que el hombre del paleolítico haya conocido el sistema exogámico para los matrimonios de grupo o para sus otras formas de convivencia sexual, este sistema va siempre combinado con ciertos tabúes y con el totemismo.

Así el Derecho de familia, la jerarquización dentro del grupo y el Derecho Penal (totemismo) se desarrollan juntos en íntima relación con la magia y las religiones primitivas.

La transición hacia la agricultura, esto es, hacia el sedentarismo, obliga al hombre primitivo a formar comunidades en las que la ayuda mutua permite vencer la resistencia de la naturaleza, es así como surgen las ideas jurídicas de propiedad y posesión. Con el paso del tiempo las comunidades primitivas se convierten en países, y de las luchas de los diversos países surgen esclavos y amos, esto es: la estratificación social, al mismo tiempo que el Derecho internacional.

Las antiguas aldeas, ahora grandes ciudades, se ven obligadas a diversificar su producción para competir en un mundo primitivamente capitalista, lo que permite una división del trabajo y por tanto propicia el surgimiento del comercio, y es aquí al fin donde encontramos los primeros documentos jurídicos, escritos en alfabeto cuneiforme que tratan sobre dichas actividades lucrativas.

Lo que realmente marca a la historia del derecho, es el momento en que se busca mantener un documento de forma permanente, grabándolo en materiales que resistan con facilidad el paso de los años.

Es tal vez el Código de Hammurabi el más famoso de los que se conocen en la actualidad, sin ser el primero, ya que los sumerios han dejado huella profunda, aunque escasa, de su sistema de Derecho.

Este código que después de una pomposa introducción mística, llena de autoalabanzas contiene 280 preceptos de los cuales 60 no se entienden en lo absoluto, nos hace encontrar algunos conceptos sobre deudas, delitos (ley del talión), matrimonio, divorcio, patria potestad, derecho sucesorio y contratos de comisión, de prestación de servicio y arrendamiento.

Parecería inigualable el legado jurídico de este documento, sin embargo, al compararlo con los pocos documentos de este tipo que se poseen de los sumerios solo nos demuestra que es un código mal sistematizado que marca un retroceso en el ejercicio del Derecho, ya que los sumerios manejaban en sus textos la reparación del daño, elemento que desaparece en el Código de Hammurabi.

De aquí en adelante podremos adentrarnos en múltiples comentarios sobre los sistemas legales que imperaron en el mundo antiguo, analizar el Derecho egipcio, cuya cúspide jurídica eran las normas administrativas o el Derecho hitita que se manejaba por normas aisladas o tal vez el Derecho hebreo, fantástico por la simbiosis que se produce entre su religión y su Ley.

3.2. Importancia del Derecho romano

Gran parte de las normas jurídicas modernas son de origen romano, ya sea por sus raíces históricas en occidente, sea por la occidentalización que han sufrido algunos derechos de oriente. La aportación en materia jurídica de Roma al mundo ha sido principalmente en materia de Derecho privado al igual que en materia técnica jurídica.

Corresponde ver lo útil que es aún el estudio del Derecho romano en los tiempos modernos:

Utilidad histórica: El Derecho actual, tiene por orígenes las costumbres y el Derecho romano, títulos enteros del Código Civil, en especial los referentes a las obligaciones, han sido sacados de esta fuente.

Modelo: Ya que poseemos no solo las leyes, sino las aplicaciones que los jurisconsultos romanos hicieron de estas, las cuales se distinguen por una lógica impecable, llenas de análisis y deducción, nos permiten observar la perfección en la interpretación jurídica, deseable en todo jurista moderno.

Auxiliar: a excepción de Inglaterra, las legislaciones europeas han tomado prestadas más de una ley al Derecho romano para fundamentar sus respectivos códigos, lo que hace que el resto del mundo colonizado por las potencias europeas sienten las bases de sus respectivos sistemas legales en la misma fuente.

Marco teórico: ya que el conocimiento del Derecho romano, es indispensable para comprender la evolución sociológica y cultural del Imperio romano.

Ulpiano afirma que los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo estas son consideradas tres verdades del orden moral. La última de ellas alude entonces a la noción de justicia que da sustancia al orden jurídico.

Para los romanos, la justicia era el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad, lo que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. La equidad, entonces, se convierte en la justicia del caso concreto, aquí la equidad se convierte en el criterio corrector para adaptar el Derecho a los problemas de la vida.

Notamos entonces que toda la evolución del Derecho romano privado se reduce a dotar de equidad a las soluciones rigurosas y formalistas del Derecho Civil. Aquí podemos hacer notar algo importante, ya que la equidad y el Derecho natural son conceptos griegos, resalta la aportación romana al Derecho: la *humanitas*. Humanitas

es lo que nos permite apreciar el valor y la dignidad de la persona humana, concepción que influirá después en el catolicismo.

El mismo autor, Ulpiano, define a la jurisprudencia como la ciencia del Derecho, afirmando que es la ciencia del conocimiento de las cosas divinas y humanas así como la ciencia de lo justo y lo injusto, la prudencia jurídica está en la base de la resolución que permite al juez dar una satisfactoria sentencia.

Entendidos los conceptos anteriores estamos capacitados para comprender el derecho público y el derecho privado romano. El primero se refiere a la organización del Estado, los que son propios de la ciudad o del imperio, el segundo es aquel que se refiere a la utilidad de los particulares. Es el Derecho romano el que presenta por primera vez este bifrontismo.

El Derecho Civil es el propio de los ciudadanos, cada persona se rige por el derecho de su ciudad, sea cual fuere el lugar en el que se encuentre. El Derecho Civil romano se vio fuertemente afectado por las conquistas del imperio, lo que le permite humanizarse gracias al comercio internacional, surgiendo así los negocios y los juicios de buena fe. Lo que nos recuerda un poco las bases del derecho helénico, esto es, el derecho natural.

El Derecho romano fue la expresión más característica y duradera del pueblo romano. En este sentido, la trascendencia del Derecho romano es amplia, porque sirvió de base a las legislaciones medievales y que han sido utilizadas por nuestros pueblos de origen latino, para la elaboración de sus constituciones, códigos y leyes; pues su legado en leyes y tradiciones de administración son fundamentos del orden social.

Es indudable que todo el Derecho romano no fue original. Muchos de sus preceptos fueron tomados de legislaciones anteriores tales como: las leyes de Manu de la India, el Código de Hammurabi de Caldea, el Pentateuco de los judíos y el Avesta de los medopersas. Sin embargo, Roma supo armonizar las enseñanzas jurídicas de varias culturas, fusionándolas y obteniendo como resultado su célebre derecho que es a su vez fuente y sustento de muchas instituciones nuevas.

Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres ha servido de nexo entre los pueblos: Primero por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío, después por la unidad de la iglesia a raíz de la caída del Imperio y finalmente por la unidad del Derecho al adoptarse este durante la Edad Media. La opresión exterior y la fuerza de las armas trajeron por primera vez el resultado de la propagación de la fuerza intelectual del derecho, que se sobrepone a las de las dos épocas anteriores.

La importancia y la misión de Roma en la historia universal se resumen en una palabra. Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. También la importancia del Derecho romano, para el mundo actual, no consiste solo en haber sido por un momento la fuente, el origen del derecho, ese valor fue solo pasajero. Su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que ha hecho cambiar a todo nuestro pensamiento jurídico, y en haber llegado a ser como el cristianismo un elemento de la civilización moderna.

Se puede concluir diciendo que el Derecho romano constituye una escuela excelente del razonamiento: quien conoce este derecho, comprenderá el sustento del derecho contemporáneo, porque perfecciona la inteligencia jurídica, y es un incomparable instrumento para apreciar el nacimiento y la evolución de las leyes.

4. EL JURISCONSULTO ROMANO

El jurista comúnmente fue un ciudadano, generalmente de clase noble y al principio pontífice, que en el foro respondía a las preguntas de todos los que tenían necesidad de consejo jurídico o sobre negocios privados, ateniéndose solo a aquellas reglas precisas que servían para resolver los casos. En la labor del jurista no había lucro y se basaba en su prestigio personal o *auctoritas*.

A la labor de *interpretatio* seguía la *responsa* o *respondere*, también exponían los casos objeto de litigio ante el pretor en la fase *in iure*. La enseñanza se practicaba con pocos discípulos, que acudían a las consultas del maestro.

La continuidad y la transición caracterizan la evolución de las normas jurídicas, que se apoyan con prudencia en el pasado, evitando toda abstracción, en busca de la praxis.

En definitiva, el jurista y la jurisprudencia se guían por una lógica realista y práctica, y por una gran simplicidad en todas sus decisiones.

4.1. La jurisprudencia de los pontífices

Durante los primeros siglos de Roma, S. VIII a.C. al II a.C., la jurisprudencia se consideraba labor exclusiva de los pontífices, máximo colegio sacerdotal.

Guardaban celosamente el calendario judicial, que coincidía en sus fechas con las más propicias para los dioses (días fastos y nefastos), a fin de no ofenderlos con los litigios humanos. En los actos procesales debían de formularse ciertas palabras solemnes que si se olvidaban, o sustituían, hacían perder el litigio; estas palabras se daban en privado y así, y por eso, solo ellos conocían la ley. Los pontífices son, pues, los únicos intérpretes entre lo divino y lo humano.

En el régimen político de la antigua monarquía, los pontífices eran miembros de la clase patricia, hasta el proceso de democracia, en que acceden al alto sacerdocio los plebeyos. Tiberio Coruncanio, que fue el primer pontífice máximo plebeyo, impuso la costumbre de dar las respuestas en público; después fue publicada la Ley de las XII Tablas y la Colección Pontifical, con lo cual se generalizó el conocimiento del Derecho.

En la época de los pontífices, el Derecho privado se reducía al Derecho de familia y al hereditario; se basaban en su prestigio personal, o *auctoritas*, para dar respuestas en materia jurídica en casos concretos (*responsa/respondere*), que versaban sobre los actos de negocios (*cavere*) o sobre fórmulas del procedimiento (*agere*), y no aceptaban compensaciones económicas.

Regularon nuevas fórmulas para las necesidades de la práctica, como la *mancipatio*, fórmula y acción utilizada para transmitir la propiedad de la *res Mancipi* desde antes de que se inventara la moneda, y la *stipulatio* o compromiso que se adquiría verbalmente.

4.2. La jurisprudencia clásica

Es la etapa de máximo apogeo y esplendor del Derecho, del 130 a.C. al 230. Del S. II a.C. al III.

Primer Período: de formación, coincide con la etapa final de la Constitución Republicana. Del 130 a.C. al 30 a.C. caracterizada por la lógica y dialéctica griegas.

Segundo Período: de apogeo, coincide con el Principado, del 30 a.C. al 130. Máximas figuras de jurisconsultos fueron: Labeón y Juliano.

Tercer Período: de decadencia, etapa final del Principado. Del 130 al 230. Adriano inicia la fase de la jurisprudencia burocrática.

4.3. La jurisprudencia republicana

En sus comienzos, la jurisprudencia republicana conserva los caracteres y funciones de los antiguos pontífices. Los jurisconsultos siguen perteneciendo a la nobleza y muchos son pontífices, aunque después sobresalgan juristas pertenecientes a la clase de los caballeros (*ordo equester*) en los últimos años de la República.

Pontífice fue el célebre Quinto Mucio Escévola que, en frase de Pomponio, es el primero en sistematizar el Derecho Civil en una obra de 18 libros, sirviéndose del método de la dialéctica griega mediante la distinción en géneros según este orden de materias: herencia, personas, cosas, obligaciones.

Discípulo de Quinto Mucio fue Aquilio Galo, a quien se atribuye la acción de dolo o culpa, propósito de causar daño a otro. Discípulo de Galo fue Servio Sulpicio Rufo, verdadero creador de la dialéctica jurídica y de la escuela serviana.

La jurisprudencia republicana tuvo su desarrollo en el poderoso fermento helenístico, con métodos comunes del razonamiento lógico y dialéctico que proceden de las doctrinas filosóficas de Platón y Aristóteles.

Roma no desarrolló una filosofía propia, esta la heredó del pensamiento helenístico. El pensamiento *iusnaturalista* pagano que más cuajó en Roma fue el *estoico*, pues era el que mejor se amoldaba a su idea del imperio, dada la concepción del cosmopolitanismo que conllevaba esta filosofía helénica.

Desde la jurisprudencia pontifical a la burocrática predomina la practicidad, la tendencia al casuismo, a la solución concreta del caso planteado en una magistral concreción.

La doctrina ha sostenido también la influencia de la tópica sobre los juristas; esta era, según Aristóteles, un orden que se desarrollaba en torno al problema, como cuestión, presentando más de una solución. Cicerón, estoico nuevo escribió su famosa Tópica.

4.4. La etapa clásica central de la jurisprudencia

Es la etapa de mayor esplendor de la jurisprudencia, que se inicia con el principado de Augusto. Aunque la práctica de hacerse asesorar por jurisconsultos comenzó con Augusto, es Adriano el que después convierte, en la etapa clásica tardía, este consejo en un órgano permanente, convirtiendo así la jurisprudencia en una función burocrática.

4.5. Jurisconsulto y orador

El jurisconsulto daba dictámenes basados en las *auctoritas* o prestigio personal, y llevaba las causas ante el pretor en la *fase in iure*; el pretor autorizaba o denegaba el *iudicium* ante el juez, según le parecieran o no fundadas las alegaciones de los litigantes.

El orador trataba la causa en la fase de *iudicium* ante el juez o tribunal, presentando y desarrollando las pruebas, examen de testigos y cuestiones similares.

Ambas funciones estuvieron separadas y empezaron a fundirse en el proceso *cognitio extra ordinem*, al plantearse conjuntamente las cuestiones jurídicas con los supuestos de hecho y con las pruebas.

En Grecia, algunos sofistas ejercieron como logógrafos, curiosos personajes que comparecían personalmente ante el Tribunal para defender la razón y justicia desde su punto de vista, pronunciándose siempre a favor de su cliente, dado que pensaban que no había nada justo ni injusto por sí mismo, pues toda postura podía defenderse (no eran abogados, pues este oficio no apareció sino en Roma mucho tiempo después).

4.6. Los últimos juristas clásicos

Esta etapa, del año 130 al 230, se caracteriza por la progresiva centralización del Derecho en la cancillería imperial, formada por jurisconsultos, y la transformación de estos en burócratas.

El nuevo procedimiento *cognitorio* (*cognitio extra ordinem*) marca la paralización en la creación de nuevas acciones, pues se tramita ante un juez único y jerarquiza la apelación.

Esta época la marca Adriano y el jurista Salvio Juliano, con la importancia de los rescriptos o resoluciones casuísticas imperiales; así se establece una distinción entre el derecho privado y el público o pretorio.

En el tiempo de Adriano destaca Pomponio, recopilador enciclopédico del derecho clásico, con su obra *Enchiridion*.

En la época de los Antoninos, destaca Domicio Ulpiano.

El más famoso pero desconocido en esa época, es Gayo, popularizado después por Justiniano, con su manual *Instituciones* en el que instaura el siguiente sistema u orden de materias: personas, cosas y acciones.

Emilio Papiniano, del tiempo de Caracalla, fue el más grande jurista de la época, escribió 37 libros de digestos y 17 de respuestas.

Domicio Ulpiano, redactó extensos comentarios de Derecho civil. Julio Paulo, escribió 317 libros.

A partir de Diocleciano, 250, se produce el súbito final de la jurisprudencia romana, al acentuarse la burocracia imperial. Se impone el uso de las compilaciones y obras clásicas. Predomina la vulgarización del Derecho.

4.7. La jurisprudencia y la legislación posclásica

Se produce el paso de la concreta solución de los casos, a una concepción legislativa cristalizada en textos escritos de Derecho, aplicable a los nuevos casos que se presenten; todo ello centralizado en la legislación imperial, bajo diversos factores:

Desaparición de los jurisconsultos y aparición de los maestros del Derecho.

Las nuevas ediciones en *códex* y la práctica de la *recitatio* ante el juez, que llevan a una vulgarización del derecho al confundirse las respuestas jurisprudenciales y los rescriptos imperiales.

La Ley de Citas de Teodosio y Valentiniano, del año 426, lleva a una dogmatización del Derecho.

Los libros y colecciones escolásticas de *leges y iura* contribuyen a la confusión de las distintas fuentes del Derecho y simplifican su aplicación en la resolución de nuevos casos.

La compilación de Justiniano, transmite las decisiones jurisprudenciales como cánones de aplicación universal.

5. DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

El *Corpus Iuris* de Justiniano señala el inicio de una tradición jurídica que llega hasta las codificaciones civiles del siglo XIX. En la legislación visigoda se intensifica la vulgarización del Derecho romano. En la Edad Media y Moderna se suceden etapas de vulgarismo o de clasicismo en momentos de auge o decadencia.

5.1. Fases

Escuela de los glosadores de Bolonia: A partir del descubrimiento del manuscrito del *Digesto* en el siglo XII, inician una labor de comentarios o anotaciones marginales reducidas denominadas glosas.

Escuela de los comentaristas y posglosadores: Del siglo XIV. Los *conciliatores* realizan síntesis del *Digesto* a partir de los glosadores.

- *Mos gallicus* y *Mos italicus*: movimiento humanista, del Renacimiento, siglo XVI. Pretende reconstruir el derecho de Roma tal como se realizó en su momento histórico. Nació en Francia y se reprodujo en Italia.
- Escuela del Derecho natural: Del siglo XVII, basado en la lógica y en una dogmática de validez universal. Influye en el Código Civil francés de 1804.
- Escuela histórica alemana: representante, Savigny. Considera el derecho de un pueblo como el producto espontáneo de su propio espíritu, que nace a impulsos en conjunción con su lengua, arte y folklore (nacionalidad).
- Derecho de Pandectas: Jurisprudencia de conceptos del siglo XIX. Estudian la compilación justiniana. Destaca Ihering, quien después evoluciona hacia una jurisprudencia de intereses o sociológica.
- Orientaciones histórico-críticas: Orientada a la investigación histórica del Derecho romano, una vez terminada su aplicación práctica con la publicación de los códigos civiles. Se ayuda de ciencias auxiliares como la papirología y la epigrafía.

6. JURISPRUDENCIA ROMANA Y SISTEMAS JURÍDICOS ACTUALES

Mientras que la antigua jurisprudencia romana era una actividad libre y consultiva, desarrollada por las respuestas de los jurisconsultos, independiente de jueces y tribunales, la actual es una función pública precisamente a cargo de estos últimos, que conocen de las cuestiones de hecho y de la aplicación del derecho, a imagen del procedimiento cognitorio romano.

Los sistemas jurídicos actuales se distinguen en abiertos, sistema vivo y jurisprudencial, como el inglés o estadounidense, creado mediante las decisiones casuísticas de los jueces; y cerrados, derecho escrito y compilado en un cuerpo o sistema de normas, como el español. También se pueden clasificar en problemáticos, si se

orientan hacia las decisiones concretas; o axiomáticos, elaborados con reglas generales de las que se deducen soluciones a los nuevos casos.

Así queda establecida la dualidad *ius-lex*, jurisprudencia-legislación, que también se manifestaba en el Derecho romano. Hasta finales del principado predomina el *ius*, prototipo del sistema abierto; del otro lado, sistema cerrado, están las *leges imperantes* a partir del dominado, y las recopilaciones del *Códex* prototipo de los códigos civiles de los sistemas cerrados.

6.1. Códigos civiles

Evolucionan desde las tendencias del Derecho natural y del Derecho de pandectas, desde la compilación justiniana a la que se mitifica al considerarla dogma de valor universal: Código de Napoleón de 1804, Código alemán o BGB de 1900, y proyecto español de Goyanes, de 1851.

6.2. Derecho inglés y americano (norteamericano)

En el derecho anglosajón se contraponen un Derecho legal (Statute Law) y un derecho de juristas (Common Law); siendo el más extenso el último, se actúa en virtud del principio de equidad (Equity).

Aunque existen influencias romanas, este sistema es elaborado por los jueces mientras que el romano lo era por las respuestas de los jurisconsultos: *interpretatio* basada en las *auctoritas*; no obstante, existen entre ellos importantes semejanzas.

7. JURISPRUDENCIA ROMANA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Ante la información jurídica completa que, por demasiado extensiva, hoy es imposible de conseguir, el estudiante de derecho basará su actividad en el aprendizaje de la técnica y del pensamiento problemático del jurisprudente.

La técnica y el método de la jurisprudencia romana, proporciona el modelo de empleo para los estudiantes; por tanto, el Derecho Romano es el elemento común imprescindible para los estudios de derecho comparado y el nexo de unión del derecho europeo e hispanoamericano.

8. HISTORIOGRAFÍA ROMANA

8.1. Generalidades y épocas

La historiografía en la Antigüedad es un género literario en prosa que tiene como objeto los sucesos acaecidos a un determinado pueblo. La historia es, por tanto, materia literaria: las leyendas y sucesos recibían un tratamiento que, pretendiendo reflejar la verdad histórica de los mismos, fuese a un tiempo una obra de arte.

La historiografía romana nace en el último tercio del siglo III.a.C. De hecho, la primera obra histórica completa latina, por así decirlo, se remonta a los orígenes de Catón, donde la historia de Roma se ve reflejada a través de una prosa cortada y simple a la que daba marco el lenguaje jurídico, religioso y legal existente en la época. De hecho fue el último género literario cultivado en un digno nivel cuando ya la oratoria, la filosofía, la comedia, la tragedia, incluso la poesía, habían alcanzado su apogeo.

Así con todo, la influencia del mundo griego en el nacimiento del género en Roma es de importancia capital para entender la evolución del mismo, hasta el momento en que el espíritu romano adquiere conciencia de su idiosincrasia y se desgaja tanto en la lengua, como en la temática, estilo y pretensiones de su genial maestro. Evidentemente sus épocas están condicionadas por las vicisitudes de la historia política, pero no se identifican necesariamente con ellas:

a) Primera época:

Comienza propiamente con las guerras púnicas, al convertirse Roma en una gran potencia. Hasta entonces los datos recogidos estaban a cargo de los pontífices, a maneras de crónicas anuales con la relación de los principales sucesos acaecidos. Pues bien, en esta primera etapa la historia estuvo presente para los romanos de muchas maneras, pero principalmente:

A través de los restos de su patrimonio arqueológico, donde la epigrafía, gracias al carácter lapidario del latín, aumentaba su eficacia.

A través del poder de la palabra y la tradición retórica, conformaban totalmente la estructura social de Roma. Los primeros analistas empezaron escribiendo en griego, cumpliendo una importante función diplomática y propagandística (se trataba de hacer accesible la historia de Roma al vasto mundo helenizado) hasta llegar a Catón (234-149 a.C.) quien además de suponer la adopción del latín como medio de expresión, concibió la narración histórica desde el punto de vista del orden lógico de los sucesos y con la temática de Italia como eje central de la misma: ya no se trata de «Roma y el mundo helénico», sino de «Roma e Italia».

De esta época data un sinnúmero de leyendas, que entrelazadas con los escasos datos objetivos que se poseían, contribuyen a la reconstrucción imaginaria y exaltada de una historia de Roma donde el patriotismo exagerado y la gloria de la *urbs* dominan sobre cualquier otra finalidad. La política del momento manda y se carece del más elemental sentido crítico. Para todos ellos la historia es una escuela de civismo y un instrumento de gobierno: de hecho está al servicio de una forma de actuación política, que reflejaron individuos de elevado rango social, cuya autoridad y *gravitas* primaba frente al rigor histórico y las cualidades literarias, y que tenían acceso a la documentación necesaria para evocar el relato de los procesos históricos.

No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo II a.C. se produce un gran cambio en el género en torno al círculo de los escipiones, aristócratas progresistas en manifiesta oposición al conservadurismo de Catón, con los llamados propiamente «historiadores», donde la necesidad de cuidar artísticamente la elaboración formal de la narración histórica adquirió una importancia capital. La tendencia no varía demasiado en cuanto a los contenidos, y la característica fundamental mencionada en los párrafos anteriores sobre el historiador-político se mantiene.

b) Segunda época:

Comienza propiamente tras la etapa de transición posterior a Sila (138-78 a.C.), con los grandes historiadores de Roma de finales de la República, donde la crisis del sistema manifiesta entonces la necesidad de las monografías que reflejen por un lado la decadencia y crítica de las costumbres y por otro los éxitos militares y la justificación política de los mismos. Entramos en la etapa definitiva para la conformación del género.

Con estos historiadores y el resto de literatos, fundamentalmente autores de prosa, comienza la Edad de Oro de las letras romanas, una vez asimilados los primeros gérmenes del helenismo, el nivel cultural romano se va elevando paulatinamente y los hombres de acción se sienten cautivados por los problemas de lengua y estilo; el empirismo es sustituido por un estudio racional de los diferentes géneros literarios; se introduce la crítica y la erudición, esparciéndose el buen gusto y las obras de arte: la Grecia vencida acabó de cautivar por completo a la Roma vencedora.

c) Tercera época:

Durante el principado, con unas características formales semejantes al final de la etapa anterior (seguimos en la Edad de Oro de las letras romanas, pero dominando ahora los géneros en poesía) las dos tendencias políticas quedan patentes:

Los partidarios del régimen realizan biografías de Césares y su entorno.

La oposición se mantenía en la defensa de las formas republicanas tradicionales, a través de la crítica directa al César o el pesimismo resignado a lo largo de la exposición de la trayectoria histórica de Roma.

d) Cuarta época:

A partir del siglo III d. C. sigue aún más acentuada la paradoja entre el programa político y la reglamentación estricta de todas las esferas de la vida: a esta época pertenecen tanto el desbordamiento panegírico como la manipulación histórica.

e) Quinta época:

Con la caída del Imperio romano de Occidente el año 476 d. C. no se extingue propiamente la historiografía romana como tal, pero sí se acentúa el deterioro a partir de la creación del género de la historia eclesiástica en la época de Constantino a cargo de Eusebio, y la continuación en la obra de Aurelio Agustín: *De Civitate Dei*.

8.2. Representantes principales

a) Julio César

Cayo Julio César (100-44 a.C.) es uno de los grandes historiadores romanos, no solo por su gran personalidad, sino también por el carácter único en su género de su obra literaria. Narrar la vida de César equivale a escribir la historia de su época, caracterizada por dos notas fundamentales: 1) La crisis de la República, como institución, y 2) La lucha de individualidades por el poder.

Además de historiador, y antes de ello, fue la personalidad política más importante de su época, el protagonista de la evolución fundamental por la que Roma pasó de un régimen republicano oligárquico a otro basado en el poder personal. No en vano se le han adjudicado definiciones populistas, pero rigurosamente ciertas, que retratan a la perfección al personaje y su circunstancia: «Julio César fue un dictador que quería ser rey, pero fue asesinado en el Senado».

Nacido de ilustre familia, este *monstrum activitati* al decir de Cicerón, comienza tardíamente una carrera política que, sin embargo, fue deslumbrante: recorrió todas las magistraturas y desempeñó además otros cargos públicos de gran prestigio como el de Pontífice Máximo; formó con Pompeyo y Craso el primer triunvirato; conquistó la Galia y derrotó finalmente a Pompeyo en la Guerra Civil (Farsalia, 48 a.C.).

A partir de entonces asumió todos los poderes e incluso participó en varias empresas bélicas, como la guerra en Alejandría en defensa de Cleopatra, la guerra contra Mitrídates y de nuevo contra partidarios de Pompeyo, hasta que fue asesinado el día de los Idus de marzo (15) del año 44 a.C.: su talante conciliador y sus numerosas reformas legislativas y sociales no fueron suficientes para ganarse las simpatías de todos los senadores, algunos de los cuales aterrados ante la idea de la pérdida de poder que conllevaría al final la República, promovieron la conspiración que acabó con la vida de uno de los estadistas y autores literarios más influyentes y fundamentales en la relación y desarrollo del proceso histórico.

• **Obra literaria:**

Julio César combinó la política con la literatura, destacando como extraordinario orador y escribiendo obras sobre distintos temas. De todas ellas nos centraremos en las dos que nos han llegado completas y que en cierta forma enmarcan su evolución personal y pretensiones políticas de manera definitiva.

Se trata de las tituladas genéricamente *Commentarii Rerum Gestarum*, acerca de dos de las más grandes acciones bélicas que llevó a cabo: la Guerra de las Galias (58-52) (*De Bello Gallico*) y la Guerra Civil (49-48) (*De Bello Civili*); tipo de género literario, que era propiciado por la situación política del momento; de hecho, tanto la justificación de la actuación política y militar personal, como las opiniones de los políticos de vanguardia expresadas a través de intensos debates en todos los géneros, son una nota habitual en las grandes crisis.

En esta línea los *Commentarii* de César no se pueden juzgar con los criterios de objetividad absoluta de la moderna investigación histórica ni con los criterios artísticos de la historiografía. Y por otra parte, como todos los informes romanos de campañas militares, los de César perseguían también objetivos políticos; no se trataban solo de un material de archivo, sino más bien de un eficaz instrumento para influir sobre la opinión pública.

De Bello Gallico es una obra que consta de ocho libros, cada uno de los cuales se corresponde con un año de la campaña de conquista que él llevó personalmente a cabo entre el año 58 y el 51 a.C. De estos libros solo el VIII no es obra de César, sino de su lugarteniente, Aulo Hircio.

Respecto a los contenidos, en una primera visión superficial, podemos decir que tras una descripción geográfica de la Galia el autor va siguiendo sus conquistas y enfrentamientos con los diversos pueblos galos:

1. Campañas contra los belgas,
2. Campañas contra los germanos,
3. Expediciones a Britania,
4. Levantamiento general de la Galia dirigido por Vercingetórige, y
5. Triunfo final de César con la toma de Alesia.

No se tiene certeza sobre si fueron escritos año tras año o todos los libros juntos una vez terminada la guerra; en cualquier caso parece ser que fueron editados como obra unitaria en los años 51-50 al solicitarlo su autor de nuevo el consulado.

De Bello Civili, consta de tres libros en los que se narra el enfrentamiento del propio César con Pompeyo para hacerse con el poder en Roma. Comienza con la exposición de las causas de la guerra y sigue con los sucesos principales de la misma:

1. Paso del Rubicón por César; 2. Huida de Pompeyo hacia Oriente; 3. Toma de Marsella; 4. Derrota en Hispania de los lugartenientes de Pompeyo; 5. Enfrentamiento y derrota definitiva de Pompeyo en Farsalia y; 6. Huida de este a Egipto y su posterior asesinato.

Los libros de *Bello Civili* debieron escribirlos entre el 49-48 y el 44, pero tampoco en este caso se aducen pruebas convincentes sobre la fecha exacta de su publicación. En cuanto a su estilo y valor literario, este es indiscutible y aquel posee una serie de rasgos que merecen la pena destacarse: Si hemos de hacer caso a Cicerón, su forma de expresión era *nudi et venusti*, es decir «simple y elegante»; y efectivamente, la pureza de la lengua empleada tanto en el léxico como en la construcción sintáctica así parecen confirmarlo: la selección del primero alrededor de un vocabulario básico restringido a unos 1200 términos lo hacen de una claridad meridiana en su interpretación, así como en el uso de la sintaxis y expresiones habituales, siempre dentro de las normas lingüísticas más rigurosas.

Algunos de sus rasgos más característicos es el uso del estilo indirecto en los discursos, dejando el estilo directo casi exclusivamente para expresar emociones. Llama también la atención el hecho de que siempre se refiera a sí mismo en tercera persona, con lo que el relato gana claridad y distanciamiento, provocando en los lectores una impresión de objetividad.

Su innegable calidad literaria queda reflejada a través de una persuasiva naturalidad, claridad y concentración de su prosa, la coherencia de las construcciones y la fuerza sugestiva de las descripciones, dotadas de un tono lacónico y preciso, aún en momentos de intenso dramatismo. En último término, su estilo certifica lo que sus contenidos manifestaron más explícitamente: una voluntad portentosa y temible.

Justificación de su obra:

Evidentemente la obra de César requiere una segunda lectura, que interprete y justifique la mera narración de los hechos reseñados en el apartado anterior. El hecho de que estas dos obras históricas se refieran a acciones de las que él mismo es el principal protagonista pone en evidencia su carácter político y propagandístico: trata de justificar su política militar dando una visión favorable de la misma, puesto que la legalidad de sus actuaciones era puesta en duda.

Para un maestro de la acción como César, la organización de la opinión pública no debió resultar un impedimento en la consecución de sus planes; poseía la capacidad de concentrar los sucesos dirigiéndolos en línea recta hacia su resultado: la victoria. César no perseguía ideales abstractos, sino únicamente el poder personal; sin embargo podemos matizar sus objetivos a través del análisis de sus dos obras.

En *De bello Gallico*, gracias a los informes que mandaba, verdadera memoria oficial del momento, documentación detallada al hilo de los acontecimientos y de primerísima mano, además de inundar Roma con noticias sobre la geografía, idiosincrasia y personalidades de los pueblos galos, germanos y britanos, naturalmente no dejaba atrás otros aspectos de interés, como:

- Los éxitos de su diplomacia y su estrategia, a través de su política de alianzas, de amistad (*amicitia*) y compromisos de servicio (*beneficium*), mediante los cuales los pueblos, antiguos adversarios, pasaban ahora a estar bajo su protección (*in fidem accipere*).

- El comportamiento ejemplar de sus oficiales y tropas, a los que su coraje y el valor de su verbo era capaz tanto de animar en momentos de decaimiento como de disciplinar en plena crisis.
- La grandeza, incluso, de personajes enemigos, como el caso de Vercingetórige, para realce de la suya propia.
- Sus propias realizaciones, manifestando tanto los hilos rectores de su política como los rasgos dominantes de su personalidad, retratándose como el mantenedor de la tradición romana y la encarnación de la virtud, que le hacían acreedor a ejercer como caudillo de ese gran pueblo.

Efectivamente, ya desde el principio de la obra (*Gallia est omnis...*) indica con claridad que su pensamiento estaba puesto en el dominio total de las Galias; todos los conflictos y operaciones individuales se subordinan a esta idea. De hecho el conflicto bélico en las Galias se presenta ante la oposición senatorial como una guerra defensiva en ayuda de unos aliados amenazados. De esta manera la hábil dramatización de los peligros y la iterativa discriminación de los adversarios creaban un telón de fondo contra el que su prudencia, su honestidad, su energía y su buen hado destacaban ejemplarmente. Al mismo tiempo, hábil y persuasivamente, iba fundamentando sus legítimas pretensiones y preparando el terreno al argumento y la conservación de la propia *dignitas*, objetivo personal prioritario, en esta época la autoridad radicaba aún de manera preponderante en la persona y no estaba institucionalizada; de hecho a César, a pesar de su adscripción a los «populares», ni las instituciones ni los programas le interesaron nunca, pues siempre personalizó su pensamiento político y militar. Por eso acabó imponiendo su persona con un carácter absoluto.

En *De bello Civili*, narración de un episodio políticamente mucho más complicado, se muestra a un César defensor del pueblo romano frente a la soberbia y arbitrariedad del Senado. No fue él, sino sus enemigos, quienes desencadenaron la escalada de la discordia política, los que deseaban la lucha; aunque luego fuese él quien la recondujese con mano firme y enérgica al resultado apetecido. La *proverbial clementia cesariana*, de la que ya había hecho gala en su obra anterior, se manifiesta aquí en toda su generosidad para con los vencidos, evitando el derramamiento de sangre gratuito. Asimismo su insistencia por demostrar que gozaba del favor del pueblo itálico e incluso de parte de las tropas enemigas, lo retrataba como un hombre capaz de mantener la disciplina, imponer su soberana energía y al mismo tiempo manifestar justicia, moderación y generosidad. En suma, tanto un suceso como el otro responden realmente a unos cálculos cuidadosamente elaborados por César que lo conducirían a la conquista del poder, estableciendo sin fisuras la base de su autoridad:

- La guerra de las Galias, con la rápida difusión de sus éxitos le proporcionó prestigio militar.
- Con la guerra civil logró desembarazarse de Pompeyo, anulando al mismo tiempo el poder del Senado.

Parece, pues, que los *Commentarii* son una obra maestra de propaganda política, donde las verdades no están abiertamente falseadas, pero sí disimuladas o desvirtuadas siempre en beneficio de su autor.

b) SALUSTIO

C. Salustio Crispo (86-35 a.C.) procedía de la región de la Sabina, de familia plebeya, pero acomodada. Se trasladó muy joven a Roma con intención de hacer carrera política como *homo novus*, pero fracasó. Efectivamente, desempeñó algunos cargos, como cuestor y tribuno de la plebe, pero su vida privada, que no fue mejor ni peor que la de la clase dirigente del momento, le valió como excusa para ser expulsado del Senado en el año 50 a.C. En realidad su persistente oposición a la clase aristocrática senatorial pudo contribuir en gran medida a una determinación de tal magnitud.

No obstante, su rentable amistad con César le sirvió para conseguir en el 46 a.C., tras los avatares de la Guerra Civil, el cargo de gobernador de la provincia de África Nova, donde acumuló una enorme fortuna de dudosa procedencia y que le obligó a hacer frente a una denuncia de concusión; denuncia que no prosperó gracias de nuevo a su amistad con César. Muerto el dictador se convenció de la inanidad de este tipo de vida: desde entonces se retrajo voluntariamente de toda actividad política y de las habituales de la aristocracia romana, dedicándose a la redacción de sus estudios históricos.

Hasta aquí los datos biográficos, que resultarían totalmente incompletos sin un pequeño análisis de su evolución vital en el entorno socio-político en que le tocó desarrollarse y que Salustio, se esforzó por reflejar desde su personalísimo punto de vista. El sistema republicano estaba ya abocado a una crisis sin alternativa, que la rigidez de la clase aristocrática se empeñaba en no interpretar como tal; los cambios socio-económicos que la expansión del dominio romano fue ocasionando, junto con la falta de un adversario exterior (*metus hostilis*), produjeron una serie de factores funestos, que dieron comienzo a la alarmante descomposición interna:

- Adquisición de riquezas y lujo.
- Incompetencia de la clase rectora.
- Debilitación de la voluntad de resistencia, arrojo e intrepidez de la juventud romana.
- Brutalidad en el desempeño del Imperio.
- Violación de los deberes morales para con los aliados.
- Destrucción de la economía del minifundio para el campesinado libre, por la competencia de la mano de obra servil.
- El despojo sistemático de las provincias.
- El aprovechamiento abusivo del *ager publicus*.
- La concentración creciente de grupos de población proletarizados en la capital sin la contrapartida de puestos de trabajo suficientes.

Todo ello y algo más, constreñido en el marco limitado del mantenimiento de las *mores maiorum* a ultranza, condujo a gravísimas tensiones sociales que buscaban desesperadamente una válvula de escape para descargarse y no faltaban «salvadores» empeñados en el poder personal como única solución a los conflictos. En realidad, el régimen republicano se mantenía porque los intereses que lo combatían se enfrentaban entre sí.

Sea como fuere, Salustio se vio fascinado por la interpretación de la época tumultuosa y revolucionaria que le tocó vivir; su concepción moralista de la Historia, con la aportación de ideales y consideraciones éticas, coincide con la realidad política del momento, convirtiéndose en el intérprete de la crisis de la República, del progresivo deterioro de las antiguas instituciones y del surgir, sobre sus ruinas, de un nuevo estado: la nobleza y su mundo cerrado, el concepto de plebe y su participación en la política como mero comparsa, la demagogia, la corrupción administrativa, la crisis de valores (patria, libertad y familia), en suma, del resquebrajamiento del sistema.

• **Obra literaria:**

La obra de Salustio no es muy copiosa. En los casi siete años que pudo dedicar a ella compuso dos monografías y una extensa obra de historia de la época, de autenticidad indiscutida:

De Coniuratione Catilinae: Trata la conjuración de Catilina que tuvo lugar el 63 a.C., durante el consulado de Cicerón. Realiza un relato extenso de las causas lejanas de la conjuración, así como de las ambiciones de Catilina, noble degenerado y sin escrúpulos.

Bellum Inguurthinum: En esta obra trata la guerra de Yugurta, rey de los númidas, entre los años 111 y 105 a.C., con el pueblo romano, contra cuya voluntad se había proclamado rey y el gigantesco escándalo colonial que develó a raíz de esta.

Historiae: Era su obra más ambiciosa y madura, que abarcaba en cinco libros los doce años transcurridos desde la muerte de Sila en el 78 hasta el 67 a.C. De esta obra solo quedan algunos fragmentos, cuatro discursos y dos cartas.

Concepción de la historia:

Salustio es el creador de la historia como género literario. Esta es ante todo un arte para él; una narración histórica, más que historia propiamente dicha, en función de unos objetivos morales concretos. No era ningún investigador de temas de historia militar, lo que le fascinaba era ante todo el ser humano, los sucesos del acontecer histórico y la atmósfera de la época. Por eso, el valor informativo de sus excursos históricos y geográficos es muy variable, a pesar que él los considere dignos y altamente documentados: «*Mihi multa legenti, multa audienti*».

Siente directa y conscientemente la influencia de Tucídides; los discursos, cartas y digresiones no son adornos, sino que valiéndose en ellos del retrato de un personaje (César, Catón, Mario, etc.) hace toda una serie de consideraciones éticas sobre su época al tiempo que refleja la actualidad contemporánea.

Salustio penetra en su tema dogmáticamente, por lo cual frecuentemente comete errores o descuidos, porque no es la precisión histórica lo que le interesa, sino la narración de unos hechos con sus causas y consecuencias, así como la posibilidad de esclarecer el desarrollo del proceso de degeneración en que la República se vio inmersa.

Así pues, no es solo el individuo el objeto de su observación meticulosa; también es notable la pintura que realiza de las clases sociales y de los partidos políticos: la confrontación con un pasado idealizado, regido por la *virtus*, hizo que le atribuyera el proceso de decadencia a la excesiva *ambitio*, *avaritia* y *luxuria*, que proliferaban por doquier, así como a la discordia y al irreflexivo abuso del poder por parte de las distintas facciones (partidos políticos), de quienes se convirtió en un crítico feroz. Para Salustio no es la *Tyche*, la que hace imprevisible el devenir, sino el hombre genial que actúa con

sentido de la responsabilidad. Considera su misión perpetuar el recuerdo de las extremas realizaciones humanas, en el bien y en el mal, para excitar admiración o aborrecimiento y ofrecer criterios para la conducta futura.

En suma, podríamos decir que los dos aspectos fundamentales de la concepción histórica de Salustio, se resumen en estas dos notas, que matizaremos jalonadas de comentarios concretos sobre las dos monografías:

a) Concepción moralizante de la historia: En los prefacios de sus monografías reflexiona sobre la brevedad de la vida, la superioridad del espíritu sobre el cuerpo y, por lo tanto, la supremacía de las acciones de aquel sobre las de este, la corrupción de las costumbres y el desprecio de los bienes materiales... aunque todo ello resulte poco convincente en boca de alguien que había amasado con muy pocos escrúpulos una enorme fortuna. No pinta las cosas con el contraste del blanco y del negro, sino que lo mismo hace creíble la grandeza del criminal (Catilina) que las sombras y peligros del héroe de la plebe (Mario). Al final echa por la borda todas las idealizaciones y atiende siempre a presentar por el haz y el envés todas las realizaciones humanas.

De esta manera Salustio se muestra imparcial cuando se trata de juzgar a un personaje, pero no lo es cuando se trata de juzgar ideas, pues su propio color interpretativo luce brillante ante un tema capital de permanente actualidad como es, la lucha mortal entre la moral y el poder.

b) Sentido dramático de la historia: Esta característica domina en profundidad toda su obra, lo que lleva a la elección de personajes y situaciones conflictivas. El tema de Catilina lo vio justificado *sceleris atque periculi movitate*, mientras que Yugurta lo impresionó porque *tunc primum superbiae nobilitatis obviam itum es*, Salustio penetra profundamente en el alma de estos individuos fuera de lo corriente; y de esta profunda observación psicológica se obtienen magníficos retratos, tanto de los protagonistas como de los personajes secundarios que en conjunto exponen los aspectos relevantes de la decadente sociedad romana que Salustio se esforzó en retratar.

Respecto al tema de ética, mucho se le ha atribuido a Salustio la falta de identidad entre su obra y su vida: dogmática y moralizadora/licenciosa y disipadora. Su declaración de intenciones (*pulchrum es bene facere rei publicae, etiam bene dicere haud absurdum est*) aclara bastante la situación: «Es hermoso servir bien al Estado, y no está de más decir sus alabanzas» (Cat., 3,1). En su edad juvenil se dedicó a actuar (*facere*) en política y cuando esta ya no pudo ofrecerle una gloria duradera con la potencia de su inteligencia, se volcó en su oficio de historiador, aportando sus consideraciones personales para el nuevo orden salvador.

Tras una experiencia negativa, Salustio llegó a una especie de reflexión regeneradora, se dedicó a un *otium* prematuro, donde podría prestar un servicio eficaz, exponiendo ante las nuevas generaciones las lecciones del pasado: su dedicación a la historia es una vuelta a los dominios del espíritu. De todas maneras su imperiosa necesidad de autojustificación imprime a sus obras un cierto tono sospechoso de culpabilidad, apoyado en otras evidencias como su aparente adscripción a los populares, que bajo una capa de democracia e igualitarismo, deja entrever que era tan clasista como los aristócratas a quienes ataca.

Efectivamente, nunca se convirtió en portavoz de la plebe, de quien supo reflejar su miseria, pero aun así debemos dejar un margen de confianza para alguien que en

continua regeneración y acorde con la evolución de los tiempos supo reconocer y lamentarse de la situación a la que otros como él habían abocado a la República.

• **Cuestiones estilísticas:**

Su arte de narrador histórico le ha conquistado la admiración general tanto en la Antigüedad como, incluso, actualmente, a través de aspectos muy concretos como:

- La estructura armónica de las monografías.
- El interés oportunamente despertado y mantenido hasta el final.
- Las caracterizaciones convincentes a pesar de la simplicidad psicológica.
- El lenguaje impregnado de rudeza arcaica.

Salustio fue un brillante estilista; su estilo es producto de un deliberado esfuerzo por reaccionar contra la moda imperante impuesta por Cicerón. Ya hemos hablado de la influencia de Tucídides, también de Catón, cuyo lenguaje arcaico y concisión se ven apoyados por períodos abruptamente escindidos y de un efectismo patético. Su lenguaje queda impregnado de antítesis vibrantes, desequilibrio y divergencia en la formulación.

Su lengua se sale de lo corriente, buscando el colorido arcaico en aliteraciones y otros recursos. La objetividad de Catón se condensa en lacónica concisión: la *brevitas* es el ideal, lo cual entraña el peligro de la *obscuritas*. Destaca en su prosa la sobriedad, suprimiendo toda palabra innecesaria, así como el uso de la asimetría o *variatio*, uso del infinitivo y presente histórico, empleo abundante de frases participiales al estilo griego, así como el matiz causal para el ablativo absoluto, adverbios y conjunciones temporales (*ubi*) abundantes.

Pero lo que más caracteriza a Salustio, lo que más le preocupaba fundamentalmente a la hora de escribir, y ello se reflejó en el lenguaje, es su interés por manifestar las causas últimas, lo cual le proyecta al futuro, en una línea similar a Tucídides (que alcanzaría su máxima expresión en Tácito). Ambos son investigadores de las causas, a pesar de las profundas diferencias entre ellos; Tucídides entiende; Salustio sentencia.

El empeño por comprender la historia a partir de su acontecer, dirigido por el valor del *bonum publicum*, nos demuestra que Salustio no es un escritor partidista, ni un dogmático filósofo, ni un científico erudito, sino un hombre que gracias a su afán de elevarse hasta la verdad eterna, llegó a ser el historiador de la República romana.

c) TITO LIVIO:

Tito Livio (59 a.C.-17 d.C.) nació en la ciudad de Padua (*Patavium*). Procedía de familia acomodada y burguesa, amante de las tradiciones y de la paz, donde el respeto profundo a la religión y un espíritu de casta más acusado aún que el de la propia aristocracia romana (propio de la nobleza provincial) determinarían de manera fundamental el planteamiento y desarrollo de su obra literaria.

Marchó a Roma en el año 30 a.C., entrando en contacto con Augusto, con cuyo programa patriótico se identifica y quien respetaba con simpatía las tendencias republicanas del literato. Totalmente alejado de la vida política (por primera vez no se da el binomio senador/historiador), Tito Livio consagra toda su vida a las investigaciones que le exige su obra literaria; la historia romana. Transcurre así plácidamente su existencia, alterada únicamente por la publicación progresiva y exitosa de las sucesivas «décadas».

En el nuevo Estado fundado por Augusto, que quería ser una república restaurada, la posición del *Princeps*, absolutamente preeminente, se conciliaba mal con los viejos ordenamientos; de ahí que resulte inevitable una llamada al pasado. Y este es precisamente el elemento más característico de Livio: la recuperación integral del pasado. En los 142 libros de su obra *Ab Urbe Condita* narró la historia de Roma desde los orígenes hasta su tiempo; la obra concluye con la muerte de Druso en el año 9 a.C.

La vuelta al pasado, a la tradición y a los orígenes es el único medio para él de superar la historia reciente hecha de revoluciones, guerras civiles y posiciones irreconciliables; así pues el programa de gobierno de Augusto, su voluntad de restauración y de orden encontraron en este republicano el portavoz más afín que imaginarse pueda, y de esta manera su obra, junto con la *Eneida* de Virgilio, se convierte en la abanderada literaria del programa político de Augusto, con la glorificación de los comienzos de Roma y su innegable vocación de dominadora de pueblos.

• **Obra literaria:**

Los 142 libros de *Ab Urbe Condita* no tratan todos los períodos con la misma amplitud; los primeros siglos de la historia de Roma están resumidos en unos pocos libros y la narración de los sucesos se va haciendo más extensa a medida que avanza en el tiempo y se va aproximando a la época del autor. En el prefacio de la obra expone Tito Livio los motivos que le han impulsado a acometer tamaña empresa: «Será para mí una satisfacción haber contribuido a evocar los hechos gloriosos del pueblo que está a la cabeza de todos los del universo».

La obra, debido a su enorme extensión (unas 7000 páginas impresas actuales), se comenzó a publicar en grupos de diez libros que se conocen con el nombre de *décadas*. Desgraciadamente se ha perdido en su mayor parte; solo se nos han conservado tres décadas y media, es decir, 35 libros de los que, además, los últimos están incompletos. Los libros conservados son los siguientes:

Década primera (libros del 1 al 10) *Década tercera (libros del 21 al 30) *Década cuarta (libros del 31 al 40) *La mitad de la Década quinta (libros del 41 al 45).

Además quedan las recopilaciones o resúmenes (*periochae*) de cada libro, atribuidas a Floro (siglo II d. C.) que nos dan una idea del contenido de toda la parte que se ha perdido.

La década primera trata los acontecimientos ocurridos desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta el 293 a.C. con el desastre de las horcas caudinas en las guerras Samnitas. Las dos décadas y media restantes abarcan en sucesión cronológica desde el año 221 a.C. (2ª guerra púnica) hasta el 167 a.C., fecha en que se produce el sometimiento de Macedonia por L. Emilio Paulo con la batalla de Pidna. El proyecto inicial era ambicioso, desproporcionado para las fuerzas de un solo historiador, sin embargo fue llevado a cabo con una tenacidad y entusiasmo extraordinarios, animado su autor por el éxito de su publicación y por su popularidad creciente. Trabajó en ella durante 40 años, llegando hasta 142 libros de los 150 que pretendía.

• **Concepto de la historia:**

Frente a las monografías que habían caracterizado a sus dos grandes predecesores (César y Salustio), Tito Livio escribe una gran historia nacional, cuyo único tema es Roma (*fortuna populi romani*) y cuyos únicos actores son el Senado y el pueblo de Roma (*senatus populusque romanus*). Entronca así Tito Livio en su concepción de la historia con los primitivos analistas, cuyos testimonios nos transmite en su primera década.

Su propósito general es ético y didáctico; sus métodos fueron los del griego Isócrates del siglo IV a.C.: es el deber de la historia decir la verdad y ser imparcial, pero la verdad debe presentarse con una forma elaborada y literaria. Coincide con Salustio en la concepción moralista y ejemplarizante de la historia: «es preciso conocer su historia (de Roma) para imitar lo bueno y rechazar lo malo». Con la exaltación a ultranza de Roma pretende desarrollar en sus conciudadanos el amor a la patria, el respeto al *mos maiorum*, la concordia civil y la religiosidad profunda. Livio se limitó a amoldarse a unas circunstancias históricas, en las que la tradición era un dogma oficial, un credo nacional: no creer en la tradición era casi un crimen, un atentado contra la majestad del Estado. El historiador se convierte en moralista presentando tantos modelos por imitar como ejemplos que deben evitarse.

Nada más práctico que el hombre de Roma y Livio eleva su pragmatismo hasta cotas de gran nobleza: no se trata de defender intereses personales, familiares o partidistas; ni siquiera de abogar por el senado o la plebe: se trata de servir a la patria entera, de ayudar a su resurgimiento moral, de presentar a sus conciudadanos para su educación política y moral la imagen de una república dirigida por los mejores, en la que todos acaban olvidando sus intereses personales en aras del interés supremo del Estado. Livio huye del pasado reciente y de la actualidad contemporánea. Busca, sobre todo, las pruebas de grandeza proporcionadas por el pueblo romano e indaga los motivos de su superioridad. El respeto de este escritor frente a la tradición y sus transmisores era tan grande, su *pietas* hacia lo heredado de sus antecesores tan determinante, que intentaba siempre eliminar contradicciones y armonizarlo todo: su indiscutible realización consistió en la síntesis conservadora de la tradición histórica romana y en su transmisión por medio de un estilo que resultaba atractivo para los contemporáneos de la era augústea.

La resignación del autor frente a las tempestades del pasado reciente y a veces, incluso, el escepticismo frente al deseado cambio, se hacen patentes en no pocos pasajes de su obra. No obstante, él estaba profundamente convencido de la primacía del pueblo romano, proyectando su vocación de dominadora del orbe hacia atrás, a los comienzos de su historia: Roma era, para Livio, la *in aeternum urbe condita*. La religión, las normas del Derecho y la política condicionaban a partes iguales la forma de vida del hombre romano. Livio concretó las infinitas variantes de las *mores maiorum*, que constituían un monumento a la antigua *romanitas* en dos aspectos fundamentales: la *pietas* y la *virtus*. Y a estas estas las diversificó en otras como: moderación, equidad, tesón, disciplina, respeto a la autoridad e indulgencia hacia los vencidos; de la guerra solo la justa (*bellum iustum*) y de manera leal, según Livio, la dominación romana era el *imperium iustum* y moderado de los mejores.

El método histórico empleado deja mucho que desear. Utiliza como fuente a los primeros analistas y a Polibio, pero su nacionalismo exacerbado le lleva a deformar la realidad en detrimento de las naciones extranjeras. Su espíritu crítico es prácticamente nulo, aunque él intenta ser honesto y con frecuencia expone opiniones distintas sobre algún suceso para que el lector contraste y saque sus propias conclusiones.

En su larguísima narración, Livio acredita tradiciones míticas y fabulosas, con historias suculentas para la sociedad y educativas para la juventud, que él intenta hacer verosímiles, y en vez de someter a una crítica sistemática a las fuentes, por el contrario opera en ellas verdaderas y propias deformaciones en sentido filorromano. No es un historiador científico ni intuitivo como Tucídides. Y si añadimos su inexperiencia militar

y política, junto con su escasa documentación de las condiciones económicas o de la vida social de Roma, su credibilidad podría quedar en entredicho.

Sin embargo Livio vive profundamente la historia de Roma y, aunque es un historiador de gabinete que no viaja ni conoce personalmente los escenarios de los hechos que describe, su capacidad psicológica, su profunda fe en lo humano y su exacto conocimiento de la dignidad del hombre y de sus posibilidades, le facultan como un psicólogo excepcional para intuir el alma de los individuos y de los grupos. Por ello sus retratos, discursos y descripciones de multitudes tuvieron tanto éxito. A través de su obra está siempre presente el alma de Roma, que se revela en todos los actos de la comunidad nacional; Livio escribe una historia colectiva: «*Res gestae populi romani*».

Su historia no es económica, en cierto sentido es social, por el importante papel que juegan los problemas políticos; es también una historia militar y diplomática y, ante todo, una historia cultural y del espíritu en la medida que presenta la encarnación del alma romana en el curso del tiempo y la excepcional visión sobre cómo contemplaba un romano, desde la cima, su pasado.

• **Cuestiones estilísticas:**

Fuera de toda duda está la altísima categoría de Tito Livio como escritor. Se sitúa en una época de transición: la prosa había alcanzado su apogeo en la generación anterior con César y Cicerón y comenzaba ahora a decaer, mientras que la poesía alcanzaba su máximo esplendor. La poesía domina de tal forma este período que incluso va a impregnar a la prosa de sus características: Tito Livio escribe una prosa imbuida de connotaciones poéticas.

La herencia de Cicerón se deja sentir en los períodos largos, amplios y cadenciosos, en una prosa elocuente, clara, ordenada y completa y, por último, en el abuso de los discursos. Y fue precisamente a través de ellos que supo investigar en el alma y las circunstancias de cada personaje, aunque como literato, inexperto en política, no fuera capaz de aprehender el crucial problema político de su época. En realidad Livio asimiló y moldeó desde la época augústea un concepto global de la historia de Roma que respondía perfectamente a las expectativas de su tiempo; se comprende que su éxito fuera inmediato: varias generaciones de ciudadanos aprendieron por medio de la tradición transmitida por Livio a conocer a su patria. Creó al romano-tipo representativo de las gentes de Roma y con él una imagen digna y respetable ante los pueblos conquistados.

d) TÁCITO

El género histórico, que tuvo ilustres representantes en la época de la República (César, Salustio, Tito Livio), conoce un renacimiento en los últimos años del siglo I y en los primeros de II d. C. con la figura de Publio Cornelio Tácito (55-120 d. C.), el gran historiador del Imperio bajo los Flavios.

Tenemos muy poca información biográfica de él, pese a ser uno de los más grandes escritores latinos, incluso, las fechas de nacimiento y muerte son solo aproximadas. Procedía sin duda de familia distinguida, posiblemente de la Galia Narbonense, y estudió retórica y filosofía con buenos maestros. Estuvo vinculado por matrimonio con la clase dirigente, ya que su esposa era hija de Julio Agrícola, alto dignatario imperial, conquistador y gobernador de Britania.

En nombre de Tácito tomó la palabra una vez más un miembro de la clase senatorial dirigente buen conocedor de la retórica, un hombre que había recorrido con éxito el

cursus honorum, coronándolo con el desempeño de los cargos de pretor (año 88) y de cónsul (año 97). Su experiencia del tiránico reinado de Domiciano (81-96) le indujo a escribir sobre la difícil y penosa supervivencia en la vida pública bajo el mandato de semejante emperador en la introducción de una de sus primeras obras (*Vida de Agrícola*) y esta visión fatalista y amarga marcaría de manera determinante el resto de su obra.

A pesar de ello se hizo famoso en vida y gozó de la amistad de insignes colegas como Plinio el Joven. De modo parecido a su predecesor y modelo Salustio, también organizó su vida y su obra en dos fases principales. Hasta los 40 años su vida fue la normal de un orador y abogado, pero después siguió el período de actividad pública, el período de trabajo literario; en su obra, a las tres monografías preparatorias siguieron los dos grandes relatos históricos.

• **Obra literaria:**

De vita Iulii Agricolae: publicada en el 98, se trata de una biografía apologética de su suegro, en la que no solo relata una descripción de la ocupación romana de Britania (de la que poseía información privilegiada), sino que también pasó revista a las condiciones necesarias para la libertad individual y el trabajo historiográfico, así como al problema de la conducta a seguir por la clase dirigente bajo un gobierno tiránico: habla de la pérdida de la vida... «Nosotros no solo hemos sobrevivido a aquellos otros, sino a nosotros mismos»

De origine et situ germanorum (Sobre el origen y establecimiento de los germanos), llamada popularmente *Germania*, pudo haberse escrito sobre el 98 y supone una joya etnográfica sobre los germanos hasta el punto que se ha llegado a considerar un documento complementario sobre las dos grandes obras históricas (al estilo de César) que luego va a acometer. Aquí Tácito relaciona de una manera consecuente a Roma con un mundo ejemplar ajeno a ella, haciendo uso de criterios y categorías romanos. Lo mismo que la comparación del presente con el pasado, la de lo romano con lo foráneo, la imagen utópica del salvaje noble, no corrompido, sirve a su tendencia dirigida más bien a criticar la decadencia y corrupción romana del momento que a presentar la actitud germánica: *religio, virtus, simplicitas, libertas*, eran el compendio de virtudes primitivas que Roma nunca debió perder.

Dialogus de Oratoribus: publicado en el año 100 y de corte claramente ciceroniano. En esta obra Tácito trata la decadencia de la oratoria en contraste con el florecimiento de épocas anteriores y, evidentemente, la mirada del historiador sobrevoló sobre las realidades históricas y no solo sobre las limitaciones literarias, poniendo de manifiesto las interdependencias existentes entre los desarrollos políticos y los espirituales, con el ejemplo y pretexto de la elocuencia.

Historiae: fue terminada hacia el año 110. Se componía de 14 libros y comprendía el período, vivido por el autor, que va desde la muerte de Nerón hasta la de Domiciano (69-96 d.C.); es decir, se ocupa del período de gobierno de seis emperadores: Galba, Otón, Vitelio (un año), Vespasiano, Tito y Domiciano. Solo se nos han conservado los cuatro primeros libros y parte del quinto. Ofrece una imagen especialmente desgarradora de los acontecimientos acaecidos entre el 69 y el 70: «período lleno de catástrofes, horrendo en sus luchas, desgarrado por los motines, sangriento incluso en la paz».

Annales ab excessu divi Augusti: fueron compuestos después del 113, pero abarca el período histórico inmediatamente anterior a las *Historiae*: desde la muerte de Augusto a la de Nerón (14- 68 d. C.); es decir, los reinados de Tiberio, Calígula, Claudio y Nerón. Se

componía de 16 libros de los que se conservan los seis primeros (el quinto y el sexto solo en parte) y los seis últimos (el undécimo y el decimosexto mutilados).

Concepción de la historia:

Tácito es un historiador bien documentado; sus fuentes son múltiples y variadas: utiliza los trabajos de otros historiadores de la época estudiada y documentos oficiales (registros públicos, actas, archivos del Senado...) y, en la medida de lo posible, sus propias experiencias (ya que trata temas muy cercanos y que le son bien conocidos), el testimonio ocular de los testigos y protagonistas y fuentes orales variadas.

Pero su espíritu científico no acepta sin crítica ninguna de las fuentes; discute la autoridad de cada testimonio y se decide por la versión más probable cuando hay discrepancia. Lejos de su ánimo la relación de leyendas antiguas de Tito Livio, así como la intención de hacer una historia completa de Roma: es el Imperio, aquello de lo que él puede atestiguar directamente, el objeto de su estudio. En la interpretación de los hechos, Tácito revela un afán de sinceridad y objetividad, como pone de manifiesto al comienzo de las historias *neque amore et sine odio*, «sin afecto ni rechazo», o en la famosa formulación del comienzo de los Anales, *sine ira et studio*, (sin ira ni prejuicios). Con ello, desde luego, no se proclama en absoluto la neutralidad.

Lucha con el problema de la *libertas*, pero la de su clase, la clase dirigente, cuyos puntos de vista expone con vehemencia. Para él, desde Mario y Sila, la historia de Roma es la historia de una esclavitud en la que solo cambian los opresores, consecuencia de la demoníaca posesión del hombre por el poder. En el principado romano veía un sistema de dominio basado en la hipocresía, la falsedad, la corrupción, la falta de principios, el oportunismo, el servilismo y la arbitrariedad llevada a lo absoluto; un sistema de dominio caracterizado por el enmascaramiento de las estructuras de poder y la ocultación de la realidad: sus retratos no se limitan a los *princeps*, sino que abarcan todo su entorno (parientes, libertos, colaboradores, militares).

Sin embargo, Tácito estaba convencido de la necesidad del principado; el inmenso volumen del Imperio exigía una gestión centralizada y, por otra parte, el sistema se hallaba legitimado para la mayoría por las guerras civiles. Así pues, habituado a buscar diferencias de matices, podía apreciar en su justo valor los aspectos positivos del sistema. Efectivamente, raras veces se conforma con trazar el curso histórico en los puntos cruciales del acontecer bajo una única perspectiva. Tácito se complace en la bipolaridad, las antítesis, los contrastes, el juicio enfrentado a un despliegue de posibilidades, la alternancia de los puntos de vista y las interdependencias de personas o grupos, poniendo así al descubierto los hondos problemas y las violentas contradicciones del principado romano.

Políticamente él no era un «republicano», pero se manifestaba profundamente pesimista sobre la habilidad de Roma para encontrar un buen emperador; y como juzga imposible la restauración de la libertad, su ideal político es la monarquía que «concilia dos cosas hasta entonces inconciliables: el principado y la libertad; por tanto, hay que desear buenos emperadores y soportarlos tal como sean».

Como Salustio y Tito Livio tiene una concepción moralista de la historia y asume así el papel de censor; hasta tal punto es así que Tácito convierte su obra en un auténtico tribunal de la historia, de corte pesimista y severo en cuanto a las limitaciones y culpas del ser humano, pero sin llegar a renunciar por ello a la consecución de la virtud. Para él la función de la obra histórica es registrar la virtud

y asegurar que la corrupción fuera denunciada y los vicios refrenados al pensar en la posteridad. Esto, su amargo pesimismo y su retoricismo le hacen inconscientemente falsear los hechos y recargar las tintas en uno u otro sentido, lo que dificulta mucho su indudable deseo de objetividad.

Por otra parte, Tácito concibe la historia como un drama de almas: son los individuos los que hacen la historia, por eso no critica a las instituciones, sino a los personajes que las presiden y a su corte. A través de impresionantes psicodramas (cuyo mejor ejemplo son los retratos de las muertes de Séneca, Lucano y Petronio), demuestra una gran maestría en el arte del conocimiento humano. La *virtus*, la gran actitud viril, reservada solo a unos pocos portadores, es lo que aclara y hace soportable lo sombrío de la existencia.

En resumen, para Tácito la historia es una obra de justicia y una enseñanza, una obra artística, una obra de carácter científico; los hechos se explican por sus causas, como la ciencia explica los fenómenos naturales.

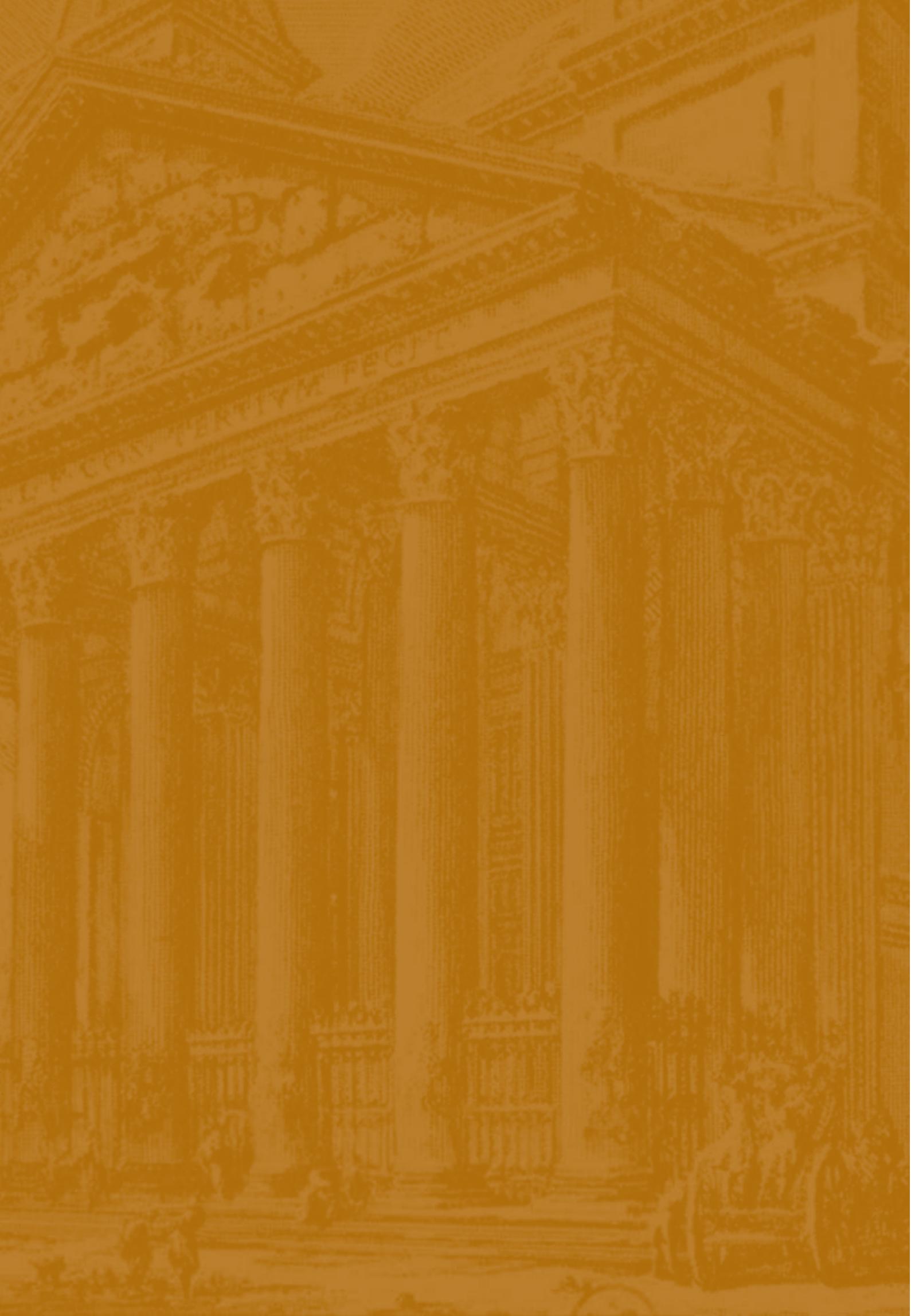
A través de la reproducción del pasado, la toma en consideración del presente y el enjuiciamiento del futuro, logrando una síntesis comprensiva histórica de su propia existencia y de la de cualquier ser humano.

• **Cuestiones estilísticas y pervivencia:**

Son los valores literarios y de estilo los que han hecho que Tácito ocupe un puesto de honor en la literatura latina: eleva hasta sus extremos las posibilidades lingüísticas del latín. Al igual que Salustio, y aún más que él, huye de la prosa sobrecargada y adornada y comparte con él no pocos recursos de estilo:

- Empleo de arcaísmos, aliteraciones y antítesis.
- Rechazo de las formas comunes y habituales de expresión.
- Uso de giros poéticos de efecto trágico.
- Tendencia al desequilibrio sintáctico, a la asimetría, al cambio de expresión dentro de un mismo razonamiento.





TÍTULO SEGUNDO

DIVISIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

La historia del Derecho romano, debe ser analizada dentro del conjunto de la historia de Roma, ya que no es posible separar el aspecto jurídico de las demás manifestaciones culturales, artísticas, políticas y sociales. Es por esta razón que siguiendo la clasificación más generalizada y tradicional, tomaremos en cuenta el tipo de institución política que rigiera al pueblo romano. Su historia puede ser dividida en tres períodos: monárquico, republicano e imperial. Es conveniente señalar que durante el Imperio tuvieron lugar grandes cambios en las instituciones, especialmente del punto de vista político, esta época Imperial, puede subdividirse en dos: principado o diarquía e imperio absoluto o Dominato, de modo que la historia del Derecho romano, quedaría establecida de la siguiente manera:

- Monarquía.
- República.
- Principado o Diarquía.
- Imperio Absoluto o Dominato.

Estas épocas o períodos históricopolíticos corresponden a las diferentes fases de evolución del Derecho Privado:

a) *Derecho preclásico*: Incluye a la Monarquía y a la República; el Derecho romano está todavía en su infancia; se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos, que fundaron la nueva ciudad; este derecho evoluciona en la etapa republicana con la aparición de la Ley de las XII Tablas que introduce el derecho escrito, se desarrolla gracias a la interpretación de los pontífices y de los jurisconsultos y adquiere carácter de derecho nacional.

b) *Derecho clásico*: El Derecho alcanza su máxima expresión y apogeo en la etapa del Principado o Diarquía (Alto Imperio), donde se produce una dualidad monarquía-república, es el período más rico en juristas, más fértil en enseñanzas, es la época de los grandes jurisconsultos clásicos y sus obras se multiplican.

Crece con el contacto de las legislaciones extranjeras, coordinado y adaptado a las necesidades prácticas, llega a alcanzar bajo los Antoninos su más alto grado de perfección. Los emperadores buscan la manera de poner las leyes en relación con las costumbres de la ciudad nueva y publican algunas excelentes constituciones. El emperador usurpa atribuciones del Poder Legislativo. Sus constituciones procuran ser una de las fuentes más activas del Derecho.

c) *Derecho posclásico*: Comprende el periodo del Imperio Absoluto o Absolutismo monárquico (Bajo Imperio), el Derecho como ciencia entra en verdadera decadencia, por la falta de producción jurídica y solo se resalta la tarea de codificación y colección, donde Justiniano realiza las mejores compilaciones como el Corpus Iuris Civilis.

Por Derecho romano, entendemos hoy la experiencia jurídica romana en su desenvolvimiento histórico desde la fundación de Roma, situada según la tradición hacia la mitad del siglo VIII a. C., hasta la muerte de Justiniano, emperador de Oriente, acaecida en el 565 d. C.

Existen otras clasificaciones, siempre unidas a la evolución histórica, que comprende cerca de trece siglos, se puede dividir en cinco períodos.

1º Período del Derecho arcaico o quiritario

Que se desarrolla desde los orígenes de Roma, en esta fase el Derecho está 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 I a. 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.

2º Período del Derecho republicano

A partir de la segunda guerra púnica (218-201 a. 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 formulario. La gran jurisprudencia republicana germina sobre la base de la elaboración técnica y científica del derecho, preparando así el esplendor de la edad sucesiva.

3º Período del Derecho clásico

Se extiende desde el final de la república y los albores del principado de Augusto hasta la época de Diocleciano, fines del s. III d. C. 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 formulario, sobre la cual se había fundado el derecho pretorio y la antítesis entre 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 d. C. por el emperador Caracalla a todos aquellos que *in orbe romano sunt*. El general robustecido de los poderes del Estado, consigue el principado y, todavía más, la monarquía absoluta después de la muerte de Alejandro Severo (235 d. 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.

4º Período del Derecho posclásico

Se extiende desde Constantino (principios del s. IV) hasta la subida de Justiniano al trono de Oriente en el 527 d. 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, el Derecho romano entra en decadencia, que a través de la actividad judicial y por la influencia del cristianismo, se produce la transformación de muchos institutos.

5º Período del Derecho justiniano

En este período que dura hasta la muerte de Justiniano, a. 565 d. C., el Derecho romano realiza su última evolución, 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.

CAPÍTULO I

La Monarquía

La monarquía llamada también época real, es el período de la ciudad patriciana, que abarca desde la fundación de Roma (753 al 510 a.C.) o del año 1 al 243 de la era romana.

En tiempos de la monarquía, durante el gobierno de los reyes de la dinastía latina, no había principios escritos del derecho. Se administraba justicia, de acuerdo con los usos y costumbres. Las leyes eran, propiamente, las determinaciones de los monarcas o de los funcionarios. Pero a partir del año 450 a. C., aparecieron las leyes escritas, evitándose así el criterio voluble de los jueces.

1. ESTADO SOCIAL BAJO LOS PRIMEROS REYES

Es muy difícil determinar con precisión los orígenes de Roma, tres poblaciones han concurrido a su formación y son: La raza latina (*los romanenses*), que tenían como jefe a Rómulo; otra, de raza sabina (*los titienses*), bajo el gobierno de Tatio; y, por último, la raza etrusca (*los Luceres*), cuyo jefe llevaba el título de Lucuwio. La reunión de estos tres pueblos agrupados en tres tribus distintas y establecidas sobre las colinas que bordeaban la ribera izquierda del río Tíber, bajo la autoridad de un rey.

Los órganos del gobierno de este período se definían así: el rey, jefe del Estado, investido al mismo tiempo con poderes civiles, militares, judiciales y religiosos, administrador, general en jefe, juez supremo y gran sacerdote elegido por la asamblea de las treinta curias, confirmado por el senado bajo la forma de la *Auctoritas Patrum* y elegido con carácter vitalicio; los Comicios por Curias, reunión de los miembros de las gentes, que elige al rey, decide sobre la paz y la guerra, vota las leyes y pronuncia soberanamente en materia jurídica; el Senado, representación permanente de las

gentes, consejo de Estado que asiste al rey en el ejercicio de su poder. Salvo algunas modificaciones constitucionales de detalles, sobrevenidas, según la tradición, en tiempo de los sucesores de Rómulo, la Constitución romana, con las tribus y sus subdivisiones, curias y gentes, con el rey, los comicios por curias, y el senado, se encuentra dotada desde el alma misma de la historia nacional, de sus órganos característicos y fundamentales.

2. ORGANIZACIÓN SOCIAL

2.1. Los patricios

Eran los descendientes de los patres (primeros miembros del Senado elegidos por Rómulo). Eran ciudadanos ilustres, jefes de las diferentes gens. Al patriciado le fue concedido el *ius civitatis* que en el aspecto político comprendía el *ius suffragii* (participar en las asambleas del pueblo y emitir votos); el *ius honorum* (ocupar las magistraturas); el *ius militar* y el *ius occupandi agrum publicum* (posesión de tierras conquistadas).

Abarcaba todo el *ius sacrorum*, el *ius auspiciorum* y el *ius sacerdotii* que les permitía ejercer el culto de los civitas, consultar los auspicios y alcanzar la jerarquía sacerdotal respectivamente.

Dentro de los derechos privados gozaban del *ius commercii*, para realizar toda clase de negocios jurídicos; *ius connubii*, para contraer legítimo matrimonio; y *ius actionis*, para hacer reconocer sus derechos ante la justicia.

Constituían una nobleza de raza y ellos solos participan del gobierno del Estado y gozan de todos los privilegios del ciudadano romano. Es conveniente tener en cuenta la formación de esta clase social, que se desarrolló de la siguiente manera: cada una de las tres tribus primitivas estaba dividida en diez curias; cada *curia* comprendía un cierto número de gente. Mientras que la curia no es más que una división artificial, la gens parece haber sido una agregación natural, teniendo por base el parentesco.

Cada *gens*, comprendía el conjunto de personas que descendían por los varones de un tronco común. A la muerte del fundador de la gens, sus hijos llegaban a ser jefes de familias distintas, pero estas familias que eran ramas diversas de un mismo tronco, conservaban una señal de su común origen, esta es el nombre, *nomen gentilium*, llevado por todos los miembros que continuaban formando parte de la misma gens.

Cada familia estaba colocada bajo la autoridad de un jefe, (*paterfamilias*). Estos padres y sus descendientes, que componen las gentes de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios (*patricii*).

2.2. Los clientes

La *gens* incluía a esta agrupación artificial en condición de dependencia o vasallaje; que ocupaban un lugar intermedio entre patricios y plebeyos. El cliente no gozaba de los derechos de la ciudad sino de una libertad de hecho condicionada a la protección del ciudadano jefe del *gens* o *paterfamilias*. Había un vínculo recíproco entre cliente y patrón de carácter social y ético:

- El patrón debía protección y asistencia armada y judicial al cliente y en muchos casos le proporcionaba en *precarium* tierras para su cultivo.
- Al patrón, el cliente que llevaba el nombre de gentilicio, le debía obediencia, apoyo armado y político, y aun ayuda económica en determinados casos como rescate de cautiverio, dote de la hija, pago de una multa, sufragarle los gastos del culto gentilicio.

- El páter tenía jurisdicción sobre el cliente, pudiendo llegar hasta la ejecución capital y derecho de sucesión sobre su patrimonio.
- Cliente y patrón no podían demandarse judicialmente ni declarar en contra. Tampoco el primero podía votar en contra del patrón.

Estas obligaciones recíprocas estaban enérgicamente sancionadas. El patrón o el cliente que las violaba era declarado *sacer* (maldito, execrable), y podía ser muerto impunemente.

En cuanto al origen de la clientela y a la manera en que se desarrollaba se reduce todo a conjeturas y especulaciones, que como consecuencia de las primeras conquistas, las poblaciones de las ciudades vecinas, trasladadas a Roma en su totalidad o en parte, contribuyeron al acrecentamiento rápido de la clientela, pues entre los vencidos, aquellos que eran pobres y de baja extracción, subsistían, buscando cerca de un patrón una vida menos libre, pero mejor protegida, la cualidad de cliente se transmitía además hereditariamente.

2.3. Los plebeyos

Llamados también plebe o *plebs*, eran aquellos libres de toda unión con los patricios, ocupan en la ciudad un rango inferior. No tenían ninguna participación en el gobierno, estaba prohibido su acceso a las funciones públicas y no podían contraer matrimonio legítimo con los patricios.

Se desarrolló en la medida que fue creciendo la *civitas*. Esta habría sido una derivación de la clientela ya que al crecer la población romana los patricios no pudieron brindarle la protección en carácter de clientes al gran número de personas de la clase baja, entonces se dividió en dos clases inferiores: los clientes protegidos y los plebeyos desamparados.

Otra teoría dice que Rómulo habría dividido al pueblo en dos clases de ciudadanos según el nacimiento: el valor y el patrimonio; esta era sostenida por Dionisio de Halicarnaso. Fustel de Coulanges establece que la plebe estuvo compuesta por extranjeros inmigrantes y esclavos manumitidos. Otros se basan en procesos políticos nacionales que sostenían la dominación de un grupo étnico sobre otro.

La situación de los plebeyos era muy diferente a la de los patricios. Ellos carecían de derecho público y tenían restringidos los derechos privados. Tampoco participaban del culto de la ciudad. Como los plebeyos comenzaron a constituirse en la clase más sólida, la autoridad real romana trataba de ganar su adhesión. Tanto Tulio Hostilio como Tarquino el antiguo dictaron medidas tendientes a mejorar su situación. A partir de dichos reyes se les otorgaron tierras y se les hicieron concesiones particulares hasta llegar a ejercer la familia senatorial. Estas reformas parciales fueron ampliadas por Servio Tulio quien llegó a elevar a los plebeyos a la condición de ciudadanos activos.

Se puede admitir que estaba compuesta de clientes que llegaron a hacerse independientes, por ejemplo, cuando la gens de su patrono se extinguió. A medida que Roma extendía sus conquistas, los extranjeros introducidos dentro de la ciudad eran muy numerosos para no proveer de alimento a la clientela. Alguna vez las gentes de noble origen fueron incorporadas al patriciado. Pero los vencidos de condición inferior aumentaron poco a poco la muchedumbre de plebeyos. Las reclamaciones de esta clase social no tardaron en crear un serio peligro para el Estado y durante siglos, la historia nos dice que existía una lucha continua entre patricios y plebeyos, quienes se esforzaban en conseguir la igualdad en el orden público como en el orden privado.

3. ORGANISMOS DE GOBIERNO

La forma de gobierno era la monarquía, sin embargo no se trataba de un absolutismo total, ya que el rey no era más que, el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenecía a los patricios que componían las curias, y a través de la *comitia curiata*, ejercían su dominio y poder. El rey era elegido de manera vitalicia por los comicios, confiriéndole autoridad suprema; dentro de sus facultades estaba el mando del ejército en tiempo de guerra, era magistrado judicial para la competencia civil como criminal; y era alto sacerdote en lo religioso, encargado de velar por el cumplimiento cotidiano de las ceremonias de culto público. A la muerte del rey, el poder pasaba provisionalmente a manos de un *inter rex*, tomado del senado; mientras se daba paso a la elección de un nuevo monarca.

El rey estaba asistido por el senado compuesto por los *patres o seniores*, de los más viejos entre los jefes de las familias patricias. El objeto del senado era formar una especie de consejo, ante el cual el rey podía exponer cuestiones que correspondían al manejo del Estado.

La *comitia curiata*, estaba compuesta por los miembros de las treinta curias, patricios y clientes. Esta asamblea constituía para los romanos la forma más antigua de poder legislativo y sus decisiones tomaban rango de ley, *leges curiatae*, esta asamblea también regía sobre la elección e investidura del rey; decidía la guerra o la paz, los actos correspondientes a la composición de las familias y a la transmisión de los bienes, la adrogación y el testamento.

La evolución de Roma como Estado, puede ser dividida en dos fases bien diferenciadas:

- *Primera fase:* los poblados más avanzados se encontraban al sur de la península itálica. La Ciudad de Roma en un principio no era más que una aldea a la que se le fueron anexando otras cercanas en lo que se llegó a fundar Roma como Estado-Ciudad.
- *Segunda fase:* Tarquino Prisco El Antiguo comienza a dotar a la ciudad de infraestructuras elevando el nivel de vida de sus habitantes. También introduce los Comicios como Asambleas Populares que reunidas en el *foro* discuten y eligen a sus representantes a excepción del Rey que no era elegido por el pueblo. Son ciudadanos libres que participan en la vida y defensa de la ciudad, y es así como en Roma el pueblo se empieza a llamar *Populus Romanus*.

La profunda desigualdad entre patricios y plebeyos, acarreará una serie de luchas internas cuya finalidad estaba dirigida a desterrar las marcadas diferencias entre individuos que comparten una misma sociedad.

En este período el poder público estuvo integrado por tres elementos importantes: el rey, el senado y los comicios o asambleas populares.

3.1. El rey (*rex*)

En principio el rey fue designado por los comicios, ejerciendo el poder de manera perpetua y de forma suprema. El Rey utilizaba signos como símbolos: corona, túnica y cetro (normalmente con una cabeza de águila), trono de marfil y la toga de púrpura. Sus desplazamientos los hacía en un carro precedido por lictores, quienes portaban unas varas (*fascas*) como símbolo del poder punitivo (coactivo). Suprema jefatura militar y política,

representaba a los ciudadanos ante los dioses por estar investido de potestades mágico-religiosas. El rey era designado por voluntad de los dioses interpretada por los pontífices mediante augurios y auspicios. Durante este período que tiene una duración aproximada de 250 años, Roma fue gobernada por siete reyes, cuatro latinos y tres etruscos:

- *Los reyes latinos:* de corte liberal (no absolutistas), fueron: Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio. Gobernaron con el consejo del Senado y gozaron del apoyo del pueblo.
 - *Los reyes etruscos:* de gobierno despótico (absolutistas), fueron: Lucio Tarquino Prisco «El Antiguo», Servio Tulio y Tarquino «El Soberbio» con el que cae la monarquía. Se enfrentaron por su despotismo con el pueblo que se sublevó y expulsó a Tarquino «El Soberbio» (fin de la monarquía). A estos se deben los símbolos de poder real y del *imperium*.
1. **Rómulo**, (753-715 a. C.) de existencia dudosa, fue quien según la leyenda habría fundado Roma junto con su hermano Remo a quien le dio muerte. El reinado de Rómulo no era más que un mando militar y tratando los intereses comunes en un consejo de cien hombres que se llamó senado. Proyectó y llevó a cabo el rapto de las doncellas sabinas y de otras ciudades para acudir a las fiestas de Neptuno organizadas por él. Esto irritó a los pueblos comarcanos que tomaron las armas, Rómulo estuvo casi siempre en guerra con países vecinos y consiguió muchas victorias; crea el senado, se le atribuye la creación del comicio por curias.
 2. **Numa Pompilio**, (715-676 o 672 a. C.) a quien se le atribuyó la introducción de muchas costumbres religiosas; estableció el estado sacerdotal en Roma.
 3. **Tulio Hostilio**, (673-641 a. C.). Según Tito Livio después de Numa los senadores eligieron a Tulio Hostilio quien fue más belicoso que el mismo Rómulo. Declaró la guerra a los Veyes y reclamó el auxilio de los albanos pero estuvo a punto de perder la batalla porque los albanos estaban dirigidos por Meto Fusio, entonces Tulio se vengó de él haciéndolo descuartizar tirado por dos caballos y mandó a destruir Alba y que sus habitantes sean trasladados a Roma. Luego se hizo supersticioso, pero atrajo la cólera de Júpiter que lo mató con un rayo a los 32 años de su reinado.
 4. **Anco Marcio**, (641-616 a. C.): nieto de Numa e hijo de una sabinas. Fue elegido por el pueblo y confirmado en su puesto por el senado. Auxiliado por los etruscos, luchó contra los latinos, veventinos, sabinos... a quienes derrotó; aumentó con ellos la población de Roma y les dio el derecho de ciudadanía, sabia política iniciada por Rómulo y que contribuyó al engrandecimiento de su patria. Desde entonces lleva este el nombre de ciudad de las siete colinas, por la incorporación a su recinto de los montes Aventino, Capitolino, Celio, Esquilino, Palatino, Quirinal y Viminal. Así Roma llegaba al mar. Construyó templos, explotó las salinas inmediatas, fortificó el Janículo, edificó una cárcel, construyó el acueducto, el puente Sublicio sobre el río Tíber y el puerto de Ostia (640 a. C.) abriendo así para los romanos el comercio con Sicilia y Cartago. Según algunos historiadores él habría intentado restablecer en Roma el olvidado culto a los dioses. Anco Marcio estableció la clase plebeya entre sus prisioneros latinos asentados en la colina del Aventino. También construyó una prisión pública para delincuentes, por lo tanto se podría pensar que hizo distinciones entre delitos públicos y privados.
 5. **Lucio Tarquino Prisco** (616-578 a. C.). Nació en Etruria, fue hijo de madre etrusca y padre extranjero. Se cuenta que al entrar a Roma un águila le arrebató el sombrero y después de remontarse por los aires, lo volvió a poner en su cabeza por lo que

fue considerado que tenía de su parte a los dioses. Al momento tuvo el rango de senador y los clientes que llevaba consigo fueron ciudadanos romanos y formaron una tribu. Su riqueza y generosidad lo hicieron muy popular. Su reinado es el de verdadero reformador. Reformó y engrandeció el poder en Roma. Obligó a Etruria a aceptar sus leyes. Hizo grandes obras de embellecimiento y de utilidad en Roma: hizo de piedra la muralla de la ciudad, hizo cloacas para llevar al río Tíber las aguas de las siete colinas, y para sanear la parte baja de la ciudad, empezó la construcción del Circo Máximo y emplazó en la cumbre del Capitolino el templo Capitolio, que fue el templo de la deidad romana de Júpiter. Dos campesinos lo asesinaron estando ante el tribunal administrando justicia, por su parte concedió más facultades al Senado y aumentó a trescientos el número de sus miembros.

6. **Servio Tulio**, (578-534 a. C.). Su padre era un noble de Corniculum en la época cuando los romanos se apoderaron de aquella ciudad, su madre que estaba embarazada fue llevada cautiva a Roma y entregada a Tanaquil, esposa de Tarquino el Antiguo. Servio nació en el palacio y fue educado como príncipe, cuando tuvo la edad conveniente, Tarquino le dio su hija en matrimonio. Al morir Tarquino, proclaman rey a Servio. Su gobierno fue muy tranquilo, fue el sexto rey, quien realiza una reforma política y administrativa que toma como base el censo económico de la población y es conocida como Reforma Serviana, esta trae como consecuencia la creación de los comicios por centurias.

Servio Tulio, reinó en el año 166 de Roma. Deja subsistir la antigua organización, respetando la existencia y vigencia de los patricios y de los comicios por curias, y establece una nueva división del pueblo efectuada no sobre el origen de los ciudadanos, sino sobre la fortuna que ellos poseían, comprendiendo el conjunto de la población. De esta manera los plebeyos fueron también obligados a presentarse al servicio militar y al pago de impuestos, y también participaron en la confección de las leyes a través de las nuevas asambleas, la «*comitia centuriata*». Las reformas de Servio Tulio en esencia son las siguientes:

- a) Divide el territorio de Roma en cuatro regiones o tribus urbanas y el campo en cierto número de tribus rústicas; lo novedoso de esta división es su origen geográfico y administrativo, en contraste con el antiguo de distinción racial.
- b) Estableció el *censo*, que obliga a que todo jefe de familia debía ser inscrito en la tribu donde ha establecido su domicilio, hallándose obligado a declarar bajo juramento su nombre, edad, así como la de su mujer e hijos, el importe de su fortuna (donde se incluía a sus esclavos). La negativa a este requerimiento era severamente castigada, con la pérdida de privilegios, condena a esclavitud y confiscación de sus bienes. El censo era renovado cada cinco años y cada jefe de familia tenía un capítulo.
- c) Con los datos del censo, Servio Tulio estableció una nueva repartición de la población desde el aspecto de obligaciones militares y pago de impuestos. Lo dividió por la riqueza en cinco clases: la primera era de 100,000 ases (moneda de cobre cuyo valor es muy difícil determinarlo en la actualidad); 75,000 ases para la segunda; 50,000 ases para la tercera; 25,000 ases para la cuarta y 10,000 ases para la quinta; a su vez estas clases se subdividían en centurias estableciendo rangos por edades: «*juniores*» (17 a 46 años); y de «*seniores*» (de 46 a 60 años). El impuesto era pagado por los ciudadanos de las cinco clases y por los que tenían por lo menos 1,500 ases, por otro lado se exoneraba de pago de impuestos a los que tenían menos de 1,500 ases, llamándolos «*centi o proletarii*».

Bajo este nuevo modelo de repartimiento administrativo y poblacional, nace una nueva especie de asambleas denominada *comitia centuriata*, que comprende el pueblo entero, patricios y plebeyos, su unidad de voto era la centuria, conservando siempre la preferencia de voto primero para los sectores más ricos, protegiendo de esta manera a los patricios, porque si el voto en ese orden llegaba a más de la mitad, no se consultaba por su voto al resto de centurias.

Las reformas de Servio Tulio tuvieron la particularidad de asegurar el reclutamiento al Ejército de más ciudadanos, por la incorporación de plebeyos, con el consiguiente fortalecimiento militar para Roma. Se distribuye la carga impositiva a todos los ciudadanos de acuerdo a su riqueza y finalmente sustituye la predominancia en el Estado de la nobleza y de abolengo, transfiriéndola a la aristocracia en mérito a su fortuna y propiedades, sin importar el origen.

7. **Tarquino El Soberbio**, (534-510 a. C.). Es el séptimo y último rey. Tito Livio afirma que fue hijo de Tarquino Prisco. Estuvo casado con una hija del rey Servio Tulio a la que asesinó y aprovechando las turbulencias de la plebe y los odios de los patricios en los últimos años de Servio Tulio atrajo gran número de prosélitos. Un día se trasladó con ellos al foro y se proclamó rey, acudió Servio Tulio sin soldados y Tarquino se precipitó por las escaleras donde Servio Tulio, este fue asesinado por secuaces del usurpador. Aunque la monarquía era electiva en Roma, Tarquino no se hizo elegir por el Senado ni por el pueblo, prescindiendo en su reinado de las leyes y costumbres. Sostuvo guerras y firmó tratados sin consultar al senado y procuró evitar la reunión de las curias.

Fue enemigo de la aristocracia a la que le confiscó sus bienes. En la ciudad terminó las cloacas que habían sido comenzadas por Tarquino Prisco y construyó el Capitolino. Tarquino era odiado, como todos los déspotas dictó medidas violentas. Pero pronto todo se convirtió en motivo de acusación contra él, los impuestos excesivos, las guerras continuas, los trabajos no interrumpidos, todo esto preparaba una revolución que se levantaría contra este rey. La vista del cadáver de Lucrecia, quien se había suicidado porque la había violado Tarquino, fue el colmo. El pueblo se amotinó y el Senado dictó contra el rey un decreto de destitución. Tarquino que se encontraba en Ardea, se trasladó a Tarqui y envió pedir a Roma la restitución de sus bienes, los partidarios de Tarquino tomaron una conspiración de la que formaron parte los hijos de Bruto, pero el complot fue descubierto por el senado que castigó a los integrantes y repartió los bienes de Tarquino al pueblo. Entonces Tarquino se fue a las armas. El Senado creó la dictadura y se dio la batalla del lago Regilo (496). Tarquino resultó herido y se refugió en Cumas donde fue protegido por el tirano Aristodemo hasta su muerte. Con él concluyó la monarquía.

3.2. El Senado (*Senatus*)

Originariamente el Senado era un consejo de ancianos (*senex*), que asesoraba al Rey en las cuestiones más importantes de gobierno, especialmente en las declaraciones de guerra y en los tratados. El Senado es fundado por Rómulo con un número de 100 senadores que fue aumentando hasta llegar a 300 en la época de Tarquino el Antiguo. La denominación de *Patres* que se les daba parece indicar que en la etapa monárquica formarían parte del Senado los padres o jefes de las gentes. A los senadores volvía el poder cuando moría el rey (*interregnum*) y participaban en la designación del nuevo.

El Senado constituía el cuerpo consultivo de apoyo al rey, cuyos consejos *senatus consulta*, cobraban cada vez mayor importancia. Estaba integrado por 100 miembros escogidos por el propio rey, pero no será sino hasta la caída de la monarquía, cuando este órgano asesor adquiera verdadero poder político, puesto que es el único que va a subsistir como cuerpo permanente de gobierno.

3.3. Los comicios o asambleas populares (*comitium*)

Fue la más antigua asamblea deliberativa, convocada y presidida por el rey, estaba formada por la reunión de los miembros de las treinta curias de donde deriva su nombre *comitia curiata*. Se reunían al pie del Capitolino. La reunión comenzaba con una ceremonia religiosa. Las resoluciones eran adoptadas por el voto de cada curia. Lo resuelto era votado por la mayoría aún con el voto igual de 16 curias, así quedaba aprobada la propuesta.

Estos estaban limitados a pronunciarse afirmativa o negativamente en las propuestas formuladas por el rey, por lo tanto no se admite que los comicios curiados hayan tenido el carácter de órgano legislativo ya que en el período de su actuación el derecho estaba dado por las mores gentilicias, aún las pretendidas *leges regias* no son un producto de la asamblea popular sino de la autoridad regia. Tampoco jugaba papel alguno en la elección del rey.

Sus funciones específicas eran las de intervenir en la celebración de determinados actos que tenían relación con la comunidad, intervenir para la celebración de los testamentos. También decidían sobre la adrogación (un jefe de familia se colocaba bajo la potestad de otro páter). También se reunían las curias para aprobar la cooptatio por la que una nueva gens ingresaba a la comunidad.

En los primeros tiempos los plebeyos no fueron admitidos en las curias. Recién en el año 209 a. C. por primera vez un plebeyo llegó a presidirlas. Los clientes si habían concurrido por la llamada *lex curiata* de imperio, reconocían o aceptaban formalmente al flamante rex, luego a los magistrados (*cum imperio*), que lo sucedieron.

El pueblo se reunía en asambleas y comicios. Las más antiguas eran las *comitia curiata* que agrupaban a los ciudadanos por curias. Estas eran 30 agrupadas en las tres tribus. Las competencias de la asamblea por curias serían *la Lex curiata de imperio* que investían de poder al nuevo *Rex*, y la *adrogatio*.

A *Servio Tulio*, se le atribuye la creación de las *comitia centuriata* que agrupaba a los ciudadanos en cinco clases según su fortuna. Las centurias, unidades de reclutamiento del ejército, servían para el ejercicio del derecho al voto. Predominaba la clase de los ciudadanos más ricos ya que formaban el mayor número de centurias y la votación se interrumpía alcanzando la mayoría absoluta.

Los comicios o comicias, constituían la asamblea político-legislativa de este período. El término comicios, proviene de *comitium*, lugar determinado del foro, donde acostumbraban reunirse; existían dos tipos de comicios: por curias y por centurias.

- **Comicios por curias:** Fue la más antigua forma de agrupación de los ciudadanos, es decir la división interna de las tres tribus que integraban la población. Se caracterizó por una doble importancia: por un lado, aseguraba el ejercicio de los derechos políticos y, por el otro, el aspecto religioso y las festividades.

La asamblea de las curias se denominaba pueblo, *populus* (es precisamente el de pueblo, como un conjunto de todos los ciudadanos), o sea la reunión de todos los ciudadanos incluyendo tanto a los patricios como a los plebeyos.

La curia era una división electoral, religiosa, militar y administrativa.

En estos comicios la votación se llevaba a cabo en forma indirecta, es decir el voto se efectuaba por curia y en cada una de ellas, por individuo, con lo cual si del total de 30 curias, 16 votaban en un mismo sentido, la propuesta sería aprobada independientemente por mayoría de la mitad más uno.

Tanto la convocatoria para la reunión de los comicios como la propuesta de ley, que ello sugerían eran facultades propias del rey el cuál, no podía modificar las instituciones sin el consentimiento de los comicios.

Las mujeres y los impúberes estaban excluidos de estos comicios.

- **Comicios por centurias:**

El crecimiento de Roma hizo necesaria una reforma administrativa, la cual se llevó a cabo bajo el reinado de Servio Tulio y estaba basada en un censo económico de la población estableciéndose de la siguiente manera:

Primera clase: Estaban los individuos que poseían más de 100,000 ases, que se agruparon en 80 centurias.

Segunda clase: Estaban los que tenían más de 75,000 ases, pero menos de 100,000 ases, se unieron en 20 centurias.

Tercera clase: Aquellos que disponían de más de 50,000 ases, pero menos de 50,000, se congregaron en otras 20 centurias.

Cuarta clase: Los que poseían más de 25,000 ases, pero menos de 50,000, integraron a su vez otras 20 centurias.

Quinta clase: Estaba compuesta por aquellos individuos que tenían más de 10,000 ases, pero menos de 25,000, se agrupaban en 30 centurias.

Existían además 18 centurias formadas por caballeros, independientemente de la fortuna que tuviesen y que ocupaban la posición más alta de esta pirámide social.

Finalmente había otras cinco centurias compuestas por los individuos económicamente más débiles quienes se ubicaban en la posición social más baja. Esta división de la población arrojaba un total de 193 centurias.

Estos comicios se llevaban a cabo en el Campo Marte y la unidad de votos era la centuria. La votación seguía realizándose como en los comicios por curias, de forma indirecta, con la salvedad de que en este caso, en primer término se tomaba el voto de las centurias correspondiente a los caballeros y a la primera clase, con lo cual dicha votación podía ser ganada por los grupos señalados, puesto que constituían la mayoría y no se tomaba en cuenta la opinión del resto de la población.

4. FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN LA MONARQUÍA

En este período monárquico, la fuente formal del derecho fue la costumbre de los antepasados (*mores maiorum*). Cuenta la leyenda que un estudioso del Derecho llamado Papirio publicó una colección de leyes reales (votadas en los comicios), llamada *Ius Civile Papirianum*, aunque a partir de la caída de la monarquía, cayeron también en desuso.

El núcleo fundamental de los principios del Derecho arcaico se hallaba 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 representaron una especie de Derecho natural romano originario y su valor jurídico fue previo a su aplicación.

Durante toda la época Arcaica los *mores maiorum*, en cuanto a 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 produjeron por leyes de esquemas religiosos.

El proceso de secularización del derecho fue muy lento y no se consiguió plenamente hasta el 304 a. C. cuando *Gneo 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.

CAPÍTULO II

La República

1. ANTECEDENTES

Hacia el 510 a.C. los romanos derrocaron a los monarcas etruscos e instauraron un gobierno republicano; dominaron a las demás poblaciones del Lacio pero sufrieron la ocupación de los galos tras la derrota del Alia (18-VII-387) a.C.

A finales del siglo IV a.C. existió una gran inestabilidad en Roma por el mandato despótico de los etruscos (Tarquino el Soberbio). Durante este reinado hubo una disputa sobre quién era la más virtuosa de las mujeres (patricios), siendo elegida Lucrecia, la cual es violada. Por este motivo se suicida. Inno Bruto con el cuerpo sin vida de Lucrecia se desplaza a Roma, para sublevar a la gente y al Senado. Así cae Tarquino y se instaura la República.

Gobernada en principio, por dos personas denominadas inicialmente *pretors*, luego *Iudices* y por último *cónsules*. Estos cónsules tenían un mandato de un año y eran elegidos por una Asamblea Comicial, aunque se supone que en realidad, eran elegidos y propuestos a dicha Asamblea por un *Inter Rex* siendo esta última quien lo aceptaba (siempre).

La toma de posesión se celebraba en medio de una ceremonia religiosa. Las atribuciones sin embargo, no eran de carácter religioso, propias del Rex Sacrorum y del Sumo pontífice, sino que eran legislativas, políticas y militares.

Las características fundamentales de los cónsules eran: la *anualidad* y la *colegialidad*. Como consecuencia de la dualidad aparecen la corresponsabilidad y el *Intercessio*.

La responsabilidad del cónsul alcanza al tiempo durante el cual gobierna y a las consecuencias posteriores de sus actos durante ese gobierno. El gobierno de los cónsules, en realidad, se alternaba mensualmente, de forma que si alguno de los actos de uno no eran conformes a lo que el siguiente entendiera como bueno para el pueblo de Roma, este podía durante un mes de mandato vetar al primero mediante el *Intercessio*.

Las apariencias externas de los cónsules imitaban a las reales ya descritas, aunque con caracteres menos definitivos. Vestían la púrpura en los actos importantes y se hacían acompañar de los 12 lictores (siempre patricios).

Así se llega al año 451 a.C. A partir de esta fecha hay un período de dos años en el que desaparecen los dos cónsules y aparecen diez hombres que gobiernan, con el fin de elaborar un cuerpo de leyes, se crea la *Ley de las XII Tablas*. Pasado este tiempo, el poder se entregó a tres personas llamadas *los tribunos militares*, que muy pronto pasaron a ser seis.

La presencia en el gobierno de los cónsules no afectan a los plebeyos, porque ellos continúan impedidos a acceder las magistraturas y por el contrario se acentúa la dependencia de los plebeyos pobres, obligados a pedir préstamos a los patricios y plebeyos ricos, para subsistir y al no poder pagarlos se ven sometidos a las obligaciones del Derecho primitivo que autoriza la prisión del acreedor y su trato similar al de un esclavo.

Esta situación impulsa en el año 260 de Roma a un grupo de plebeyos a salir de Roma y posesionarse en el monte Aventino. Con el fin de evitar conflictos se conviene en aceptar dos magistrados exclusivamente plebeyos, los *tribune plebis*, que tienen por característica ser declarados inviolables y premunidos de un derecho de veto que puede oponer en un área de una milla de distancia alrededor de Roma contra decisiones de todos los magistrados, los cónsules y del propio senado.

Los tribunos, tomaron la costumbre de reunir a la plebe en asambleas, en donde deliberaban y discutían las decisiones tomadas, a las que llamaban *plebiscitos* y a la que nunca asistieron los patricios. Las asambleas de este tipo se denominaron *concilia plebis*, esta característica asamblea se organizaba por domicilio y pasó a denominarse comicios por tribus o *comitia tributa*.

Los *plebiscitos: plebis-scitum* (orden de los plebeyos) eran las disposiciones adoptadas por los plebeyos en mérito de la proposición de un tribuno. Gracias a la Ley Hortensia (Tribuno Hortensio) el año 287 a.C. los acuerdos alcanzados en los plebiscitos fueron obligatorios y tenían fuerza de ley como los que se adoptaban en los Comicios.

La lucha por la igualdad de los derechos encuentra en los tribunos los más ardorosos defensores de su extracto social, obteniéndose una nueva concesión: la de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, y que no se dejase a la voluntad de los magistrados patricios, siendo esta la génesis de la Ley de las XII Tablas.

2. LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

El último rey de los *tarquinos* fue expulsado y sustituido por dos magistrados anuales. Estos ejercieron su poder durante un año y ostentaron la suprema jefatura militar y política. En el año 451 a.C. se nombran diez ciudadanos, a los que se confía la redacción de la Ley de las XII Tablas. Realizan su labor en dos años, pero debido a las luchas entre patricios y plebeyos, el pueblo renunció a elegir cónsules y se confió el poder a los *tribuni militum consulari potestate* para el mando del Ejército. Las leyes *Liciniae Sextiae* establecieron definitivamente el consulado como órgano de gobierno de la constitución republicana. Se nombraría un *praetor maximus* (que va delante de las tropas), auxiliado por dos *praetores minores* (al mando del Ejército) limitados a un año de duración.

Los inicios de la República se caracterizan por las luchas entre patricios y plebeyos. El primer conflicto social tuvo como causa las continuas levadas o reclutamientos militares

y la prisión por deudas de los plebeyos insolventes. A partir del año 494 a.C. los plebeyos consiguieron el reconocimiento de sus jefes electivos (*tribuni plebi*), que reciben el poder de veto a las decisiones de los magistrados y la protección de una *Lex sacrata* que declara a sus personas *sacrosanctae* y *homo sacer* al que atentara contra ellos. Las reivindicaciones políticas se centran en el reconocimiento de las *potestas tribunicia*, o poder de veto y auxilio de los tribunos, y de los acuerdos adoptados en las asambleas de la plebe (concilia o plebiscita). A partir de las leyes Valeriae-Horatiae el tribuno pasa a ser reconocido como magistratura de las Civitas al admitirse su inviolabilidad. La *Lex Canuleia* suprimió la prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos. La definitiva aceptación constitucional de las reivindicaciones plebeyas se produce con las *leges Licinia Sextiae*, que aceptaron que uno de los dos cónsules fuera plebeyo y las *leges Publiliae Philonis* y *Hortensia* que equiparan los plebiscitos adoptados por la plebe en las asambleas a las leyes votadas en los comicios. La constitución de la Civitas patricio-plebeya se consolida y alcanza su apogeo en los siglos III y II a. C.

Los órganos de gobierno son las Magistraturas, el Senado y las Asambleas Populares. La Constitución romana era mixta y no podía encuadrarse en monarquía, aristocracia o democracia (categorías aristotélicas). Por el poder de los cónsules parecía ser monárquica, por el del senado, aristocrática y por el poder del pueblo o de los más numerosos parecería claramente democrática. Sin embargo prevalece el poder del senado y de los magistrados patricios. El senado mantiene la dirección de la República.

La República se constituye a partir del siglo III a.C. y se fundamenta en tres estamentos diferentes y a la vez importantes: *la magistratura, el senado y las asambleas populares o comicios*.

2.1. Las magistraturas

La figura del rey es sustituida por dos magistrados (patricios), esto es, por altos funcionarios públicos, llamados *cónsules* (esta primera etapa de la República se conoce como Consulado), que eran los jefes civiles y militares del Estado, elegidos por los comicios y cuyo cargo duraba un año. Por su parte la autoridad religiosa se separaba de los poderes civiles y era confiada al gran pontífice; muy pronto al lado de los cónsules aparecieron otros magistrados que también participaban en el gobierno de la ciudad.

En el lenguaje latino *magistratus*, fue el individuo singular elegido por las Asambleas para ejercer el poder durante un período fijo. En principio el concepto de *magistratus* se restringiría a los titulares de cargos públicos de la *Civitas* y por tanto, tan solo a los patricios. Solo posteriormente se considerarían también magistrados los correspondientes a toda la *civitas*.

Los magistrados detentaban un poder muy amplio, algunos de ellos tenían el *imperium* o facultad discrecional de mando que incluía la *coercitio* o poder disciplinario, la *iurisdictio* o facultad de administrar justicia y el *ius agendi cum populo* o *cum senatu*, o derecho de convocar y presidir las asambleas cívicas o al senado. El *imperium*, era un poder absoluto que solo lo tenían los magistrados que estaban en la cúspide, y sufrían limitaciones tales como el veto *intercessio*, del tribuno de la plebe, la *provocatio ad populum*, recurso del que todo ciudadano disponía frente a la pena de muerte, también existía otra limitación, la responsabilidad que podía exigirse al funcionario al término de su gestión.

Los cónsules ostentan el *imperium* y dentro de él, hay que distinguir los poderes en tiempo de guerra y los mismos en tiempo de paz. Los cónsules, pretor y dictador

gozaban del *imperium* en tiempo de guerra. Todos ellos tenían facultades absolutas e ilimitadas de poder, de vida y muerte sobre las personas. En tiempos de paz (*Domi*) el poder era más limitado y constituía el *Imperium domi*. Se encuentra acotado por la anualidad, colegialidad y la *provocatio ad populum*.

Los caracteres generales de la magistratura republicana fueron: electividad, anualidad, colegialidad, gratuidad y responsabilidad por los actos realizados en contrata de los intereses públicos y privados.

- a) *Electividad*: Según el ordenamiento romano (Constitución), los magistrados mayores eran elegidos en los *Comitia Centuriata*, y los menores en los *Comitia Curiata*. No obstante, en los primeros tiempos de la República existiría un sistema de designación de los magistrados por captación, que en general, consiste en cubrir las vacantes en cooperación con el voto de los miembros integrantes de la misma. De este modo el poder de creación de nuevos magistrados residía en el magistrado presidente, esto es en el *Cónsul* o *Pretor* de la Asamblea. Este magistrado presidente, una vez concluida su elección, procedía a su *renuntiatio* (proclamación del nuevo candidato), y este después de asumir el cargo prestaba juramento de fidelidad a las leyes. Tan solo tardíamente y como consecuencia de la presión plebeya, se adoptaría un régimen electoral más democrático, reconociéndose a las Asambleas el poder de libre elección. Los magistrados eran elegidos por los comicios.
- b) *Anualidad*: En general, los magistrados permanentes integrados en la vida normal de la *Civitas* tales como el *Cónsul*, *Pretor* o *Cuestor*, *Ediles* y *Tribunos* cesaban automáticamente en sus cargos al pasar el año para el que eran elegidos sin que se precise la *Abdication* (renuncia de sus funciones). De esta regla se exceptuaban la *Dictadura*, que se nombraba para una gestión concreta y extraordinaria y que duraba un máximo de 6 meses y, la *Censura*, que se extinguía al finalizar la misión de los censores, después de la confección del censo que duraba un máximo de 18 meses. En circunstancias extraordinarias, como por ejemplo hallarse un cónsul lejos de Roma dirigiendo una batalla podía concederse una *Prorrogatio Imperii* pero siempre por término fijo como por ejemplo el final de la guerra o por el término de un año. En relación con este principio de anualidad figuraban las prohibiciones de acumular cargos de magistrados, del ejercicio también contemporáneo de una magistratura y un sacerdocio, así como la prohibición del *Iteratio* (reiteración), se prohibía que una misma magistratura pueda ser ocupada por la misma persona antes de 10 años. Su mandato duraba un año, salvo los *Dictadores* (6 meses) y los *Censores* (18 meses).
- c) *Colegialidad*: Frente al carácter unipersonal del rey, la magistratura republicana se caracteriza por la pluralidad de magistrados. Como principio relacionado con el de pluralidad, la colegialidad, supone que los colegas participan en la titularidad de un poder único. Cada colega ostentaba el poder completamente, pudiendo actuar en tanto no se lo impida el otro a través del derecho de veto o *intercessio*. El derecho de *intercessio* se ejercitaba entre colegas de igual poder, es decir, con *Par Potestas* y por parte de los magistrados con *maior potestas* frente a los de *minor potestas*. Este derecho de veto se debió ejercitar rara vez por el hecho de estar con frecuencia los colegas unos en Roma y otros dirigiendo las operaciones de guerra, de suerte de que cada uno de ellos podía actuar separadamente del otro con plena libertad. Varias personas ostentaban una magistratura. Normalmente en número de dos con igualdad de poderes y derecho al veto (*Veto Intercessio*).

- d) *Gratuidad*: Las magistraturas eran gratuitas y en ocasiones incluso gravosas para el magistrado. En ocasiones debía de costear una serie de actividades, juegos, espectáculos y a veces hasta obras públicas. No obstante, para los magistrados que se trasladaban a las provincias se les concedía el pago de los gastos de viaje, comida y alojamiento. Tanto los magistrados *Cum Imperio* como los que tenían *Potestas*, llevaban aparejados una serie de signos externos tales como vestiduras especiales (*Toga Praetexta*) y un asiento especial (*sella curulis*) y tenían a su servicio una serie de auxiliares tales como *viatores*, *praecones*, *scribae* (mensajeros, pregoneros y escribas). Además los mensajeros mayores dotados de *imperium* iban acompañados de lictores.
- e) *Responsabilidad*: El magistrado, el mismo día que asumía su cargo, o dentro de los cinco días siguientes, tenía que jurar sobre el ordenamiento cívico (*iurare in leges*). De igual modo, una vez finalizado el período de mando, debía jurar haber obrado legalmente. Durante su mandato, los magistrados no podían ser demandados ante los tribunales, y únicamente cuando cesaban en sus cargos y volvían a ser ciudadanos privados, podía responder de los actos lesivos, de los derechos privados o de los derechos del Estado que hubieran realizado. Frente a los actos de poder arbitrarios de los magistrados, el ciudadano, podía apelar al juicio del pueblo, esto se denomina la *Provocatio ad Populum* (apelación ante el pueblo). Esta Institución data al menos del S. V a.C. y presupone el control político de la actuación de los magistrados por la Asamblea. La *Provocatio* no obstante, era ejercitable frente al *Imperium Domi* (frente al poder dentro de la ciudad). De la *Provocatio* quedaban desligados la figura del Dictador así como los magistrados que actuaban en campañas bélicas fuera de Roma. al acabar el Período de mando debían jurar que habían obrado con respecto a las leyes. Los que abusaban de su poder podían ser acusados de *crimen repetundarum*.

A los cónsules se les confirmaba por la *Lex curiata* el *imperium* o mando supremo previo los auspicia. El poder de mando o *imperium* se le concedía a los magistrados mayores (cónsules, dictadores, pretores y *tribuni militum*). Se distinguen el *imperium militiae* o mando del Ejército y el *imperium domi* o mando civil en la ciudad, limitado por la posibilidad del ciudadano de recurrir a la *provocatio ad populum* (permite al reo condenado apelar ante las asambleas populares).

Facultades de los magistrados con *Imperium*:

- *Mando militar*: Reclutamiento, nombramiento, distribución del botín de guerra.
- *Religiosas*: En esta época ya existían las figuras del sumo pontífice y del *Rex Sacrorum*. A pesar de ello, los magistrados con poder (*Imperium*) tenían la posibilidad de hacer ofrendas religiosas y recoger auspicios.
- De convocatoria: Tenían derecho de convocar al pueblo en las asambleas comiciales (*Ius agendi cum populo*) y al senado (*Ius agendi cum senator*).
- *Jurisdictio*: Facultad de crear Derecho, posibilidad del magistrado de resolver las controversias entre particulares actuando como juez.
- *Coercitio*: Coacción, posibilidad de dar órdenes e imponer sanciones por su incumplimiento.
- *Ius edicendi*: Derecho a dictar edictos, normas que daban los cónsules con validez para su período de mandato. Cada cual dictaba sus leyes, aunque estas no fueran escritas. Con el tiempo esto da lugar a la aparición del *edicto perpetuo*.

Clases de magistraturas:

Las magistraturas se clasifican en ordinarias y extraordinarias y las primeras en permanentes y no permanentes.

A. Magistratura Ordinaria**1. Magistratura Ordinaria Permanente:**

- a) *El consulado*: Dos cónsules, elegidos por un año y designados por sus nombres, ejercían el imperio o mando supremo en la guerra y en la paz. Eran elegidos por los comicios centuriados quienes aceptaban o rechazaban las propuestas de los otros Estamentos. Tenían las atribuciones de rey pero sin poder religioso (*provocatio ad populum*), también la facultad de apelar penas de muerte. Sus atributos de poder eran los 12 lictores, la toga, la silla Curul y el manto de púrpura.
- b) *La pretura*: El pretor (*praetor*) era el magistrado que ostentaba el poder supremo. Se le consideraba como *collega minor* de los cónsules. Ejercían el Imperium. Tenían la función de administrar la justicia. Realizaban todas las tareas de los cónsules menos presidir los comicios electorales. Se crearon en el año 367 a.C.; a los 30 años aparece el primer pretor plebeyo.

En el año 242 a.C. se crea el *praetor peregrinus*, encargado de dirimir los litigios entre romanos y extranjeros o entre extranjeros entre sí. También estaba la figura del pretor urbano que lo hacía entre ciudadanos romanos.

- c) *La cuestura*: (cuestores). Aparecen como ayudantes de los cónsules. Sus funciones eran las de investigación y persecución de los *crimina* (*cuestores parricidii*) y la administración del tesoro o hacienda pública (*quaestores aerarii*). Primero eran dos, pero fueron aumentando hasta veinte según las necesidades.
- d) *La edilidad plebeya*: (ediles curules). Tenían *potestas*. Se ocupaban de funciones religiosas con las divinidades plebeyas en el templo = AEDES = EDILES. Otras funciones se concretan en la *cura urbis* o policía urbana, *cura annonae* o aprovisionamiento de trigo y alimentos y *cura ludorum* u organización de los juegos (todas ellas atribuidas a los patricios).
- e) *El tribuno de la plebe*: (*tribuni plebis*). Nace como jefatura revolucionaria en las luchas entre patricios y plebeyos. Se le reconoció el poder de veto (*Intercessio*) de los tribunos contra los actos de los magistrados, o la facultad de auxiliar a los ciudadanos (*ius auxilii*) así como el derecho de convocar a la plebe y al senado. Sus resoluciones (plebiscitos) en un principio obligaban solo a la plebe. Tras la *Lex Hortensia* obligaban a todos. No tenían los signos de poder de los demás magistrados. Fueron declarados *persona sacrosanctae* solo dentro del recinto de Roma. Las puertas de su casa siempre estaban abiertas. Inicialmente eran dos tribunos que fueron aumentando hasta diez.

2. Magistratura Ordinaria No Permanente

- a) **Censura**(censores). Surge por la transacción entre patricios y plebeyos. Eran elegidos entre excónsules y estuvo reservada a los patricios. Nació como Magistratura patricia, sin *imperium* (sin poder absoluto). Su misión era la de realizar el censo de los ciudadanos (libres) clasificados según su fortuna. Se agrupaban en tribus (según situación geográfica) y centurias (según su fortuna). El primer censo fue el año 400 a.C. Administraban las tierras del Estado y los impuestos. Además se les confiaba la

vigilancia de las costumbres (*cura morum*) pudiendo tachar con nota de infamia la conducta de los ciudadanos y la elección de los senadores (*lectio senatus*). En el año 312 a.C., con la *Lex Ovinia* se les facultó para que puedan elegir senadores cobrando gran prestigio. Los senadores eran elegidos -como premio- entre ex-magistrados (ex-cónsules, ex-pretore y exquaestores).

Los censores eran dos, elegidos por los comicios centuriados, nombrados cada cinco años y con mandatos de 18 meses. Terminado el censo lo publicaban solemnemente durante un acto religioso (*illustratio*). No tenían *imperium*. No podían convocar ni al senado ni a la asamblea, (sin *Intercessio*), tampoco podían proponer a su sucesor. No eran reelegibles.

B. Magistratura Extraordinaria

- a) **Dictadura.** La magistratura extraordinaria era la Dictadura. El dictador era nombrado en especiales circunstancias de peligro para Roma por los dos cónsules. Durante su mandato -6 meses- ostenta todos los poderes quedando suspendidas las garantías constitucionales de los ciudadanos (*imperium domi e imperium militiae*). [Prohibida la acumulación de magistraturas y reelección sucesiva]. La *Ley Villia Annalis* dispuso que debían transcurrir dos años entre una u otra magistratura creándose una carrera magistral (*cursus honorum*). Se le permitía la designación de una persona que le ayude (*Magister equitum*) quien manda las caballerías, pero puede tener otras funciones según el dictador precise y siempre supeditado a él.

El dictador va precedido por 24 lictores para poder demostrar su mayor poder punitivo y que en él se concentran todos los poderes.

- **Cursus honorum:**

Avanzada la República, las magistraturas romanas constituyeron una secuencia que se denominó *Cursus Honorum*, es decir cada una de ellas conformaban los escalones de una carrera honorífica.

El cumplimiento de la carrera de honores implicaba como su nombre lo indica, un desempeño sin cobrar sueldo. En algunos casos debían gastar para ejercer los cargos a los que se postulaban. Concedidas por elección y permitiendo ejercer una parte más o menos amplia del poder del Estado, todas las magistraturas eran honores. Pero estos honores eran desiguales en dignidad y la ambición empujaba a intentar alcanzar los más altos, que cuentan con un menor número de titulares. Por eso, una de las medidas más eficaces tomadas por Sila contra el tribunado fue la de cerrar a quien lo había ejercido el acceso a las otras magistraturas.

Al menos tácitamente, más de un Estado y de un régimen han aplicado y aplican todavía la noción del escalonamiento necesario de las funciones públicas, por razón de que la experiencia adquirida en los escalones más bajos puede ser útil en los más altos. En Roma acabó tomando la forma especialmente rigurosa del *cursus honorum*, o carrera de los honores, reglamentada con minuciosidad.

Durante la segunda guerra púnica, unas circunstancias excepcionales permitieron a Escipión obtener muy joven una posición sin par. Con bastante rapidez, se descubrieron los principios de base:

- El retroceso, por la obligación previa de consagrar muchos años al servicio del Estado, en particular en el ejército.

- La cuestura, considerada como punto de partida del cursus.
- Obligación de pasar por otras magistraturas, en un orden determinado.

Pero, admitidos estos tres principios, hubo vacilaciones y los modernos estaban lejos de ver claro en las variaciones de detalle. En la práctica parece que se pusieron en el mismo plano, entre la cuestura y la pretura, a los tribunos y ediles.

En el siglo II a.C. la cuestura podía ser ejercitada a los veintisiete años y el consulado a los treinta y seis, en el primero esas edades respectivas pasaron a veintinueve y a cuarenta y dos años.

Por el juego combinado de la ley y de la costumbre aludida, se llegó pues a una especie de pirámide en la que el número de los titulares disminuía de uno a otro grado, lo que permitía la selección. El sistema respondía a ciertas tendencias innatas del espíritu romano: una necesidad de orden y de jerarquía estable. Pero el hecho de que se juzgara necesario establecerlo legalmente, que se hicieran más pesadas las obligaciones y se retrasase paulatinamente el acceso a las altas magistraturas, reflejaba sobre todo la decadencia de la disciplina espontánea y el temor a los destinos excepcionales; la clase dominante intentaba protegerse contra las carreras fulgurantes.

C. Tipos de magistrados

Existieron los siguientes tipos de magistrados:

- 1) **El cónsul:** A partir de la fusión patricio-plebeya, el consulado aparece como la primera magistratura ordinaria que se estabilizaría a partir del 367 a.C. 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 a.C. se permitió que los dos cónsules fuesen plebeyos. En la época de mayor esplendor de la República, los cónsules podían ser tanto patricios como plebeyos; anuales y colegiados. Gozaban de los máximos honores, se acompañaban de 12 *lictos*, tenían a su servicio un personal auxiliar que eran los *apparitores* y daban nombre al año. Ambos cónsules ejercían poderes supremos del Estado. Tenían en principio la plenitud del *imperium* tanto militar, (incluir 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 demás competencias en temas de jurisdicción voluntaria (Manumisiones, liberaciones de esclavos, las adopciones y las emancipaciones).

Los cónsules eran elegidos en los *comitia centuriata* bajo la presidencia de un cónsul del año anterior, el cual proponía, es decir, *creat* los nombres de los candidatos y los proclama elegidos a través de la *renuntiatio* a los dos que hubieran obtenido la mayoría de votos de los comicios.

- 2) **El dictador:** 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 collega*, aunque libremente podía nombrar como magistrado subordinado a un *magister equitum* (jefe de caballería). El dictador iba acompañado de 24 *lictos*.

- Decaía en su cargo por el transcurso de seis meses o antes, bien por acabar la función para la que había sido nombrado o porque finalizaba el cargo de Cónsul que lo había nombrado.
- Tenía *imperium maius* sobre todos los magistrados, incluso sobre los cónsules que eran los que le nombran con unos requisitos especiales.
- No estaba limitado por la *rogatio* ni tampoco parecía que los tribunos de la plebe pudieran ejercitar contra él la *intercessio*.

Se podía distinguir dos clases de dictaduras:

- a) *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 era el *dictator seditionis causa*.
- b) *Dictator inminuto iure* (de derechos más delimitados). Dentro de este incluimos al *Dictator clavi figendi causa* (para clavar el clavo del templo de Júpiter) o el *dictatur latinarum feriarum causa* (para las fiestas latinas).

- 3) **El censor:** El colegio de dos censores representa una magistratura ordinaria, no permanente, surgida hacia mediados del siglo V a.C. y cuya función principal fue la de confeccionar el censo. Los censores no tenían *imperium* pero sí tenían *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 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 cinco 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 quiritium* (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 César se le atribuyó la *potestas censoria vitalica*, sin colega.

- 4) **El pretor:** Probablemente, el *praetor maximus*, junto con los dos praetores menores representen la primera magistratura republicana.

Desde el año 367 a.C., 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 *auspicio*, y era elegido en los *Comitia Centuriata* presididos por un cónsul. Como magistrado director del proceso, el

pretor inicialmente, tan solo suministraba los medios procesales y ordenaba al juez que resolviera la controversia.

A partir del año 367 a.C., no obstante, el pretor urbano, asumía propiamente unas competencias jurisdiccionales entre ciudadanos romanos y en el año 242 a.C., 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 reglamentaba, esto es, el *edictum*, las cuales reiteradas de unos pretores a otros, se denominaban *edictum traslativum*, fueron codificados o recopilados en el año 138 d.C. 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*.

- 5) **Los ediles:** 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 año 449 a.C., los ediles se convierten en custodios de los bienes plebeyos y en auxiliares de los tribunos de la plebe. A partir del año 367 a.C. en virtud de las leyes *licinae-sextiae*, 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).

- 6) **Los cuestores:** 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 año 421 a.C., 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.

7. **Los tribunos de la plebe:** Según Cicerón y Dionisio de Halicarnaso, con anterioridad al año 471 a.C. en que se votó la *Lex Publilia Voleronis* y que atribuyó la elección de los tribunos a los *comitia tributa*, pues antes eran elegidos por los *comitia curiata*.

Eran 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 cónsules* y de este auxilio se derivó 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 sacrata*, 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, solo era ejercitable dentro de la *urbs*, sin que pudiesen oponerse a los actos de los magistrados en campaña ni a los de los dictadores.

2.2. El Senado

Rómulo fundó el Senado con 100 senadores. Cuando cae la monarquía llegaban a 300. En un principio eran los «*patermaiorum*» o cabezas de familia. Primero eran patricios (*patres*) hasta el año 87 y más tarde se van integrando los plebeyos (*conscripti*). También podían ser nombrados senadores aquellas personas que hubiesen prestado servicios a la patria.

Durante la monarquía eran nombrados por el rey. Durante la República eran nombrados por los cónsules y pretores y más tarde por los censores. Siempre eran nombrados entre excónsules, expretores.

El Senado era un órgano colegiado, sin imperium pero con poder sobre los magistrados y era un órgano de gobierno permanente y estable y era el factor de estabilidad. Era convocado por un magistrado con derecho (cónsules y pretores).

Las decisiones senatoriales (*senatusconsulta*) iban dirigidas a los magistrados señalándoles cómo actuar ante un conflicto de intereses.

Funciones: Las funciones del Senado más importantes, además de las consultivas, eran:

- Declarar la guerra y la paz (política exterior)
- Vigilar las ceremonias religiosas
- Administrar las finanzas públicas
- Nombramiento y dirección de los mandos militares y
- Distribución de las tierras conquistadas al enemigo.

Durante este período dicho cuerpo consultor adquiere importancia, su opinión es considerada en todas las cuestiones importantes y está capacitado para decidir en los asuntos relacionados de la paz y la guerra. Los plebeyos que habían estado excluidos del Senado, finalmente son aceptados en él. El Senado no tenía fuerza de ley (sin imperium).

2.3. Asambleas populares (Comicios)

Los comicios constituían la asamblea político-legislativa de este período a semejanza de la etapa monárquica. Las asambleas populares o comitia, representaban la participación del *Populus* en la gestión política. Las asambleas populares fueron variando históricamente y si las asambleas primarias eran los *comitia curiata* y los *comitia centuriata*, más tarde aparecerían los *comitia tributa* y desde el año 494 a.C. los *Concilia Plebis*. Todas las asambleas tenían finalidades políticas, si bien los

comicios curiados, los comicios centuriados y también en los comitia tributa, se añadía en ocasiones otras finalidades de carácter religioso, administrativo y militar.

Las formas de asistencia a convocatorias eran: comicios curiados, comicios centuriados, comicios tribunados (por tribus) y comicios plebeyos.

- a) **Comicios curiados:** ya existían con la monarquía. Se componían de treinta curias y cada curia se componía de tres tribus. Sus competencias eran asistir a la *adrogatio* (acto en virtud del cual una persona *sui iuris* pasa junto con todo lo que hay bajo su *potestas*, a la de otro *sui iuris* perdiendo el primero su calidad de tal por la sumisión a este), para otorgar herederos. Asistían a la investidura del soberano (*inauguratio*). Después fueron perdiendo actividad convirtiéndose en los treinta lictores. Cada ciudadano votaba dentro de su curia y el parecer mayoritario pasaba a la tribu sucediendo así en cada curia. El parecer mayoritario de todas las curias era el que se expresaba en los comicios (elecciones).

Los comicios curiados pierden importancia e intervienen solo en determinados actos religiosos y de derecho privado tales como: las adrogaciones y la confección de los testamentos. Funcionaban sin la participación efectiva de los ciudadanos y estaban constituidos por treinta lictores, que representaban a cada una de las curias, se reunían siempre bajo la presencia del gran pontífice que era el jefe de la iglesia.

- b) **Comicios centuriados:** datan del año 400 a.C. (centuria equivale a cien hombres). Fueron constituidos por el rey Servio Tulio con arreglo al censo. Cada centuria tenía un voto según la riqueza:

- 1ª Clase: más de 100 mil ases.
- 2ª Clase: más de 75 mil ases.
- 3ª Clase: más de 50 mil ases.
- 4ª Clase: más de 25 mil ases.
- 5ª Clase: más de 10 mil ases.

Cada clase contribuía con un número determinado de centurias:

- 1ª Clase: 80 centurias (40 mayores y 40 jóvenes)
- 2ª Clase: 20 centurias (10 mayores y 10 jóvenes)
- 3ª Clase: 20 centurias (10 mayores y 10 jóvenes)
- 4ª Clase: 20 centurias (10 mayores y 10 jóvenes)
- 5ª Clase: 30 centurias (15 mayores y 15 jóvenes)

El total, 170 centurias, formaban la Infantería. Nobles y patricios formaban la Caballería 18 centurias *equites* elegidas entre las clases privilegiadas; más 5 centurias elegidas del estrato más bajo de la sociedad: 2 de obreros militares, 2 de músicos y 1 del proletariado.

La mayoría absoluta en todos los comicios era alcanzada por la 1ª clase y por la caballería. Las funciones de los comicios centuriados (con *imperium*) eran:

- Elegir magistrados mayores (cónsules, censores y pretores)
- Votar leyes
- Decidir sobre la paz y la guerra

- Resolver resoluciones de pena de muerte (*provocatio ad populum*).
- b) **Comicios tribunados:** esta modalidad aparece en la época más reciente del Imperio, donde los ciudadanos se agrupaban atendiendo a un criterio territorial basado en el domicilio. Eran elegidos por distritos geográficos agrupados por tribus. Al principio eran veinte tribus para terminar siendo treinta y cinco. No dictaban leyes. Sus funciones eran:
 - Votar y elegir a los magistrados menores: ediles y cuestores.
 - Imponer sanciones pecuniarias.
- d) **Comicios plebeyos:** reunión de plebeyos, eran convocados por los tribunos plebe y sus funciones fueron:
 - Elegir a los tribunos plebeyos.
 - Tomar acuerdos (plebiscitos) que en principio fueron vinculantes para los plebeyos y tras la Ley Hortensia vinculan a todos los ciudadanos.

Las *contios*, no eran asambleas de carácter decisorio, solo eran de carácter informativo que se convocaban antes de las asambleas para informarles de las decisiones posteriores. Gracias a los esfuerzos de los tribunos se obtuvo una nueva concesión: la de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, que no la dejase por más tiempo expuesta a los rigores arbitrarios de los magistrados patricios, esta fue la Ley de las XII Tablas.

3. LA LEY DE LAS XII TABLAS

3.1. Antecedentes

La Ley de las XII Tablas surge a mediados del siglo V a.C. y constituye el fundamento del Derecho romano. En gran parte es una recopilación de los usos y costumbres vigentes en la época y se crea con la intención de superar la falta de decisión, de cohesión y de ambigüedad.

Al no estar escrito el Derecho, para desarrollar los pleitos se servían de las Acciones de Ley (Fórmula de procedimiento para desarrollar un pleito. Si se distraían de esta fórmula, la mayoría de las veces se perdía el caso). Cuando las fuentes pasaron a ser escritas tomaron el nombre de fuentes de conocimiento.

Se pretendió una codificación de normas. La Ley surgió como consecuencia de las luchas entre patricios y plebeyos. Los plebeyos pretendían la equiparación de todos los ciudadanos romanos en todos los órdenes.

Según la tradición, en el año 462 a.C. un tribuno de la plebe (*Cayo Terentilo Arsa*), propuso una comisión encargada de realizar un proyecto de esa ley que reúna los derechos consuetudinarios y las reivindicaciones principales de los plebeyos:

- Fin de las ventas de deudores más allá del río Tíber. (*Trans Tiberim*).
- Fin de la prohibición de matrimonios mixtos (plebeyos con patricias).

Surge una fuerte oposición por parte de los plebeyos que vetan todas las decisiones de los patricios. A finales del 455 a.C. se consigue una comisión de tres personas que viaje a Atenas.

En el año 451 a.C. se nombra a 10 patricios (decenviros: 10 hombres), que van a gobernar Roma. Se suspenden otras formas de gobierno (*Magistraturas Ordinarias*) y se redactan esas leyes. Según la tradición fue un gobierno justo y democrático administrando justicia sin *provocatio ad populum* elaboraron la ley de las X Tablas.

En un segundo *decenvirato* se aumenta la Ley a XII Tablas. Presidido por *Apio Claudio*. Se gobierna de forma despótica (abusos e injusticias). Apio Claudio reclamó a través de un cliente una hija para sí como esclava (*Virginia*). Para evitar la deshonra su padre la mata.

Después del segundo decenvirato, dos cónsules, *Horacio* y *Valerio* gobiernan Roma. Las dos últimas Tablas fueron aprobadas a propuesta de estos en los comicios del año 449 a.C. Antes de ir a la guerra se publican las Tablas en el foro dando así cumplimiento al deseo de la plebe de conseguir la universalización del Derecho (conocimiento general).

3.2. Importancia de la Ley de las XII Tablas

La Ley de la XII Tablas constituye la primera compilación parcial del *Ius Civile* romano, lograda en la primera mitad del siglo V a.C., es en realidad una colección de reglas sobre instituciones de Derecho Privado, de Derecho Procesal y otras, que definen delitos y condenan prácticas suntuarias.

Este aspecto, vino a precisar una parte del *Ius Civile* en oposición al *fas* (Derecho divino, emanado de la religión y sancionado por ella), que según el sistema romano, comprende en su etapa primitiva el cuerpo total de los derechos ciudadanos.

El *Ius Civile* estricto, constituía el orden jurídico de la ciudadanía romana, cuyas fuentes tradicionales, eran el uso, el reconocimiento común o el mandato legislativo de la comunidad política a través de sus comicios (centuriados o curiados).

La compilación de las XII Tablas, constituye la base uniforme general para el desarrollo de este *Ius*, y señala la primera etapa en el proceso de la codificación jurídica.

En el estudio de la historia del Derecho Comparado, la importancia que tiene esta colección de reglas primitivas del Derecho se da por el hecho de constituir un ejemplo de la transformación del Derecho consuetudinario (costumbre), en el Derecho escrito.

En la historia política de Roma, la importancia de esta compilación resalta al recordar que fue consecuencia de la lucha inveterada entre patricios y plebeyos, que concretó en forma pública, general y exigible, el derecho conocido hasta entonces por una casta sacerdotal.

La Ley de las XII Tablas reglamentó a la vez el Derecho Público y el Derecho Privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su Derecho. Es la ley por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de *legitimum*. Además, las leyes posteriores no han hecho frecuentemente más que desenvolver el Derecho de las XII Tablas y jamás, hasta Justiniano, ninguna de sus disposiciones ha sido de una revocación expresa. Los antiguos autores alabaron con admiración un poco exagerada su concisión y sencillez.

3.3. Contenido de la Ley de las XII Tablas

La Ley de las XII Tablas, grabadas sobre tablas de bronce o roble no existen físicamente, cuyo contenido auténtico, no ha llegado a nosotros y no poseemos más que los fragmentos conservados por los tratados de los jurisconsultos que han comentado esta ley sobre todo por el de Las Instituciones de Gayo, del cual han sido insertados 18 extractos en el Digesto de Justiniano y también por las obras de los antiguos autores que se han ocupado de explicar ciertas expresiones de la vieja lengua latina empleada por los decenviros, tomando lo necesario de estas diferentes fuentes, se ha intentado desde el siglo XVIII reconstruir esta ley, y se ha llegado a restablecer una gran parte, sino en el texto primitivo al menos en su significación general. También se ha probado a colocar estos fragmentos por orden y hallar cuál había sido el objeto de cada tabla.

Según *Gayo* en sus *Institutas*, se ha llegado a establecer una clasificación aproximada de las XII Tablas de la siguiente manera:

Tabla I y II: De la organización judicial y el procedimiento.

Tabla III: De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes.

Tabla IV: De la potestad paternal.

Tabla V: De las sucesiones y tutelas.

Tabla VI: De la propiedad.

Tabla VII: De las servidumbres.

Tabla VIII: De los delitos y quizás de las obligaciones en general.

Tabla IX: Del Derecho público.

Tabla X: Del Derecho sagrado.

Tabla XI y XII: Suplemento de las diez primeras Tablas.

FRAGMENTOS DE LA LEY DE LAS XII TABLAS

(451-450 a. C.)

Tabla I: (De la organización judicial y el procedimiento)

- El que sea llamado a juicio, vaya al instante.
- Si no quiere ir, tome testigos y preséntelo.
- Si con astucia trata de escaparse, puede sujetarle.
- Si no pudiese ir por enfermedad o por anciano, súbale en un borrico; y aunque se resistiese, no le dé mejor carruaje.
- Si alguno saliese fiador de él, suéltesele.
- Rico ha de ser el fiador de un rico, de un pobre, cualquiera.
- Si por el camino se aviniesen. sea esto válido.
No aviniéndose, se presentarán en los comicios o en el foro, y antes de mediodía, perorando ambos, comenzarán el pleito.
- Y se acabará al ponerse el sol.

Tabla II: (De la organización judicial y el procedimiento)

- Se les cita para cierto día, y si por enfermedad, voto, ausencia por causa de la república, o por obsequiar a un huésped, tanto el juez árbitro como del reo, no pudiese este asistir, se difiere el juicio.
- El que quisiere denunciar a un testigo, ha de presentarse tres veces en el decurso de veintisiete días en su casa.
- Si alguno matare al que roba de noche, sea bien muerto.
- Si se cometiese el hurto de día y se le aprehendiese en el mismo acto, azótese y redúzcase a la esclavitud de aquel a quien robó.
- Si fuere esclavo, sea azotado y despeñado.
- Si impúber, azótese a arbitrio del pretor, y satisfaga el daño causado.
- Si el ladrón se defendiese con armas, puede ser muerto, gritando antes, para que vengan testigos.
- El hurto encontrado *per lancem et licium* sea castigado lo mismo que el manifiesto.
- El no manifiesto castíguese con el doble.
- El que cortare sin derecho alguno de los árboles ajenos, pague la multa de veinticinco ases por cada uno.
- No se persiga al ladrón, cuando haya convenido con el robado.
- Las cosas furtivas no se prescriben nunca.

Tabla III: (De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes)

- El depositario que dolosamente malversare el depósito, pague el daño doblado.
- El que exigiere más usura que la onza mensual por cada cien ases, satisfaga el cuádruplo.
- Los extranjeros no pueden adquirir por usucapión.
- Al que confesare la deuda o fuere condenado por sentencia judicial, se le dan treinta días para pagar.
- Transcurridos, se le podrá prender y llevarle a juicio.
- Si no pagare lo juzgado ni lo hiciera otro por él, tiene derecho el acreedor de ponerle preso en su casa y cargarle de cadenas y grillos, con tal que no excedan del peso de quince libras; más el poder aligerarle queda a su arbitrio.
- El deudor así preso, viva de lo suyo, si puede; si no, el acreedor que lo tiene en prisión le dará una libra de pan por cada día: si quiere le dará más.
- Siendo muchos los acreedores hagan a los veintisiete días su cuerpo a pedazos. Si éstos fueren más o menos, háganlo sin fraude; y si quieren, vayan a venderle lejos, a la otra parte del Tíber.

Tabla IV: (De la potestad paternal)

- Mate el padre al momento al hijo que le naciere monstruoso.
- Sobre los hijos legítimos tenga derecho de vida y muerte y la facultad de venderles.

- Si el padre vendiese tres veces al hijo, quede este libre respecto de aquel.
- Es legítimo el póstumo nacido a los diez meses de muerto el padre.

Tabla V: (De las sucesiones y tutelas)

- La disposición del padre de familia sobre su patrimonio y la tutela de sus hijos sea tenida como ley.
- Si muere intestado quien no tiene herederos suyos, herédele al agnado más próximo, y si agnados no tuviese tampoco, sucédanle los gentiles.
- Si el liberto muriese intestado y sin herederos suyos, y le sobreviviese el patrón o los hijos de este, los bienes de la familia del liberto pasen a la del patrón.
- Las obligaciones y créditos de la herencia se entienden divididos ipso jure entre los herederos por partes hereditarias.
- Los demás bienes no se entiendan así: si place a los herederos podrán dividirse, nombrando el pretor tres jueces árbitros para verificar las divisiones.
- Si el padre de familia muere intestado y deja por heredero a un hijo impúber, pase su tutela al agnado más próximo.
- Póngase a cargo de los agnados y gentiles la persona y bienes del furioso o pródigo que no tengan guardador.

Tabla VI: (De la propiedad)

- El propietario que obliga sus cosas o las vende, debe estar tenido a cuanto expresare.
- Caso de engañar, condénesele por el doble.
- El esclavo que por testamento adquiere la libertad, habiendo dado por ella alguna cosa, si fuese vendido luego, sea libre de darlo al comprador.
- La cosa vendida y entregada no puede adquirirla el que compró hasta que quede satisfecho el vendedor.
- El término de la usucapión de un fundo es el de dos años. Uno solo es suficiente para las demás cosas.
- La mujer que viviese con su marido por espacio de un año, sin separarse de su lado por tres meses, caerá en su dominio por la usucapión. Si dos litigasen, decidirá interinamente el pretor según quien posea.
- Pero cuando se trate sobre una causa de libertad, lo hará siempre a favor de esta.
- Cualquier materia unida a los edificios o a las viñas, ni se reivindique, ni se separe.
- Pero al que la unió, condénesele con el doble.
- Mientras se encuentre separada, será lícito vindicarla.
- Si trata el marido de repudiar a su mujer, tiene que probar una de las siguientes causas.

Tabla VII: (De las servidumbres)

- Si el cuadrúpedo causa daño, ofrezca su dueño la estimación, si no quiere hacerlo, entregue al cuadrúpedo a quien sufrió el detrimento.

- Quien perjudicare sin derecho o por causalidad, esté tenido al resarcimiento del daño.
- El que trasladase o arrancase la mies ajena por encantamiento, está también obligado.
- El que ocultamente y de noche segase o cortase las mieses cultivadas, será colgado y muerto en honor de Ceres.
- Si el agresor es impúber, azotado a arbitrio del pretor, pagando doblado el daño que causó.
- Quien introdujese su ganado a apacentar en mies ajena....
- Quien incendiase dolosamente y a sabiendas el edificio o el acervo de trigo, colocado junto al edificio, será azotado, muerto y quemado.
- Pero si lo hiciera por negligencia, resarza únicamente el daño.
- Siendo pobre, impóngale un castigo más ligero.
- Si alguno injuriase a otro, veinticinco ases formen la pena establecida contra él.
- Si le difamase públicamente, si le asestara un libelo injurioso o infamatorio, sea apelado.
- La fractura de un miembro, a no medir convenio, castíguese con el talión.
- El que arrancase un diente o muela a un hombre libre, pagará en pena trescientos ases, el que a un esclavo, pagará ciento cincuenta.
- El que, rogado para ser testigo o para tener la balanza, faltase a la verdad, queda infame e imposibilitado para lo sucesivo, tanto en dar como en pedir testimonio.
- Sea despeñado quien levantara falso testimonio.
- Quien dolosamente diera muerte a un hombre libre.
- Quien le encantase o le matase con veneno, sea castigado con pena capital.
- El matador de uno de sus padres, el parricida, sea echado al río, cubierta la cabeza y cosido dentro de un pellejo.
- Al tutor que proceda con dolo malo, cualquiera puede acusarle como sospechoso: concluida la tutela, pague doblado cuanto tratase de hurtar.
- El patrono que engañase a su cliente, sea execrable.

Tabla VIII: (De los delitos y quizás de las obligaciones en general)

- Entre edificio y edificio se ha de dejar la distancia de dos pies y medio.
- Se permite pactar entre sí a voluntad los árbitros colegas, siempre que no sea en contra de las leyes.
- Acerca de los linderos, es incierta la ley, a ejemplo de la ática de Solón.
- El espacio de cinco pies que media entre los campos no puede usucapirse.
- Si litigan vecinos sobre división de términos señalará el pretor tres jueces árbitros que diriman la controversia.
.....hortus.....(jardín, huerto, casa de campo, quinta)
.....heredium..... (propiedad heredada).....tugurium.....(cabaña, choza)

- Si el árbol cayese sobre el campo vecino, córtesele sus ramas hasta los quince pies de altura.
- Si produjera frutos de cualquier género, podrá cogerlos el dueño de este.
- Si perjudicare el agua de la lluvia en virtud de alguna maniobra, nombrará el pretor tres árbitros para removerse este obstáculo y hará pagar al dueño los daños que se hubieren ocasionado.
- El camino, siendo recto, tendrá ocho pies, si es tortuoso dieciséis.
- Si los dueños de los campos por que pasa el camino le tuvieron sin limpiar o embarazado, se guiarán las caballerías por donde acomode.

Tabla IX: (Del Derecho Público)

- No se concedan privilegios.
- Una vez disuelto el lazo, sean iguales el que guardó constantemente fidelidad y el agradecido.
- Del juez o del árbitro judicial que reciben dinero por la sentencia, sea la pena de muerte la condena.
- No se imponga al ciudadano la pena capital, sino únicamente en los comicios mayores o centuriados.
- Son de nombramiento del pueblo los cuestores parricidios que entienden las causas capitales.
- El que en la ciudad promoviese reuniones nocturnas, pague con la vida.
- Sufra igual pena quien promoviese sediciones o entregase los ciudadanos a los facciosos.

Tabla X: (Del Derecho Sagrado)

.....del juramento.....

- No se entierren ni quemem los difuntos en la ciudad.
- Se prohíben los funerales y lutos suntuosos.
- Esto se permite y nada más.
- Las maderas de la hoguera en que se quema el cadáver no sean lisas ni pulidas.
- Con tres lazos de púrpura, diez trompetas se permite sacar al difunto.
- No sean ungidos los cadáveres de los esclavos, ni se haga convite alguno en las exequias.
- Con los difuntos no empleen dispendiosos rocíos.
- Ni hay muchas coronas, ni en las aras se quemem mucho inciensos ni perfumes.
- Al que hubiese ganado alguna corona en los juegos públicos, puede servirle de alabanza por su medio, por el de sus esclavos, o el de sus caballeros y de esta manera la podrá llevar él y sus parientes, tanto en los nueve días en que el cadáver permanezca en la casa, como cuando sea trasladado afuera.
- A uno mismo no se le pueden hacer muchos funerales ni muchos lechos.

- No intervenga el oro, más en cuanto sirva para sostener alguno los dientes, lícitamente podrá ser enterrado o quemado con esta parte.
- Contra la voluntad del dueño, no se ponga la hoguera o el túmulo más inmediato al edificio ajeno que a sesenta pies.
- Ni el sepulcro ni su vestíbulo pueden usucapirse.

Tabla XI: (Suplemento de las Diez Primeras Tablas)

- Sea válido lo que mande el pueblo posteriormente.
- Los patricios no pueden casarse con los plebeyos.

Tabla XII: (Suplemento de las Diez Primeras Tablas)

.....acerca de la prenda.....

- Si dedicase alguno a los dioses la cosa sobre que se está litigando pague con el doblo.
- Si hubiera conseguido uno la posesión con mala fe, nombrará el pretor tres jueces árbitros para el pleito y éstos le condenarán al valor doblado de los frutos.
- Si el esclavo a ciencia y conocimiento del dueño cometiese un hurto o causase un daño, sea entregado en noxa al perjudicado.

3.4. Interpretación y comentario jurídico

La Ley de las XII Tablas de la cual mucho se habla pero poco se conoce, ya que todo lo que de ella se sabe, proviene de las leyendas y referencias indirectas, por lo que es necesario efectuar el análisis y los comentarios pertinentes de acuerdo a un enfoque del Derecho moderno actual.

Las normas recogidas en la Ley de las XII Tablas, las podemos desagregar de la siguiente manera:

- El *Derecho Procesal* está en las Tablas I, II y III.
- El *Derecho de Familia* en la Tabla IV.
- El *Derecho de Sucesiones* en la Tabla V,
- El *Derecho de Propiedad o de Cosas* en las Tablas VI y VII,
- El *Derecho Penal* en las Tablas VIII, IX, X y XI y
- El *Derecho Público* en la Tabla XII.

a) Derecho Procesal: (Tablas I, II y III)

Es la forma en que se regula el procedimiento de aplicación de la Ley. Se aprecia que sus principios son muy rígidos, muy difíciles. Las *legis actiones*, son las fórmulas y actuaciones previstas para cada una de las partes en litigio. Tienen un carácter formalista y arcaico. Las fórmulas eran tantas y tan rígidas que el más mínimo error procedimental bastaba para perder el pleito. Era indispensable la presencia de las dos partes.

Tabla I: Se citaba al demandado previamente a comparecer ante el magistrado. El juicio no se hacía ante este magistrado sino que este sentaba las bases que había de tener para juzgar. A esta fase se le llamaba *Fase in iure* (Procedimiento formulario).

El Procedimiento Formulario: Era aquel procedimiento voluntario utilizado en Roma a partir de la *Lex Aebutia* (130 a.C. - s. III d.C.) a diferencia del procedimiento de

las *legis actiones*, no era solemne ni ritual en su desarrollo que se basaba en *fórmulas* (documentos escritos). El pleito se llevaba a cabo en dos fases: *in iure* ante el magistrado que concedía o negaba la acción (*dare et denegare actionem*), una vez las partes habían expuesto sus pretensiones y habían utilizado los recursos legales convenientes; así, si el demandado no se allanaba a las pretensiones del demandante, se pasaba a la fase *apud iudicem*, que se celebraba ante un *iudex* quien tras escuchar la defensa oral de las pretensiones de las partes y las pruebas, procedía a dictar sentencia.

El magistrado nombraba a un ciudadano para que este verificara los actos seguidos por la ley, así como las pruebas presentadas y luego se dictaba sentencia. Si el demandado no comparecía, el demandante tenía que llevar testigos ante el magistrado y este resolvía. Si el demandado comparecía, entonces se terminaba el proceso con una transacción, pero si no había acuerdo, el procedimiento tenía que acabar antes de la puesta de sol.

Tabla II: Explica el procedimiento de la *Lex action*, pero basado en dos acciones más importantes:

- La *legis action sacramento*: se llamaba así porque si el demandado perdía se le reclamaba una cantidad. Si terminada *in Rem* (derechos reales) se reclamaba algo, por ejemplo un objeto y terminada *in persona* para reclamar derechos contractuales.
- La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: la acción de ley para pedir un juez o un árbitro para solucionar algo. En caso de pérdida no hay que pagar dinero, desaparece sacramento.

Tabla III: Se refiere al Derecho ejecutivo. Se le exige el cumplimiento de la condena, si perdía se le concedía al deudor treinta días para pagar, si no lo hacía el acreedor tomaba al deudor y lo podía tener en semiesclavitud durante sesenta días en sus propiedades y transcurrido el tiempo si no pagaba se le podía llevar *trans Tiberim* (*Trans Tiberim*) y venderlo, con lo que se cobraba la deuda. (*Legis actio per manus iniunctionem*).

b) Derecho de Familia: (Tabla IV)

Basado en una regulación consuetudinaria, el padre (páter potestas) garantizaba la unidad de la familia por lazos de poder. Había dos formas diferentes de acordar la celebración de la ceremonia de matrimonio de una mujer:

- *Cum manu*: la mujer quedaba bajo la potestad del marido y pasaba a formar parte de la familia de este.
- *Sine manu*: la mujer continuaba bajo la potestad de su páter a pesar de haber contraído matrimonio.

Estas formas de matrimonio obedecían a la normativa que regía la concesión de las dotes. La mujer nunca fue considerada ciudadana romana, en cuanto a su dependencia constante de algún varón, padre, marido o tutor. Nunca existió una *mater potestas*. La sociedad romana es claramente patriarcal. Se regulaba el divorcio, la tutela la posibilidad de dar muerte a los hijos monstruosos.

Tabla IV: Se refiere al derecho de familia, patria potestad consignándose solo unas especificaciones. El páter tenía derecho de vida o muerte sobre sus hijos, así como de venderlos. Limitaba ya al padre que si vendía tres veces al hijo perdía la potestad sobre este que ganaba el *Sui iuris* o independencia. En esta Tabla se habla también del divorcio.

c) Derecho de herencia y sucesiones: (Tabla)

Las sucesiones podían ser testadas o intestadas.

Tabla V: Habla de la herencia, del derecho sucesorio y de la incapacidad de un hijo, con lo cual se le nombraba un tutor o *curador o curatela* para ocuparse de él.

Respecto a la herencia, si había testamento se respetaba pero en el caso de no haberlo los primeros herederos eran *heredes Siu* los unidos al páter, luego los *agnados* y por último *las Gens* que tenían algún nexo con las familias.

d) Derecho de propiedad o de cosas: (Tablas VI y VII)

La ley distingue entre propiedad y posesión. La posesión es la tenencia de una cosa. La propiedad es la titularidad con todos los atributos sobre la cosa.

En principio en Roma solo podía ostentarse la propiedad de determinadas cosas, relacionadas en su mayoría con fincas, aperos (útiles labranza) y animales. El *heredium* lo constituye la casa y el huerto.

Al expansionarse Roma mediante batallas, los terrenos ganados eran acaparados por los patricios o bien arrendados a las familias, en cuyo caso la propiedad era del Estado.

El derecho de vecindad era muy respetado, como correspondía a una sociedad rural. Entre fincas se creaban caminos de servidumbre de paso, llamados *limes*, que debían tener una anchura mínima de 5 pies. Había que respetar las fincas que estaban a distintas alturas, debiendo recanalizar el agua para impedir el anegamiento de las más bajas.

Había una diferencia entre los dos tipos de cosas:

1 La *res Mancipi* que eran los animales de tiro, instrumentos, aperos de labranza, esclavos y servidumbre, llevaba un formulario más rígido para su compraventa. Si no se cumplía la formalidad incluso podía ser objeto de reivindicación por parte del vendedor. Aparece la propiedad *pretoria* que se regula mediante el *actio* y el *exceptio* para evitar las injustas situaciones a que daba lugar esa norma. (Contra una *actio* se imponía una *exceptio* y contra una *exceptio* una *replicatio*).

2 La *res nec Mancipi* que eran las demás cosas, (se regulaba de forma sencilla: no tiene ninguna formalidad para acceder a la propiedad, era la *traditio*).

e) Derecho Penal: (Tablas VIII, IX, X y XI)

En la Ley de las XII Tablas el Derecho Penal tenía un carácter fundamentalmente privado, ya que el Estado solo intervenía en el caso de *crimina publica* (sedición o alta traición). Todos los demás delitos eran castigados privadamente. Estaba basado en dos principios fundamentales:

1. **Principio de la Ley del Talión:** En esta ley la ofensa y la venganza tenían que estar proporcionadas. Una vez cometido el delito la parte afectada podía vengarse. Esto lo hacía el afectado directamente o bien la familia se encargaba de cumplir la venganza.
2. **Principio de la composición:** Era una especie de indemnización que tenía que pagar el que había cometido el delito al afectado o a la familia. Se podía pagar en dinero, tierra, ganado, aperos de labranza o esclavos. Se distinguía entre homicidio voluntario y homicidio casual. En cuanto al primero se admitía la venganza privada. Quedaba en manos de la familia el aceptar o no la composición. El Estado poco regulaba. Era un

acuerdo por celebrar entre ambas familias. En el homicidio casual entra la composición. A la vez, para satisfacer a los dioses se hace un sacrificio de un animal (macho cabrío).

Se distinguía también entre *hurto manifestum* y *hurto nec manifestum*. Si el ladrón era cogido en el acto delictivo y había algún testigo o se le buscaba inmediatamente se le podía incluso matar. En el *nec manifestum* había que demostrar la culpabilidad del acusado. Estaban penados los robos relacionados con las cosas dependientes de la agricultura, como aperos de labranza, animales, etc. También se tenía en cuenta la nocturnidad. La familia era el núcleo en el que se administraba la mayor parte del Derecho penal. No podía proteger a uno de sus miembros que haya cometido delito. La aplicación del derecho había que realizarla dentro de la ciudad, así al reo le quedaba la opción de huir fuera de este ámbito.

f) Derecho Público: (Tabla XII)

Derecho de Obligaciones: En el Derecho romano arcaico los conceptos débito y responsabilidad se encuentran separados. Por ello, era imprescindible un acto formal generador de responsabilidad, para esta finalidad servía el *nexum*.

Nexum. Autopignoración del deudor al acreedor de modo que se adquiere un derecho de ejecución sobre el cuerpo del deudor. Si el deudor no cumplía sus obligaciones el acreedor lo podía vender *Trans Tiberim* o en caso de tratarse de varios acreedores, podían matar al deudor y repartirse su cuerpo (*partes secanto*).

Derecho funerario: Ley destinada a limitar el lujo y excesos de pompa en los ritos funerarios. Se crea también una policía mortuoria para evitar las incineraciones o inhumaciones de cadáveres dentro del recinto de Roma. Lo que se logró con la Ley de las XII Tablas fue la universalización del Derecho.

3.5. Análisis sobre la autenticidad de la Ley de las XII Tablas

Es conveniente realizar un análisis crítico a la tradición sobre la autenticidad de la Ley de las XII Tablas. La autenticidad de la ley ha creado grandes controversias y polémicas entre los más ilustres estudiosos, pero la indagación arqueológica y las pruebas históricas han verificado pruebas suficientes, para aseverar su existencia histórica fuera de lo legendario y anecdótico. Existieron tres controversias al respecto:

- La **primera controversia:** se establece que en el año 450 a.C. no estaba reconocido el *tribuno de la plebe*. La leyenda da dos motivos para la creación de estas XII Tablas:
- La sublevación de la plebe que reivindicaba la venta *Trans Tiberim*.
- La imposibilidad entre matrimonios de patricios con plebeyos.

Sin embargo, la ley de las XII Tablas no reconocía ninguna de estas reglas y no logra nada de lo anteriormente expuesto. Sí se logra la reivindicación del derecho escrito algo con lo que están de acuerdo los patricios y como motivo principal pedían la equiparación de las dos clases (*patricios y plebeyos*).

- La **segunda controversia:** está en el procedimiento y quienes redactaron las Tablas. Primero hablando de los embajadores que fueron a Grecia. Según Eugene Petit en su obra *Tratado elemental de Derecho Romano*, nos dice que existió tal embajada y se basa en que existió semejanza entre las leyes griegas y latinas y que los testimonios de los historiadores fueron muy precisos y no van a ser inventados, también se refiere que en Roma se levantó una estatua a Hermodoro, desterrado

de Éfeso quien tomó parte importante de la confección de las Tablas y las trae de Grecia y posteriormente Plinio manifiesta haber conocido la ubicación de dicha estatua en su época.

Otros, sin embargo, dicen que no, porque Roma no mantenía ninguna relación con los países limítrofes y que la semejanza es por la vivencia de esa época.

En el segundo decenvirato parece ser que fue imposible que los plebeyos la integraran. Parece que la creación de este segundo decenvirato era para desprestigiar a la familia de los *Claudio* y esto se le atribuye a Fabio Pitor.

- La **tercera controversia**: está en la época de su creación; la leyenda dice que en el año 451 a.C. Las leyes recogen la venta del deudor transtíber con lo cual se deduce que las Tablas tuvieron que surgir antes del 395 a.C. Se castiga en las leyes, las artes mágicas y se reprime el lujo funerario. La I, II y III Tablas se refieren al procedimiento judicial, son de Derecho procesal.
- Es necesario reconocer que ciertas reglas tienen huellas de un rigor excesivo, considerándose que las dos últimas Tablas contenían leyes carentes de equidad.

4. FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA

4.1. El *lus Quiritium*

Representa el antecedente del *lus Civile*, con la expresión *quiritium* se alude a una clase de ciudadanos, los *quirites*, los más privilegiados en Roma. El *lus Quiritium* en sus orígenes fue en efecto Derecho de los Quirites patricios pero paralelamente a la evolución de la *Civitas Quiritaria* en *Civitas Democrática* se produjo también la progresiva evolución del *lus Quiritium* en su primitivo significado hasta llegar a convertirse en el *lus Civile Romanorum*, esto es en el Derecho Civil de toda la comunidad romana.

No obstante, la interpretación del *lus 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 las *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 a. C.

4.2 Las XII Tablas

Las XII Tablas no representan un código en el sentido moderno del término, puesto que no recogen íntegramente todo el sistema jurídico y solo contemplan ciertas instituciones fundamentales.

Las tres primeras Tablas se refieren al proceso, la defensa de los derechos particulares se realiza mediante un acto de parte que es la *actio* y así del primitivo sistema de autodefensa privada, paulatinamente se pasó a un sistema de proceso estatal y público.

Las XII Tablas imponen al demandado el deber de asistir al juicio ante la llamada del demandante y ambas partes formulan sus alegaciones rituales con sujeción a los ritos determinados por el colegio de pontífices.

Las XII Tablas contempla fundamentalmente tres *Legis Actio* (tres acciones de ley).

1. **Legis actio sacramento**: (acción de ley de juramento) Es un modo procesal declarativo muy vinculado con las ideas religiosas.

2. **Legis actio per manus iniunctionem:** Es la acción de ley a través de la toma de posesión que ejecutaba el acreedor sobre el deudor insolvente vencido en juicio y que supone un apoderamiento solemne por parte del acreedor de la persona del deudor, pudiendo el acreedor después de exponer al deudor durante tres mercados consecutivos, sin que interviniese un *vinaex* (responde por el deudor) que pagara por el deudor liberándolo, el acreedor podía vender al deudor como esclavo o matarlo.
3. **Legis actio iudicis arbitriue postulationem:** La acción de ley a través de la postulación/ apelación de juez o de árbitro. Por virtud de esta se hacen exigibles *ex lege* las promesas verbales entre las partes, correspondiendo resolver a un *iudex* (juez), libremente elegido por las partes. Una vez expuestas sus pretensiones en presencia de testigos. Esta última ley *actio* presupone una clara desvinculación del proceso de las ideas religiosas.

En materia de familia las XII Tablas contemplan la institución de la patria potestad que alcanzaba hasta el *ius vitae et necis*, es decir, hasta el derecho de vida y muerte sobre el hijo. No obstante, esta patria potestad cesaba, quedando emancipado el hijo tras de la tercera venta del hijo por el padre.

Con respecto al matrimonio, una forma de divorcio la constituye la *usurpatio trinoctii*, la mujer que se ausentase tres noches seguidas del domicilio conyugal, interrumpe el *usus* y evita a la *manus* del marido.

La sucesión se reguló de manera diferente según las clases de bienes, así respecto de la familia, que son los bienes inmuebles de importancia colectiva, si el *pater* fallecía sin testamento y sin *sui heredes* (herederos propios), en la familia sucedían los *agnados*. En cambio respecto de la *pecunia* (bienes muebles de escaso valor) el *pater* tenía libertad para disponer de ella, incluso en favor de una persona ajena al grupo familiar. También se contempla la tutela de los hijos *impúberes* y la *curatela* del *pater furiosus*.

La Tabla VI contempla dos negocios jurídicos: el *nexum*, primitiva forma de obligación y la *mancipatio* modo solemne de adquirir las cosas.

Las XII Tablas regulan también la *usucapio* (prescripción adquisitiva). Consiste en la adquisición de la propiedad de las cosas por su posesión continuada durante dos años para los bienes inmuebles y un año para los restantes. Esta institución de la *usucapio*, no obstante no se aplicó a los peregrinos, es decir, a los extranjeros que comerciaban con los romanos, los cuales nunca llegaron a consolidar su adquisición.

Las Tablas VII y IX tratan de los delitos y del procedimiento criminal y se acogen como sanciones de los delitos, la sanción pecuniaria que el delincuente debe entregar a la víctima y la ley del Talión.

Únicamente se tipifican los delitos dolosos (intencionados) que son aquellos en que el delincuente tiene intención o voluntad deliberada de lograr un resultado antijurídico.

Con respecto al delito de homicidio la opinión dominante estima que la sanción que contempla la ley de las XII Tablas es la misma propuesta por el rey *Numa Pompilius*, es decir, que el homicida sea igualmente muerto.

En relación al *Furtum*, que es el apoderamiento de cosa ajena contra la voluntad de su dueño. Si este era flagrante, es decir, si el ladrón era sorprendido en el acto de robar, y

además el robo se había realizado con nocturnidad, dicho ladrón podía ser matado por el propio robado. Si el robo era de día también podía matarlo el robado, siempre que el ladrón intentase defenderse con armas. En cuanto al robo no flagrante, se penaba con el pago de una suma doble al valor de lo robado.

Las XII Tablas establecieron por vez primera una Constitución estable para toda la comunidad. Proporcionaron además un conjunto de reglas escritas, conocidas por todos que eliminaron la incerteza de la interpretación patricia de los *mores maiorum* y sancionaron las reglas *abrogación* (denegación de las leyes anteriores por las posteriores) y que las leyes deben ser generales para todos y no limitadas en su aplicación a un particular.

A partir de la Ley de las XII Tablas existieron dos fuentes principales en la evolución del Derecho que fueron: Los pontífices y las votadas por las Asambleas Populares.

4.3. El Colegio Pontifical

Agrupación de origen religioso presidida por el *Sumo Pontífice* quien era el encargado de la custodia de los formularios procesales y negociables, que eran secretos. Fue importante la labor de los pontífices en la adaptación de las leyes antiguas a la vida moderna, interpretando normas de forma que se acoplara a la necesidad del momento. Cada caso concreto era objeto de tratamiento; siendo decisivo, a efectos de la ley.

En esta etapa de la historia jurídica romana, ya existieron verdaderas fuentes formales de Derecho. La costumbre sigue existiendo al igual que en el período anterior, pero, por otro lado ya contamos con la presencia de la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia.

4.4. Las leyes votadas en asambleas populares

En Roma no existió la división de poderes como la que hoy tenemos. Las Leyes no eran el único vehículo del Derecho. El carácter de Ley Romana no era de tipo general, sino coyuntural, dada para casos concretos.

La Ley abstracta como la conocemos no es la de Roma: Las leyes que se crean son para casos concretos y su aplicación posterior depende del criterio de quien la aplique.

La Ley de las XII Tablas son las *Lex Datae* (Leyes Dadas) impuestas y no aprobadas por votación. A partir de ella, en la República, las leyes pasan a ser *Leges Rogatae* (Leyes Rogadas), que eran leyes propuestas para su aprobación a las Asambleas Populares, primero a los comicios centuriados y luego, a los Plebiscitos, los cuales, en principio obligan solo a la Plebe, pero después, a partir de la Ley Hortensia, se generalizan a todo el pueblo romano.

La Ley de las XII Tablas ya no es la única fuente del Derecho. A partir de las *Leyes Rogadas*, se dictan infinitas de ellas, cuya particularidad más significativa es su carácter concreto y coyuntural.

El cuerpo de la ley constaba de tres partes:

- 1ª Presentación o *praescriptio*: Figuraba el nombre del magistrado que la dictaba y la fecha de promulgación.
- 2ª Texto contenido o *rogatio*.
- 3ª La final *sanctio*.

En Roma la ley tenía que derogarse explícitamente. Por ello en cualquiera de ellas, había una disposición final que eximía del cumplimiento de leyes anteriores contradictorias con la promulgada.

Algunas de las leyes Rogatae más importantes son:

- *La Ley Hortensia*: Extiende la obligatoriedad de los plebiscitos a los patricios.
- *La Lex Poetilia Papiria*: Acaba con la esclavitud por las deudas.
- *La Lex Aquilia*: En la que se obliga a la indemnización económica por daños materiales entre ciudadanos.
- *La Lex Canuleia*: Suprime la prohibición de matrimonios mixtos. Con la Constitución de Caracalla se estableció otra diferenciación social:
- Según situación económica: *honestiores* (poderosos) y *humiliores* (humildes).
- Según creencias religiosas: cristianos y herejes.

4.5. Los plebiscitos

Los plebiscitos a partir de la *Ley Hortensia* (año 287 a.C.), se convierten en el órgano más importante en cuanto a jurisprudencia, de acuerdo con Gayo, plebiscito es todo aquello que la plebe ordena y establece. En un principio estas medidas solo eran obligatorias para los plebeyos, pero por disposición de la Ley Hortensia se declaraban obligatorias para todos los ciudadanos, adquiriendo así el carácter de ley. Los plebiscitos pueden distinguirse de las leyes en cuanto a la manera en que se citan unos y otras, a los plebiscitos se les designa con el nombre del tribuno que efectuó la propuesta, por ejemplo *Lex Aquilia*, mientras que las leyes se las conoce por los nombres de ambos cónsules, el proponente y su colega, ejemplo *Lex Poetelia Papiria*; en tanto que los comicios centuriados van cada vez decayendo, reuniéndose menos veces y dictando menor número de leyes.

4.6. Los senadoconsultos

Es toda medida legislativa emitida por el senado, sin embargo su carácter no era este en un principio, ya que durante su primera etapa consistía en simples consejos dirigidos a diversos tipos de magistrados muy estimados y tomados en cuenta debido a que provenían del cuerpo senatorial. Con el transcurso del tiempo, la labor del senado fue tornándose cada vez más legislativa, en especial al finalizar la república cuando se dictan normas para reglamentar determinadas situaciones, sobre todo de carácter administrativo.

4.7. Edicto de los magistrados

Al referirnos a los magistrados en este caso lo hacemos en relación con aquellos cuya misión era administrar justicia, los pretores y ediles en la ciudad de Roma y los gobernadores en las provincias.

Cuando uno de estos magistrados entraba en funciones generalmente por el término de un año, era usual que publicase un edicto, es decir una especie de programa en el que se exponía la forma en que iba a desarrollar su magistratura

De esta manera, al aplicar el derecho de acuerdo con las situaciones que se iban presentando, los magistrados creaban derecho al administrar justicia, aplicaban el Derecho Civil, pero también lo complementaban cuando así se requería (*iuris civilis supplendi*), y finalmente si era necesario corregían el propio Derecho Civil (*iuris civilis corrigendi causa*).

Este derecho creado por los magistrados se llama Derecho honorario (*ius honorarium*), que no constituyó un cuerpo cerrado frente al Derecho Civil, con el que solo excepcionalmente se contraponen, como en el caso de la propiedad o de la herencia, en donde existe incluso una doble reglamentación.

El Derecho honorario en la mayoría de los casos, se limitó a ayudar, complementar o corregir el Derecho Civil, partiendo de él para conformar juntos un todo armónico que es el sistema jurídico romano.

4.8. La jurisprudencia

Son opiniones emitidas por los jurisconsultos sobre diversas cuestiones que se les planteaba, ya fuesen presentadas por particulares o por los propios magistrados. Fueron los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgan este carácter doctrinal.

Los primeros jurisconsultos fueron los sacerdotes y de ellos los pontífices, quienes además de tener el monopolio de las fórmulas procesales, se dedicaron a interpretar el Derecho, fijando el contenido y alcance de la Ley de las XII Tablas.

Paulatinamente la función jurisprudencial fue dividiéndose, esto es de religiosa (pontifical), se convirtió en laica. En este proceso podemos señalar tres grandes momentos:

- a) **Cneo Flavio**, secretario de un sacerdote publicó las fórmulas procesales (*ius flavianum*), en el año 304 a.C.
- b) **Tiberio Concurcanio**, que fue el primer Pontífice plebeyo, 50 años más tarde en el año 254 a.C. comenzó a dar consultas públicas sobre materia de derecho.
- c) **Sexto Elio Peto**, en el año 204 a.C., publicó su *Tripertita*, obra en tres libros, que constituye el primer trabajo sistemático de derecho y se refiere a las XII Tablas y su interpretación a las formas procesales, así el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo público.

Los jurisconsultos romanos cumplían con varias funciones:

1. **Respondere**, que consistía en dar consultas verbales sobre casos prácticos.
2. **Cavere**, que se dedicaba a redactar documentos jurídicos.
3. **Agere**, dedicado a asistir a las partes durante el litigio.
4. **Scribere**, consistía en elaborar obras doctrinales de derecho, además de la labor docente que también desempeñaban.

Durante esta época encontramos ya a grandes jurisconsultos; Quinto Mucio Escevola, es el primero que realizó una compilación del derecho de la época, en su obra *Ius Civile* de 18 libros, Aquilio Galo, alumno del anterior quien escribió numerosas obras y Servio Sulpicio, el primer comentarista de los edictos del pretor.

5. APOGEO Y CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA

5.1. La ascensión de Roma a potencia universal

La historia de Roma es, en su comienzo la de la incorporación de aldeas del *Lacio* a un núcleo común, lo que da lugar a la Roma *Ciudad-Estado*. La unificación de la Península Itálica (265 a.C.) en que Roma sale de Italia para cruzar a África y llegar en Europa a España. Durante el siguiente medio siglo, las campañas de guerras y conquistas y los tratados con otros pueblos la llevan hasta el Éufrates y el Mar Negro y la convierten en la dueña del mundo conocido en la época.

Según el historiador romano *Polivio*, el poder que llegó a alcanzar Roma se debió al equilibrio entre los tres poderes fundamentales:

- Autocrático de los Cónsules,
- Aristocrático del Senado, y
- Democrático del pueblo.

Este equilibrio en su política interior le dio la necesaria estabilidad como para poder volcarse en su política de expansión. Parece ser que esta expansión no fue consecuencia de una política imperialista, sino que, al principio es la defensa del territorio de otros pueblos invasores, y, luego la de los territorios conquistados, lo que obliga a Roma a las guerras de expansión.

El lema *divide y vencerás (divide et impera)*, lo lleva a destruir posibles futuros enemigos haciendo que la expansión fuera creando súbditos a los que dejan prácticamente sin administración propia y sin religiones, con lo que la tolerancia se veía compensada con los impuestos y tributos que le pagaban. Comercio y riqueza hicieron de la metrópolis la primera potencia mundial.

Aparece la clase nueva de los *equites*, como consecuencia de la riqueza comercial a modo de rica burguesía asimilada a la clase patricia.

5.2. La administración del territorio romano

La organización de Roma se basa en la contraposición de *Civitas* y *Regnum*.

Las Civitas son Estado-ciudad, comunidad de ciudadanos dentro de un recinto geográfico amurallado, para la defensa de la invasión exterior. Los ciudadanos participan en las tareas de gobierno. Por tanto, en las *Civitas* el ciudadano mantiene un estatus de libertad no de súbdito.

El *Regnumes* de un estado territorial en el que habitan súbditos sometidos al poder y a la autoridad de un soberano.

Roma se inicia como *Regnum* que deriva en *República* y que en su época significativa se constituye en *civitas* (ciudad-Estado).

La expansión de Roma obliga a organizarse en la combinación de tres sistemas:

- 1º. **Sistema de Incorporación:** El territorio inicial de Roma ciudad-estado es lo que se llama *ager romano*. Dentro de este territorio, sus habitantes tienen la categoría de ciudadanos. Este es el régimen que Roma aplica en general, a los pueblos de la península itálica.

Existieron cuatro modelos:

- a) El Estado–Ciudad soberano: Roma.
- b) *Municipia*: Fueron ciudades incorporadas a Roma pero que alguna vez fueron independientes. Sus habitantes pasaban de *peregrini* a gozar del estatuto de ciudadano, aunque no en todos los casos la ciudadanía era absoluta. Poseían todos los derechos en cuanto al derecho privado (*cives sine suffragio*) y algunos gozaban de derechos públicos como la emisión de voto (*optima iure*). A partir del 384 a.C. Roma concedería la dignidad de *Civitas* a nuevas comunidades, así como ciertos derechos a los habitantes de aquellas ciudades que eran *municipes* respecto de Roma. No todos los *municipios* gozaron de los mismos derechos y así podemos distinguir entre:

- *Civitates sine suffragio*: eran aquellas en que los ciudadanos no podían votar, es decir, carecían del *ius suffragii*, ni tampoco ser elegidos para las magistraturas romanas, es decir, el *ius Honorum*. La incorporación municipal tenía lugar en base a un acto unilateral de Roma posterior a una *deditio*, es decir, una rendición incondicional a Roma la cual unilateralmente fija el ordenamiento local en base a una *lex*, un *senadoconsulto*, un plebiscito o un decreto.
 - *Civitates optimo iure*: gozaban del *ius Suffragii* y del *ius Honorum* y en las que la incorporación municipal se realizaba en virtud de un *foedus* o bien de una *Lex institutiva municipal* que les concedía la plena ciudadanía.
 - Conservaban en principio sus propias leyes, tenían una cierta jurisdicción y sus propios magistrados locales, los cuales no obstante por carecer de *Imperium* no podían tener litigios de elevada cuantía ni de cuestiones penales graves cuya competencia solo podía corresponder al *Praetor Urbanus* de Roma.
 - Ambas modalidades de *civitates* estaban obligadas respecto de Roma a los *Munera* que era la prestación de diversos servicios militares y tributarios. Después de la concesión de la ciudadanía romana a los socios itálicos, a partir del 90 a.C., se aprecia una tendencia clara a la uniformidad de la organización municipal que culmina con César con su *Lex Iulia Municipalis* del 45 a.C.
- c) *Colonias*: Eran asentamientos de ciudadanos romanos colocados en puntos estratégicos para la dominación romana. Solían ubicarse en zonas costeras, a base de grupos de 300 personas. Su autonomía administrativa era muy limitada, aunque su ciudadanía era absoluta. La deducción o fundación de una colonia representa desde el punto de vista jurídico un acto de disposición del Estado romano, normalmente un plebiscito autorizado por el Senado y por cuya virtud se nombraba un Colegio de Magistrados los Triunviros a quienes se autorizaba para dar a la nueva colectividad su propia constitución ciudadana que era la *Lex Coloniae*, fijar su territorio, el número de colonos así como la distribución y asignación del *Ager*. Las colonias fundadas por Roma se distinguieron por lo siguiente:
- *Coloniae Quiritium* o *Civium Romanorum*: Estaban constituidas por 300 ciudadanos a cada uno de los cuales se les asignaban en propiedad un pequeño lote de terreno generalmente de dos a cinco *lugera* su consideración era de ciudadanos romanos *optimo iure* conservaban su plena ciudadanía y aunque en un principio estaban casi privados de autonomía local, adquirían después cierta autonomía jurisdiccional y administrativa.
 - *Coloniae Latinae*: Se fundaban con un mayor número de colonos que las romanas, tenían de 2000 a 6000 colonos. El *status* de colono latino fue progresivamente aproximándose al *status* de los ciudadanos romanos en lo referente a la capacidad de Derecho Privado, es decir, en cuanto al *comercium* y al *Connubium*, matrimonio. En definitiva las colonias constituyeron un medio importante para lograr la unificación nacional de la Península Itálica y después de la fundación de las colonias de Ultramar constituyeron estos un eficaz instrumento para la romanización del Mediterráneo.
- d) *Fora Et Conciliabula Civium Romanorum*: Eran lugares de reunión de ciudadanos romanos, en mercados y en cruces de camino.

2º Sistema de Federación (Socii): Roma celebraba tratados con otros pueblos, bien en pie de igualdad, o como dominación. En el primer caso, los nuevos habitantes se incorporaban como ciudadanos. En el segundo, los ciudadanos en caso de que fueran tales podían tener limitaciones en sus derechos. Ejemplo: carecer del derecho a voto.

- De esta forma Roma fue anexando pueblos federados, que conservaron sus formas administrativas y sus usos.
- Básicamente, esta fue la forma administrativa que tomaron los pueblos colindantes.

Los Socii, eran pueblos aliados de Roma mediante tratados llamados foedus. Tenían territorio propio, derecho propio y administración particular, dependiendo si el foedum era en pie de igualdad con Roma (foedus aequum) o de desigualdad (foedus iniquum).

Entre los Socii, ocuparon una posición especial por su relevancia los *socii Latini* y, entre ellos se distinguen:

- *Latini prisca*, que eran ciudadanos del mismo tronco étnico que los romanos y que siempre combatieron a su lado.
- *Latini coloniarii*, que eran los habitantes de antiguas colonias latinas fundadas por Roma.

Su administración gozaba de mayor autonomía que la de las colonias fundadas por los propios romanos, aunque su población no tenía estatus de ciudadano romano.

A comienzos de la República Roma constituye una más de las 30 ciudades integrantes del *Nomen Latinum*, relación esta de tipo religioso y político que según Tito Livio inicialmente estuvo dirigido por Alba Longa, una ciudad, y tras la destrucción de esta en tiempos de Tulio Hostilio sería dirigida por Roma.

Tras de la caída de la monarquía etrusca se forma una nueva liga con exclusión de Roma y comienza un período de guerras entre Roma y las ciudades de la liga que finaliza con la estipulación en el año 493 a.C. del *Foedus Cassianum* tratado este que tomado representa un *Foedus Aequum* y que pone en posición de paridad a Roma y a la liga latina y por cuya virtud se constituye la federación del *Nomen Latinum* organizada bajo criterios federales, es decir, por una asamblea popular, comandantes militares para la dirección del ejército común y cultos comunes como el de la diosa Diana.

Con este *Foedus Aequum* cada ciudad seguía conservando su autonomía interna, su propia organización política y su propio Derecho. Esta situación persiste hasta el 338 a.C. en que después de la guerra latina y disuelta la liga latina por la victoria de Roma, esta asume una posición de hegemonía sobre Italia e impone duras limitaciones a las ciudades federadas que conservan su propia soberanía y jurisdicción pero que quedan políticamente sometidas a Roma.

Sin embargo la posición de los *latinii* que eran de estirpe común con Roma que estaban comprendidos de tres categorías:

- Los antiguos miembros de la federación del *Nomen Latinum*.
- Los habitantes de las colonias latinas fundadas por Roma.
- Antiguos esclavos manumitidos, la posición de estos latinos era de claro privilegio frente a los otros *Socii Italici*.

3º Sistema provincial

La conquista y anexión de territorios fuera de Italia llevó a la creación de provincias. El término provincia proviene de *Provincere* (para vencer) que fue en principio el conjunto de facultades que se daba a un general y luego, por extensión, se dio ese nombre al territorio conquistado.

Las provincias eran los territorios exteriores a la península itálica (norte de África, España, Galia, etc.). Los terrenos quedaban en propiedad de Roma y los habitantes, quedaron en situación de *peregrini dediticii* (extranjeros sin derechos).

En época posterior, se suaviza su situación de manera que en algunos casos se les concede una ciudadanía específica, con algunos derechos generales pero muy recortados. Se permite una organización administrativa propia, bajo la tutela de cónsules o gobernadores militares romanos.

Al conquistar Roma los territorios de las provincias, encuentra en ellos peculiaridades de tipo cultural, administrativo y religioso, etc., que les son propias a la población autóctona. Dado el estado de las comunicaciones de la época, se le dificulta a la metrópolis la correcta administración. Roma entonces concibe la posibilidad de poner al frente de cada una de ellas a una persona residente «*in situ*» y que tuviera *imperium* administrativo, jurídico, religioso y militar. Esta persona es lo que después sería el Gobernador. En principio esta figura es un Cónsul o un Pretor que, al terminar el año de su mandato, era destinado a las provincias. Por ello, adoptan el nombre de *Procónsul* o *Propraetor*. Además de *todo el imperium*, el gobernador tenía el *iurisdictio*, que le daba la potestad de administrar la justicia entre los ciudadanos romanos. La población autóctona no poseía la ciudadanía romana por lo que se le aplicaba una ley diferente, que era la *lus Gentium*: el Gobernador actuaba como juez.

El término provincia pasó a designar la esfera de competencia de un magistrado a significar con posterioridad el nuevo territorio conquistado sobre el que se impuso Roma, en cuanto a potencia vencedora. La provincia romana como una circunscripción administrativa que comprendía un grupo de civitates que estaban fuera de la federación Itálica y que era sometida a la autoridad de un gobernador provisto de *Imperium* y que también estaba sometida al pago de tributo a Roma.

El gobernador a cuyo mando confiaba la provincia era asistido de un *Quaestor* que era el encargado de las finanzas y de un *concilium* de *legados legati* los cuales eran nombrados por el Senado. El gobernador ostentaba el *Imperium Militae* con la limitación de la *provocatio adpopulum* y ejercitaba la jurisdicción civil entre los ciudadanos romanos entre sí y entre estos y los provinciales. No obstante, los provinciales podían siempre intentar contra el gobernador el *ludicum Repentendarum* objeto de obtener la restitución de los bienes indebidamente obtenidos.

La organización de cada provincia se establecía en una *Lex Provinciae* que era promulgada por el gobernador y confirmada por el senado de Roma en la cual se fijaban las condiciones tributarias y el régimen de las diversas civitates.

Los súbditos provinciales tenían la condición de *dediticii*, rendidos sin condiciones a Roma, con la consecuencia de la pérdida de su derecho y sumisión por tanto al gobernador enviado por Roma y al pago de un tributo.

Sobresalieron dos tipos de provincias:

- **Estipendiarias:** tal es el caso de las dos provincias de Hispania, la ulterior y la citerior, que fueron creadas en el 197 a.C. que gozaban de una mayor libertad y estaban sujetas al *Stipendium*, es decir, al pago por la colectividad a su conjunto del cobro de los gastos de la guerra.
- **Vectigales:** sometidas al *vectigal* que era una especie de canon de arrendamiento consistente en la décima parte del producto del suelo y que debían satisfacer los particulares poseedores del suelo provincial. Debían satisfacerlo a los *Publicani recaudadores*. Para ayudar al gobernador en sus tareas administrativas existen dos figuras diferentes:
 - *Questor:* Colaboraban dentro del campo administrativo y jurídico
 - *Legati:* Colaboradores en tareas de administración. Estos eran nombrados por el senado y fueron temporales o estables.

El principio de gratuidad de las Magistraturas romanas no se siguió en las provincias, el Gobernador recibía dietas: *el salarium* (dinero para la sal) y *el cibarium* (dinero para su alimentación). Además, lo que ocurrió fue que los poderes delegados en las provincias recaudaban tributos y se enriquecieron personalmente al punto de crear una clase muy rica, provocando al poco tiempo la crisis de las provincias.

5.3. Crisis de la República

Debido a las grandes batallas, especialmente la guerra con Aníbal el Cartaginés, el campesinado se va diezmando, ya que este es la espina dorsal del ejército romano.

En el año 133 a.C. el tribuno de la plebe *Tiberio Graco*, propone un plebiscito para limitar el *ager publicus* a unas 125 hectáreas aproximadamente y repartir el resto entre el proletariado romano, ya que se habían creado enormes latifundios propiedad de los nobles y cultivados por ingentes masas de esclavos.

La clase noble y el senado vetaron a *Tiberio Graco* por medio de otro plebiscito convocado por otro tribuno de la plebe, pero aquel no respetó el veto, trató de ser reelegido y es asesinado, con lo que se viola una importante *potesta la sacrosanctitas*. Esto ocasiona una grave reacción que obliga al senado a convocar un *senatusconsultum ultimum*, que concedía a los cónsules poderes extraordinarios para guardar el orden público lo que equivalía a un estado de excepción tenido por inconstitucional.

Otro tribuno de la plebe, *Cayo Graco*, hermano del anterior, quiso seguir la reforma agraria, incluso llegando más allá; pretendió conceder la ciudadanía a los aliados. Al querer ser reelegido como tribuno corrió la misma suerte que el hermano. Así fracasó la revolución de los Graco.

La decadencia del ejército termina por hacer inevitable tener que recurrir a los mercenarios (*Cayo Mario*). Pronto estalla la guerra con los otros pueblos itálicos para terminar otorgando a estos la ciudadanía romana. A la crisis de la República, pues, contribuyó decisivamente toda esta cadena de poderes extraordinarios que se dio a los cónsules y magistrados hasta culminar en el Principado.

Esta etapa histórica del Derecho romano, se inicia con el advenimiento de Augusto al poder, y finaliza con la proclamación de Diocleciano como emperador, es decir, del año 27 a.C. al 284 d.C.. Durante este período el poder supremo es compartido por el senado y por el príncipe o emperador.

En los órganos legislativos aparecen notables cambios: por un lado, la labor de los comicios se anula paulatinamente, pues las convocatorias para su reunión se espacian cada vez más, al punto que casi desaparecen; mientras el senado va absorbiendo sus facultades. Por otro lado, el emperador obtiene gradualmente mayor poder hasta llegar a reunir en su persona todos los cargos públicos, en consecuencia emite medidas legislativas que se conocen con el nombre de Constituciones Imperiales.

Se puede afirmar que con Augusto el Imperio alcanza su máximo esplendor en todos los aspectos, pero, al mismo tiempo se inicia su decadencia. En un principio, esta no es notoria y mucho menos aceptada por los romanos, sin embargo la declinación se refleja en la forma de vida del pueblo, así como en las medidas jurídicas que los gobernantes toman para controlar.

Jurídicamente será esta la época clásica del Derecho. Sus fuentes formales siguen siendo las mismas del período anterior, a las que se suman las Constituciones imperiales.

El emperador va concentrando el poder de legislar, en la medida en que esta facultad le es paulatinamente cedida por el Senado.

CAPÍTULO III

El Principado o Diarquía

1. LA FUNDACIÓN DEL ESTADO DE AUGUSTO

César había aspirado a que Roma se gobernase por un ordenamiento basado en el poder de César; la aristocracia senatorial se oponía a este. Sin embargo, César había sabido gobernar Roma dándole autoridad a las provincias y controlando a los latinos. César antes de morir adoptó a Octavio.

Octavio, nombrado cónsul, pretende hacer un orden constitucional republicano pero aun manteniendo la organización de la República, se mantiene para sí unos poderes que hacen languidecer a los órganos de la República, por eso el principado es un poder monárquico, con estructura de República. Parece una restauración de la democracia pero manteniendo un poder autocrático.

El problema más grave del principado es la legitimidad de este nuevo orden que pretende mantener Octavio. Él mismo, nos hace un relato en una obra autobiográfica, *Relato de las hazañas de Augusto* donde dice: «A la edad de 19 años enrolé por decisión propia y con dinero privado un ejército con el cual liberé a la Patria, que estaba oprimida por la dominación de la facción». Lo que quiere decir que él mismo se constituye en caudillo para salvar la patria en contra de Antonio. Al enrolar el ejército con su dinero y por su propia decisión, actúa *privato concilio*, con lo que va contra el orden legítimamente establecido. A pesar de ello, él dice que actúa como un príncipe de libertad y el pueblo no reacciona en contra de él, sino que le da su consenso (*consensus universorum*), porque es la única forma de acabar con el caos de la guerra civil. Esto es lo que le sirve de base para justificar su legitimidad en el poder, con lo que se proclama «caudillo con el consenso de todo el pueblo». Tanto es así que Cicerón llama «hombres buenos» a todos aquellos que estaban de acuerdo con Augusto.

Augusto dice en sus memorias que trata de evitar que Roma, con tanta inestabilidad, luchas internas y guerras externas vaya a ser destruida por cualquier potencia extranjera. Realmente lo que le importa de todo esto es, primero la victoria de Actio, luego la paz que se consigue y, por último, tras cuatro años de gobierno como dictador, el conseguir legitimar su situación privilegiada a base de entregar formalmente a la República los poderes extraordinarios y, por otra parte, conservar todos los poderes que habían sido propios de los cónsules, al tiempo que el Senado le otorga el título de Augusto, que viene a tener un matiz hasta religioso y que le confiere un prestigio de *excelso, honorable*. Pasa entonces a gobernar con *auctoritas* mayor que ninguna otra, pero sin ninguna *potestas* de nuevo cuño, sino con las existentes en las repúblicas. Por ello, su influencia sobre el Senado y las Asambleas es tanto que el gobierno sigue siendo republicano solo formalmente. Reúne en su persona tanto las *potestas* de los cónsules como la presidencia de los tribunos de la plebe.

Tanto es así que en su persona se reúnen los títulos siguientes:

- *César*: por ser hijo adoptivo de Julio César.
- *Imperator*: como generalísimo de los ejércitos.
- *Dux*: como caudillo.
- *Princeps*: por ser el primero entre los ciudadanos.
- *Augusto*: título que le concede el Senado.
- *Páter Patriae*: que le define como paternalista, padre de la patria.

2. LA ADMINISTRACIÓN EN EL NUEVO ESTADO

La situación creada por la existencia del principado al mismo tiempo que las instituciones republicanas dio lugar a una dualidad de la burocracia y en la administración estatal. Por un lado, subsistieron las instituciones republicanas: magistraturas, Senado y Asambleas, pero por otro el princeps reúne poderes inmensos en su *imperium proconsulare* y su *tribunitas potestas*.

Así, las antiguas provincias republicanas pasaron a llamarse senatoriales, en contraste con la de mayor importancia militar, que fueron provincias imperiales. Mientras que para organizar las primeras se siguieron nombrando *procónsules* y *propraetores*, para las segundas se nombraron funcionarios que a veces tenían rangos senatoriales (*legados propraetores de Augusto*), y otras pertenecían al estamento de los caballeros (*procuradores*). En Egipto gobernaba un caballero, prefecto de Alejandría y Egipto.

El antiguo *cursus honorum* republicano no solo sobrevive en la carrera senatorial. Los escalones se fueron multiplicando, para las cuales calificaba la obtención de magistraturas. La gran novedad sin embargo fue la creación de la carrera ecuestre que podía llevar a la carrera senatorial

o a elevados cargos, en cuya cima se encontraban la prefectura de pretorio.

Entre las funciones cuya gradación constituían las dos carreras, solo los sacerdocios y las magistraturas no compartían ni sueldo ni emolumentos, mientras que las más elevadas en la dignidad, los proconsulados eran retribuidos con un millón de sestercios.

Ciertos privilegios sociales consagraban el complejo de riqueza, de dedicación al interés común, de favor del príncipe y de influencia que representa la pertenencia a esos

dos órdenes. Todas las distinciones exteriores de la época de la república se perpetuaron: las bandas de púrpura, ancha o estrecha, sobre la túnica; el anillo de oro; el calzado especial para los senadores; los asientos reservados en los teatros y en los juegos.

En Roma surgió una fuerte burocracia. Los funcionarios de mayor rango eran los prefectos:

- Prefecto pretorio: jefe de la guardia personal del príncipe.
- Prefecto de vigilancia: jefe de policía.
- Prefecto de vehículo: jefe de correos y comunicaciones.
- Prefecto de raciones: jefe de abastecimiento.

Dos cancellerías, *ab epistulis* y *ab libellis*, cuidaban de la correspondencia del Príncipe, y un contable, *ab rationibus* de sus finanzas.

Además, existía un *concilium principis*, de funcionarios de rango elevado y de juristas que asesoraban al príncipe, (dictaban leyes y administraban justicia).

Teóricamente Octavio Augusto había entregado los poderes al pueblo simulando una República pero la realidad era que él ostentaba todos los poderes. Ante el problema de la sucesión de Augusto, se plantearon tres posibilidades:

1. Que el Senado nombrara sucesor. (La solución más propia de la República).
2. Que él designase un sucesor, posibilidad esta, que implicaba un principio dinástico desprestigiado en Roma.
3. Que el ejército designase sucesor, lo que implicaba la posibilidad de una guerra de facciones.

Augusto, al final propone sucesor al Senado y basándose en su absoluta influencia sobre este, es él, en definitiva, quien nombra a su propio heredero.

Augusto tiene una hija, Julia que casa en primeras nupcias con Agripa a quien adopta. A la muerte de Agripa, se casa con Tiberio con quien tiene dos hijos, Cayo y Lucio, que más tarde mueren, por lo que se cierra la vía de sucesión directa. Entonces Augusto nombra corregente a Tiberio y a la muerte de aquel este queda como regente, jurando fidelidad a las instituciones con lo que logra el apoyo del ejército y la investidura por el Senado, con lo que se convierte en *princeps*.

Las dinastías que hubo en esta época de Roma fueron: Desde Augusto a Nerón la familia de los Julio, Claudio, luego los Flavio seguidos por los Antoninos y los Severos. El último príncipe fue Alejandro Severo.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DEL PRINCIPADO

3.1. La contraposición *ius civile* - *ius gentium*

El Derecho *ius civile* está limitado a los ciudadanos romanos y a las relaciones entre ellos. En el 242 a.C. aparece el *praetor peregrinus*, para resolver conflictos entre los peregrini (extranjeros) al tiempo que el pretor romano aplica el *ius civile* (Derecho romano civil).

El Derecho que aplica el pretor peregrino es el *ius gentium*: especie de derecho internacional sobre peregrinos extranjeros no bárbaros. Este Derecho se va planteando

a medida que van apareciendo los conflictos y creándose las necesidades. Su cuerpo es más moldeable a las circunstancias que el del *ius civile*.

La forma de aplicación del *ius gentium* era: el interesado exponía su queja ante el pretor peregrino el cual, tras estudiar la fórmula a aplicar al caso se la traspasaba a un juez (*iudex*) quien por aplicación de la misma, resolvía. La redacción de la fórmula era la cuestión de derecho y pertenecía al pretor. El procedimiento formulario consta de dos fases:

- *in iure*: el afectado recurre al pretor, quien redacta la fórmula al caso (objeto del Derecho).
- *apud iudicem*: el pretor envía al iudex la fórmula, este la comprueba y luego se pronuncia sobre la cuestión o hecho.

Esto solo se aplicaba a los peregrinos y ocurre hasta el año 130 a.C. en que se dicta la *Lex Aebutia*. Esta ley permite a los ciudadanos romanos regirse por este procedimiento voluntariamente, a su elección ya que es mucho más sencillo.

Posteriormente, en el 17 a.C. se dicta la *Lex Julia* que establece la obligatoriedad del procedimiento para todos. Entran en desuso las *leges actiones* y se concreta un procedimiento típico, procedimiento formulario.

3.2. La contraposición *Ius Civile - Ius Honorarium*

El *ius civile* nace de las asambleas populares y del Senado.

El *ius honorarium* es el que es dado por los Magistrados, Cónsules o Pretores. Sus leyes son fundamentalmente, *Leges Datae* (leyes dictadas) que nacen con el propósito de ayudar, corregir o complementar el Derecho Civil;

Mientras que las del *ius civile* son *Leges Rogatae* (leyes propuestas y votadas por las Asambleas Populares y del Senado), basadas en las *mores maiorum* junto con la *interpretatio prudentium* de estas y la Ley de las XII Tablas.

Por el Derecho Civil habían unas fórmulas para la transmisión de las *res mancipi*, que si no se cumplimentaban no se otorgaba la propiedad a la persona que obtenía las cosas.

Entonces, para corregir esa injusticia, el pretor dicta la norma de Derecho Honorario: llama a esa propiedad, obtenida por una fórmula mal pronunciada, pero que no está robada, está *in bonis habere*, al no haber cumplido con la *mancipatio* no puede llamarsele propiedad, sino *bonorum possessione*, la posesión de los buenos a lo que protege y permite la posesión de esa cosa. será propiedad cuando la posea durante un año, si es un bien mueble o dos años si es inmueble, mediante la figura de la *usucapio*, entonces será propietario.

También, los cónsules promulgaban edictos cuando comenzaban su mandato, cuya duración era la del mismo mandato. El *Ius Honorarium* fue creado a base de edictos cuya recopilación originó un *Edicto Perpetuum* que se repetía. El *edicto* era un programa jurídico donde se establecía las directrices a seguir en el campo gubernativo y judicial.

Al César el Pretor, sus edictos se convertían en *edictum translativum*, por el mero hecho de ser adoptado por su sucesor. Además, ese mismo edicto se convertía en *edictum novum*, si se daban dos circunstancias:

- El sucesor copiaba al 100% el mismo edicto y añade alguna novedad.
- El sucesor copiaba el 95% el mismo edicto y el 5% restante lo modificaba.

Como consecuencia de la pérdida creadora de Derecho de esta práctica pretoria, en el año 130 d.C. el emperador Adriano encarga al jurista Salvio Juliano un edicto estable y permanente (*edictum Perpetuum*).

Edictum: Órdenes que emanaban de los magistrados con imperium en virtud *delius edicendi*. Se trataba de un programa que el magistrado seguiría durante su mandato y que comunicaba al pueblo para que este sepa a qué atenerse. Constaba de varias partes:

- *Edictum translatitium*: recogía disposiciones dictadas por magistrados que le precedían en el cargo; *pars nova*, en la que se incluían las novedades o reformas que el otro magistrado establecía.
- *Edicta repentina*: disposiciones que se añadían al edictum para salvar imprevistos.

3.3. La pluralidad de estratos jurídicos

Dado que las leyes no se derogaban, sino que se iban superponiendo, había una gran cantidad de normas en Roma. Cuando aparecía una nueva ley se dejaba de usar la vieja. Por ello, aunque la figura de la derogación no existía, el hecho de incumplir una ley anterior por cumplimentar la posterior que le contradecía, no podía ser objeto de castigo.

El cuerpo jurídico romano se forma en principio a base del Derecho Civil, complementado por el Derecho Honorario. Ambos perdieron fuerza legislativa en el momento en que aparece el Principado, ya que el príncipe va a dictar una serie de leyes que, a pesar de ser formalmente aprobadas por las asambleas y el Senado, la realidad es que eran impuestas por aquel. Este nuevo Derecho Imperial, se llamaba *Ius Novum*.

4. LA JURISPRUDENCIA ROMANA

El jurista romano era un ciudadano de clase noble, que en su casa y en el mundo ajetreado del foro, respondía a las preguntas de todos los que tenían necesidad de un consejo jurídico. También aconsejaba sobre negocios privados (compra de un fundo o dotes a hijas). El jurisconsulto no era un abogado ni un profesional del Derecho.

4.1. Los comienzos de la jurisprudencia romana

La íntima unión del Derecho con la religión en el mundo antiguo, hace que los pontífices se consideren como intérpretes supremos de las cosas divinas y humanas, por ello actuaban como juristas hasta el año 304 a.C.

Tres eran sus actividades principales:

- *Respondere*: Emitir dictámenes. (Respuesta)
- *Cavere*: Indicar a los particulares los esquemas o fórmulas que querían realizar (negocios concretos).
- *Agere*: Aconsejar a las partes en proceso sobre la acción a ejercitar.

Basado en el principio de gratuidad, los senadores hicieron una labor gratuita pero no desinteresada ya que va a repercutir directamente en su prestigio político.

4.2. La jurisprudencia clásica

Se denomina clásica a la etapa de máximo apogeo y esplendor de la jurisprudencia romana, que se considera «modelo». (Canon de expresión del pensamiento jurídico).

Alcanza su máximo prestigio en el período comprendido entre el año 130 a.C. al 230 d.C. coincidiendo con el período de crisis de la República y el Principado. La historia jurisprudencial comprende:

- *Primer período o período de formación.* Se le puede llamar también etapa helenística o etapa aristocrática de la jurisprudencia clásica; (130 a 30 a.C.) fecha de la *Lex Aebutia*, que coincide con la etapa final de crisis de la Constitución Republicana o preclásica, que elabora un original sistema jurisprudencial mediante una magistral aplicación de los métodos de la lógica y dialéctica griega.

La jurisprudencia no era fuente directa de creación de Derecho. Los juristas no dictaban normas que fueran obligatorias para quien se las pedía. Ejercían como intérpretes de las normas ya existentes y colaboraban con el pretor e intervenían en litigios.

- *El Derecho clásico,* se denomina a la etapa de máximo apogeo y esplendor de la jurisprudencia romana, que se considera modelo porque se basa en el momento de plenitud de una cultura que se identifica con la jurisprudencia que tuvo una fuerza creadora superior en el período del Principado.

El historiador inglés Edward Gibbon, del siglo XVIII, nos dice que la época de mayor apogeo de la ciencia del Derecho es el período que comienza con el nacimiento de Cicerón (102 a.C.) hasta la muerte del emperador Alejandro Severo, a mediados del siglo III de nuestra era, que él denomina «la época de oro de la jurisprudencia romana», porque aparecen en ella grandes juristas como *Sexto Elio Paeto Cato*, que publica su obra *Tripartitum*, otro gran jurisconsulto de esta época fue *Labeón* que con *Capitón* fueron jefes de las dos famosas escuelas, este primer período coincide con la etapa final de crisis de la constitución republicana.

En ella florece la jurisprudencia republicana o preclásica que elabora un sistema jurisprudencial, mediante una magistral aplicación de métodos de la lógica y la dialéctica griega. De esta época son también *Muscio Scévola* y *Servio Sulpicio Ruffo*.

En los primeros tiempos, la jurisprudencia republicana conserva los caracteres de los antiguos pontífices cuya labor, según Álvarez Suárez, tuvo una fuerza superior a la jurisprudencia del Principado. Los jurisconsultos siguen perteneciendo a la nobleza senatorial y patricia, y desempeñan las más importantes magistraturas. Incluso famosos autores de Derecho Civil son también pontífices como *Publio Muscio Scévola* y *Publio Lucio Craso*. *Publio Muscio Scévola*, *Bruto* y *Mario Manilio* se consideran, según *Pomponio* en el *Enchiridion*, los fundadores del Derecho Civil.

Lucio Craso era, según Cicerón, «el más elocuente de los jurisconsultos». De estos juristas el primero dejó diez obras, *Manilio* siete y *Bruto* tres. Pero el más famoso de todos ellos fue *Quinto Muscio Scévola* que según *Pomponio* fue el primero en sistematizar el Derecho Civil en una obra de dieciocho libros y en el Digesto dice que puede considerarse la obra fundamental de la jurisprudencia romana. Fue cónsul en el año 95 a. C. después fue Pontífice Máximo y gobernador de la provincia de Asia. Murió en el año 82 a. C. asesinado por los partidarios de Mario.

Entre los discípulos más importantes que tuvo se cita a *Lucio Balbo*, *Papirio* y sobre todo a *Aquilio Galo* a quien se atribuye la creación de la acción de dolo y de las cláusulas para la institución de hijos póstumos.

Los juristas que viven en los últimos años de la República, época de demagogia y violencia, proceden en su mayor parte de la clase de los caballeros, aunque siguen desempeñando altos cargos y magistraturas. De ellos se destaca *Servio Sulpicio Rufo*, que procede de una familia patricia aunque su padre pertenece a la clase ecuestre, fue cónsul en el año 51 a. C.; estudió dialéctica y retórica con *Apolonio Molón* de Rodas e inició su carrera como orador forense. Según su amigo Cicerón, fue el verdadero creador de la dialéctica jurídica; además fue el creador de la Escuela Serviana, sin embargo no se trataba de una escuela pública organizada sino de la asistencia de oyentes y auditores a las respuestas dadas por el jurista. Se le atribuyen como ciento ochenta libros pero solo se conocen los títulos de cuatro como las *Críticas a Quinto Murcio*, también escribió sobre Derecho Pretoriano, una obra de diecisiete tomos.

Tuvo varios discípulos entre los que podemos mencionar a *Aulo Ofilio*, *Alfeno Varo*, *Pacuvio Labeón*, padre de Labeón, Ofilio de la clase ecuestre y amigo de César, comentó el edicto en una obra más extensa que la de su maestro.

4.3. Escuelas jurídicas clásicas

El estudio del Derecho levantó cuestiones delicadas y en todos los tiempos dio lugar a disidencias entre los jurisconsultos romanos, bajo el reinado de Augusto, estas divergencias de opiniones, motivaron la formación de dos escuelas o sectas bien distintas: de los proculeyanos y de los sabinianos.

- a) *La Escuela proculeyana*: Fue fundada por el más grande jurista de la época: *Antistio Labeón*. Fue discípulo de Trebacio y ejerció el oficio de jurisprudente con toda dignidad. Desde el punto de vista político era un enemigo declarado de la autocracia imperial y fiel a las instituciones republicanas, rehúsa las dignidades que le ofreció Augusto y muestra en el dominio del derecho la misma independencia. Imbuido de los principios de la filosofía estoica, emplea en sus razonamientos una lógica inflexible, apegada al sentido de las palabras, y en averiguación de la etimología, sin preocuparse de la opinión de los antiguos, deduce rigurosamente sus soluciones de los principios, aún a riesgo de pasar por innovador. No aceptó cuando se le ofreció el consulado, pero se dedicó a escribir numerosos libros entre los que podemos citar *Comentarios al Edicto del Pretor* y su colección de respuestas que se conservan en el Digesto. Fueron discípulos de este eminente jurista los dos *Nervas* (padre e hijo) y *Próculo*, que dará su nombre a la escuela; también lo fueron los dos *Celsos*, el padre de la época de Domiciano y el hijo de la época de Trajano.

Los proculeyanos eran partidarios de la interpretación extensiva según la equidad, por lo que eran más bien innovadores.

- b) *La Escuela sabiniana*: fue fundada por *Ateyo Capiton* tuvo como jurista, muy poco relieve, fue el favorito del Emperador, fue colmado de honores por Augusto, es rebelde a las doctrinas filosóficas y partidario de la autoridad en derecho como en política, permanece fiel a las tradiciones de los jurisconsultos que le han precedido y se deja guiar por sus antecesores.

El jurista más importante de esta escuela es *Masurio Sabino* que dará su nombre a la escuela, es decir que fue el primer gran autor de esta escuela. De origen

humilde siempre tuvo gran escasez de recursos pero alcanzó gran prestigio público y como fue descendiente de *Cassio* el asesino de César la escuela también fue llamada Cassiana. Pertenecieron a ella *Celio Sabino*, *Javoleno Prisco* y *Salvio Juliano*.

Los sabinianos, sostenían la interpretación estricta, literal más bien tradicionalista, siendo reconocidos como conservadores.

La distinción de las dos escuelas se prolonga hasta mediados el siglo II de nuestra era, bajo Antonio el Piadoso, Pomponio. Por medio del Digesto y de este autor se ha podido conservar un fragmento importante de la historia del Derecho romano, por lo que es considerado como sabiniano igual que Gayo. Pero después de él se borra completamente la distinción y los grandes jurisconsultos que se suceden hasta la muerte de Alejandro Severo no pertenecen a ninguna escuela.

La oposición entre las escuelas no era clara en cuanto a fundamentos jurídicos. Si bien es cierto que diferían en sus conceptos también es cierto que miembros de una misma escuela discrepaban. Después de Salvio Juliano prácticamente desaparece la división de las escuelas. Ello se debió quizá al gran prestigio del gran jurista que zanjó viejas cuestiones y continuaron siendo clásicos en cuanto al método y a las soluciones.

Salvio Juliano fue un jurista del alto nivel, casi a la altura de Labeón; se le encomendaban altas misiones políticas, entre otros cargos fue dos veces cónsul, gobernador de la Germania Inferior, del Norte de España y de África. Perteneció al Consejo de Adriano, después al de Antonino Pío y Marco Aurelio. Fue el redactor del Edicto Perpetuo y de una obra *Digesto* de noventa libros que contiene respuestas y decisiones ordenadas por el sistema edictal.

Con el sistema de codificación del edicto de Salvio Juliano se va a iniciar un nuevo período de la jurisprudencia clásica. Importante característica de esta época es la vinculación de la jurisprudencia al Príncipe. La antigua práctica jurisprudencial de dar respuestas fue en cierto modo sometida al poder imperial que concedió a prestigiosos juristas la facultad de dar respuestas en nombre del Príncipe (*sus publicae respondendi ex auctoritate principis*). El propósito de Augusto al conceder este derecho sería que el jurista así distinguido tuviese una autoridad mayor que los demás juristas e influyese en los magistrados y jueces. Adriano distinguió a Masurio Sabino con ese derecho.

Los juristas de mayor prestigio pertenecieron a la clase de los caballeros y la mayoría de ellos fueron de origen provincial y sobre todo perteneciente a la mitad oriental del Imperio.

En la época de Adriano y Antonino Pío, destacaron Pomponio, Gayo, y poco después *Marcelo*, *Cervidio Scévola*, *Papiniano*, *Ulpiano*, *Paulo*, *Marciano* y *Modestino*.

- **Pomponio:** Fue contemporáneo de Salvio Juliano, aunque más joven que él. Fue un maestro de Derecho, representó el nuevo estilo enciclopédico ya que en sus tres comentarios al Edicto a Quinto Muscio y a Sabino, reunió toda la sabiduría de la Jurisprudencia anterior. Su obra más conocida es el discutido *Enchiridion*, manual elemental que ofrece la única historia de la jurisprudencia que se encuentra en la literatura jurídica clásica; sus biógrafos dicen que debe haberse inspirado en Cicerón.
- **Gayo:** Uno de los más destacados juristas de esa época. Probablemente fue un maestro de Derecho. Su obra más importante son las famosas *Instituciones* cuyo texto

conocemos gracias al descubrimiento realizado por Niebuhr de un Palimpsesto en 1816 en la biblioteca capitular de Verona. Otros fragmentos se han descubierto en 1927 en un papiro de mediados del siglo III y en un pergamino descubierto en Egipto en 1933. Fue traducida al castellano por Álvaro D'Ors (Madrid, 1943) y por Alfredo Di Pietro (Buenos Aires, 1967). Es un manual didáctico que ha tenido la mayor influencia en la compilación justiniana y en la sistemática del Derecho; en las Escuelas de Bérigo y Constantinopla, su método va a ser estudiado en la literatura didáctica y científica posterior. Gayo fue autor de varias obras, es digna de mención *Aurea* o *De res Cotidianae*. En su época debió de ser un jurista desconocido por no aparecer citado por sus contemporáneos.

- **Emilio Papiniano:** Originario de Siria, prefecto del pretorio en el año 203; ese cargo fue importante porque desde él, se dominaba en esa época la administración de justicia. Murió asesinado en el año 213 porque no quiso justificar el asesinato del emperador Caracalla, del corregente y de su hermano Geta. La posteridad lo consagró como el más grande jurista romano por su ingenio y por la profundidad de sus respuestas inspiradas en la justicia y en la equidad. Dentro de un estilo muy sobrio escribió *Responsa* (diecinueve libros), *Quaestiones* (treinta y siete libros) y *Definitionis* (dos libros). Se lo consideró el *Príncipe de la Justicia*.
- **Marcelo:** Fue miembro del Consejo en la época de Antonino Pío y Marco Aurelio. Fue autor de *Digesto* que consta de treinta y un libros así como de un libro de *Responsa*. Hizo un comentario sobre el oficio de los cónsules.
- **Paulo:** Fue discípulo de Scévola y trabajó como asesor de Papiniano, miembro del Consejo imperial, en la época de Severo y Caracalla y prefecto del Pretorio con Ulpiano, en la época de Alejandro Severo. Poseía un gran ingenio y es autor de numerosos escritos como por ejemplo los cinco libros de Sentencias de Paulo a su hijo. Publicó también veintitrés libros de Respuestas, veinticinco de Cuestiones y otros libros de comentarios al Edicto del Pretor. También es autor de los comentarios y notas a las Cuestiones y Respuestas de Papiniano.
- **Ulpiano:** Nacido en Tiro, Fenicia, fue como Paulo, asesor de Papiniano. Fue un autor muy prolífico: *Ad Edictum* (ochenta y tres libros) no solo respecto del Edicto del pretor Urbano sino también del Edicto de los Ediles en los dos últimos libros, un comentario *Ad Leguem Aquiliam*, otros comentarios y las Reglas. Es el jurista más citado en el Digesto de Justiniano. En los últimos años fue prefecto del Pretorio, pero habiéndose dedicado a la política, murió asesinado en el año 228 por los pretorianos. Tanto Paulo como Ulpiano fueron juristas muy significativos pero inferiores, en cuanto a la creación jurídica a Salvio Juliano y a Papiniano. Su importancia mayor fue la recopilación y el ordenamiento de todo el gran material clásico.
- **Modestino:** Fue el último de los juristas clásicos que merece citarse como tal, escribió en griego y en latín en forma simple y clara qué querían los maestros post clásicos. Escribió obras elementales destinadas a la enseñanza, unas Instituciones de diez libros.

Destacaron también en la época de los emperadores Severos: *Marciano*, *Calístrato* y *Trifonino*. Marciano escribió el texto *Instituciones* que consta de once libros. En el siglo III de nuestra era gozaron del *ju publicae respondendi*: Modestino, Paulo, Papiniano y Ulpiano. A Gayo se le otorgará a más de dos siglos después de su muerte por la Ley de la Citas, de Teodosio en el 426.

Después de estos juristas se produce en la segunda mitad del siglo III d.C. un desconcertante e imprevisto final de la jurisprudencia romana.

Los jurisconsultos escribieron varios géneros literarios:

- *Libri ad Sabinum*: Tratado de Derecho Civil. Se estudia con ellos a partir de que Masurio Sabino escribiese *Libri tre Derecho Civile*.
- *Libri ad Edictum*: Comentarios al Edicto del Pretor.
- *Colecciones de Casos prácticos*: Resolución de casos que se plantean reales o imaginarios. Se dividen en tres libros:
- *Responsa*: Colección de dictámenes dados realmente.
- *Questiones*: Dictámenes emitidos realmente unidos a casos hipotéticos planteados con fines didácticos o científicos.
- *Digesto*: Colecciones casuísticas que seguían la ordenación del edicto del pretor escritas por Celso y Juliano.

También están las que sirven para enseñar a los estudiantes de Derecho llamadas *Instituciones*.

5. FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN EL PRINCIPADO O DIARQUÍA

En esta época, la costumbre sigue siendo una fuente activa de Derecho no escrito, los jurisconsultos atestiguan su autoridad. En cuanto al Derecho escrito, el cambio en la forma de gobierno trae consigo modificaciones en el ejercicio del poder legislativo.

Aunque los emperadores estaban investidos de un poder absoluto, conservan durante los primeros años del imperio, la apariencia de las antiguas formas republicanas y hacen votar las leyes en los comicios, después de haber sometido los proyectos al Senado.

Los senadoconsultos adquieren importancia y fuerza legislativa en materia de Derecho Civil, cuando las asambleas del pueblo se redujeron y espaciaron, se contentaron con someter los proyectos de ley a la aprobación senatorial, este procedimiento encuentra alguna resistencia, y Gayo, nos enseña que la fuerza legal de los senadoconsultos fue desde luego negada. Sin duda por esta razón es por lo que durante el siglo I de nuestra era, el Senado no formula sus decisiones de una manera imperativa, se limita a emitir un dictamen, y apela la autoridad del pretor para asegurar la observancia. Citaremos como ejemplo los siguientes senadoconsultos: El S.C. *Valeyano*, que prohíbe a las mujeres obligarse por otro, el S.C. *Macedoniano*, que prohíbe prestar dinero a los hijos de familia. Esta incertidumbre desaparece en el siglo II y a partir de Adriano, hasta el reinado de Septimio Severo, los senadoconsultos reglamentan, con una autoridad que no es rechazada por ningún jurisconsulto, las materias del derecho privado. Tales son los S.C. *Tertuliano*, y *Orphiciano*, sobre las sucesiones *ab intestato*, el S.C. de Septimio Severo, *Oratio Severi*, sobre enajenación de los bienes de los pupilos y el S.C. de *Caracalla*, *Oratio Antonini*, sobre las donaciones entre esposos.

5.1. Legislación popular y senatorial en el principado

Al asumir *Augusto* el principado, después de la victoria sobre *Antonio*, intenta restablecer los aspectos formales de la República. Mantiene los órganos de gobierno de la República, como la Magistratura, que pasan a ser retribuidos.

Aparecen los Delegados de Gobierno, (*Prefecto Pretori*, *Prefecto Urbi*) además de las asambleas populares y el senado.

Hay que destacar las numerosas leyes que se dictan en este período, que la diferencian de la República: la legislación que se da es impresionante por su coherencia estructural. Entre otras, se dictan leyes para:

- Levantar la moralidad del matrimonio (*Lex Julia de adulteriis coercendis, de maritandis ordinibus, Lex Papia Popea nuptialis*), institución en decadencia.
- La represión de la violencia (*leges Iuliae de vi publica et privata*),
- Reformas de procesos (*Lex Julia iudiciaria*).
- Sobre manumisiones: (*Lex Fufia Caninia, Aelia Sentia y Junia Norbana*).

En principio, Augusto trata de mantener las instituciones republicanas, pero, a pesar de ello, es inevitable que la dualidad Principado-República termine con la decadencia de las Asambleas Populares. Estas Magistraturas van languideciendo de forma paulatina hasta que desaparecen, ya definitivamente en el Siglo I a.C.

Como contraste, al desaparecer estos órganos de gobierno, el senado aumenta sus funciones y actividades con los senadoconsultos, que se dictaban a petición de los magistrados, y que van a tener fuerza de Ley; esto aumenta la importancia del senado como órgano, aunque se encuentra enormemente influenciado por el príncipe ya que este tiene la facultad de proponer el dictado de un senadoconsulto, por *la auctoritas de una Oratio*.

Esto lleva a que en definitiva el senado coincida siempre en sus resoluciones con la voluntad del príncipe. Tal es la influencia de este, que llegado el siglo II d.C. los senadoconsultos comienzan a llamarse *Oratio Imperial*.

5.2. Las constituciones imperiales

En principio el Príncipe no tenía la función de asumir la tarea legislativa, pero va a dictar normas que, reunidas, se llaman *Las Constituciones Principis*. Según Gayo, al príncipe el poder le viene del pueblo. Por tanto, las *Constituciones Principis*, serán leyes. La heterogeneidad de las atribuciones del príncipe, que en definitiva le facultan para dictar las constituciones imperiales, se agrupa en cuatro categorías:

1. **Los edicta:** Son disposiciones similares a los edictos de los magistrados, o sea comunicaciones efectuadas de forma directa al pueblo, aunque los edictos del emperador no tuvieron carácter jurisdiccional y su contenido fue muy variado: podían aludir a asuntos de la administración provincial, a materia de derecho privado, a concesiones de ciudadanos, etc. Así por ejemplo la famosa *Constitución Antoniniana (Constitución de Caracalla)*, del año 212 d.C., que otorgó la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio, fue un edicto.

El príncipe tenía, como los magistrados, el *Ius Edicendi* pero a diferencia de ellos que cuyo mandato era de un año y sus resoluciones se extinguían con el mandato, los edictos del príncipe tenían vigencia de por vida (vitalicios). La Constitución de Caracalla concede la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (edicto de Antonio). A partir de aquí ya no hay diferencia entre el *Ius Civile* y el *Ius Honorarium*. El procedimiento formulario se aplicará con la misma consideración a todos, como ciudadanos romanos.

Los edictos de los magistrados, en un principio siguen revistiendo una gran importancia, pero con el tiempo, van siendo prácticamente repetitivos, debido a lo

cual en el año 30 y por orden del emperador *Adriano*, se publican en colección con el nombre de *Edicto Perpetuo*, también conocido como Edicto de Adriano o Edicto de *Salvio Juliano*. Este edicto fue elaborado por instrucciones del emperador que es una codificación del Derecho emitido por los pretores y que es conocida a través del *Digesto* de Justiniano.

2. **Los Decreta:** Son decisiones judiciales del príncipe como magistrado supremo en juicio: Podía ser elegido como juez por particulares para resolución de casos concretos. Mediante las Decretas, por su *Auctoritas*, estas resoluciones creaban jurisprudencia. Tienen rango superior y fuerza de Ley.
3. **Los Rescripta:** Eran las respuestas del príncipe a un funcionario o a un particular acerca de cuestiones de derecho que se le presentaban a consideración por el pueblo. Si la consulta era planteada por una personalidad o entidad de prestigio, el Príncipe respondía con una carta o *epistula*. En caso de que la consulta fuese hecha por otros ciudadanos, en el mismo documento hacía una anotación con la respuesta que más tarde se hace pública (proclama).
4. **Los Mandata:** En un principio, eran las instrucciones, de carácter interno que el Príncipe daba a los funcionarios. Más tarde tendrán carácter general.

Estas cuatro figuras del Derecho romano fueron reunidas bajo el nombre de *Constitutiones Principis*.

5.3. Derecho nacional y Derecho imperial

Roma se rige, hasta la Constitución Antoniana de Caracalla (212 d.C.) por el principio de la personalidad del Derecho: El ciudadano se rige por el *Ius Civile* y el extranjero por el *Ius Gentium*, en el Derecho clásico o Romano, toda vez que en el Derecho arcaico solo se conoce el *Ius Civile*.

A partir de la Constitución Antoniana, ya no tiene sentido hablar, al menos en teoría, de distinciones entre ambos tipos de Derecho. En la práctica no parece que esto funcionara así, ya que los pueblos indígenas opusieron resistencia. En los rescripta del emperador Diocleciano se ponen en evidencia las luchas entre Derecho Indígena y el Derecho Imperial.

El período que conocemos con el nombre de Imperio Absoluto o *Dominato*, en el cual todos los poderes se encuentran en manos del emperador, es una época de franca decadencia; abarca desde el inicio del reinado de Diocleciano en el año 284 d.C., hasta la caída de la ciudad de Roma, en el año 476 d.C. y el Imperio de Oriente hasta el año 1453, fecha en la que cae la ciudad de Constantinopla.

Este período corresponde, en cuanto a la historia del Derecho a la fase del derecho posclásico, que no es una fase creativa, los juristas de la época se dedican más bien a ordenar y compilar la producción jurídica de las fases anteriores.

CAPÍTULO IV

El Imperio Absoluto O Dominato

1. LA CRISIS DEL SIGLO III

En el último momento del principado de *Augusto* se llega a la monarquía absoluta, última forma de gobierno del Imperio Romano.

Aquí, lo característico es la figura del príncipe, que asume el poder y está por encima del Senado. Las *Oratio* eran leyes que dictaba el príncipe. Este era el Dominus o Señor y el ciudadano se llamaba *súbdito*. Es una democracia autoritaria que desemboca en la autocracia. Esta forma de gobierno, la originan los cambios sociales, económicos y políticos y la invasión de los bárbaros.

En un momento, la coexistencia del principado y de la *Libera Res Publica* se dio, durante el tiempo de Augusto, y, por otro lado, la de ciudadanos dominadores y súbditos. La Constitución política que había fundado Augusto fue evolucionando y llegó a absorber a todos los órganos de la República. Por otro lado, vemos también que hay cierta coexistencia de los ciudadanos romanos con los súbditos. Con la *Constitución Antoniana de Caracalla*, se va a extender la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, con lo que se ocasionan cambios muy profundos ya que hasta entonces había un *Ius Civile*, un *Ius Honorario* y un *Ius Pretor* que había surgido por el desamparo de los peregrinos frente a los romanos. Es a partir de ahora, cuando el pretor crea la *Actio Publiciana* y la posición privilegiada de los romanos se ve en peligro, ya que equiparan en Derecho a todos los ciudadanos.

En la época de los Severos se logró una equiparación entre todos los habitantes del Imperio; momento en el que formaron parte del ejército y de la administración, es decir, formaron parte de la sociedad.

Situándonos en la época de la dinastía de los *Severos*, vemos una equiparación entre los habitantes del Imperio. La muerte del último de estos va a suponer una anarquía total y el Imperio se sume en una crisis profunda, alcanzando al ámbito político, económico, social y cultural en el siglo III.

Hay dos factores fundamentales de la crisis, uno externo y otro interno:

- *Factor externo*: Los pueblos bárbaros rodearon el Imperio y ejercieron una presión que llegó a ser insostenible. En Oriente, en la frontera marcada por el Éufrates, el Imperio se vio acosado por los persas, mientras que los germanos hicieron lo mismo en el Rin y en el Danubio.
- *Factor interno*: Debido a las luchas internas entre los gobernantes, no se pudo controlar las diferentes invasiones.

Las luchas internas entre los gobernadores se producen porque lo que intentan es imponer cada cual sus pretensiones. Asimismo, la figura del Emperador es muy inestable, ya que dura poco en el poder (tengamos en cuenta que en medio siglo llegaron a gobernar veintidós emperadores, y en un mismo año el 238 d.C. hubo seis cambios).

Esta situación hace que no llegue a consolidarse ningún gobierno el tiempo suficiente como para darle estabilidad al Imperio. Cada región empieza a temer el peligro local que la amenaza y cada provincia empieza a aclamar como emperador a su jefe. Lógicamente Roma va perdiendo las provincias y cediendo el centralismo.

Las causas externas de la crisis son innumerables, pero las más importantes son:

- *Factores demográficos*: Principalmente la despoblación de la parte central del Imperio, por causa de las guerras civiles. Aparecen las incursiones de los bárbaros y dificultades de la vida en todo el Imperio para paliar la situación: se recurre a la instalación de núcleos de bárbaros dentro de las provincias, pero lejos de ayudar, lo que se logra es un punto más de desunión, porque no son ciudadanos romanos y se prohíben los matrimonios mixtos por no tener conexión con el resto de la población.
- *Factores económicos*: Porque las continuas invasiones de los bárbaros llevan a una fuga masiva de colonos instalados en Roma, lo que para una economía agraria es un factor demoledor. La consecuencia inmediata de esa fuga es la inflación que ello produce, poniendo en peligro la estabilidad económica de la burguesía y de las clases populares, y provocando una considerable inseguridad ciudadana. La burguesía se arruina debido a la presión fiscal. Se llega a acuñar moneda cuyo valor en el mercado es inferior al del metal (plata) con la que se hace.
- *Factores morales y religiosos*: Además del abandono de las virtudes clásicas romanas, aparece el cristianismo que es incorporado después a la vida normal del Imperio. Los romanos se dividen ante la nueva religión lo que constituye un factor más de disgregación, con la consiguiente debilitación de la solidaridad y cooperación anteriores entre los diversos territorios. (El ciudadano romano -cives- está orgulloso de ello). El bajón moral llega por la pluralidad de cultos y religiones prevaleciendo en un tiempo el culto grecorromano.

2. EL IMPERIO ABSOLUTO O DOMINATO

La crisis es tan profunda, que no cabe más que una reforma total, so pena de la desaparición del Imperio. Para ello hay intentos de restablecerlo; lo que hacen *Aureliano*, *Tácito*, *Probo*; pero no se logra la estabilidad necesaria.

Más tarde, *Diocleciano* impone un nuevo régimen (284 d.C.), entre los años 280 a 303 d.C., con un nuevo orden, *La Monarquía Absoluta* (*Dominus = Dominado*). En un intento de mantener el Imperio y restaurar la romanidad, llega a organizar el ejército. También crea un cuerpo naval, e incluso reforma la administración.

En la Monarquía Absoluta, el príncipe no será ya el primer ciudadano, sino un soberano absoluto (*Dominus*). De hecho ya no se mantiene la *libera res publica*. El Senado y las magistraturas siguen existiendo, pero no juegan ningún papel en la vida política. El emperador (*Dominus*) viste de púrpura y usa diadema, todos signos exteriores de poder, algunos de origen oriental.

Por otra parte, *Diocleciano* intenta evitar la escisión moral y religiosa ocasionada por la introducción del cristianismo favoreciendo el paganismo y el culto al propio *Dominus*, y persiguiendo a los cristianos en un inútil intento de dar a Roma una unidad religiosa. Se piensa que el poder emana del Sol.

La concepción del Estado era coactiva, tanto en el aspecto político como en el económico y social; con el edicto de los precios, en el año 301 d.C., intenta parar la inflación. Obliga a los niños a seguir la profesión de sus padres, adscribe a los colonos a la tierra, para evitar que esta quedara yerma, el pertenecer a la administración municipal (curiales) se hizo hereditario dentro de la familia. Recurrió a las familias más pudientes para que respondieran personalmente del cobro de los impuestos. Los símbolos del emperador tienen un marcado estilo oriental.

La administración central sufre profundas modificaciones. Los funcionarios más altos eran:

- El *Magister Officiorum* o jefe de las cancillerías imperiales.
- El *Comes Sacrorum Largitionum* o tesorero municipal.
- El *Comes Rerum Privatarum* o jefe de la administración del patrimonio imperial.
- El *Quaestor Sacri Palatii* o Ministro de Justicia.

Estos cargos formaban el llamado *Consistorium* o Consejo Privado del Emperador.

Diocleciano, para resolver el problema dinástico, creó la tetrarquía: dos Augustos y dos Césares deberían gobernar el Imperio Romano, que se dividió entonces en una mitad oriental y en otra occidental. Cada Augusto tenía que adoptar un César que luego sería su sucesor. Este sistema no se mantuvo y el mismo *Diocleciano* pudo ver como este sistema se hundió.

El territorio se dividió administrativamente en diócesis y estas, a su vez, en numerosas provincias, Para su gobierno se nombraron una enorme jerarquía de funcionarios al mando supremo de cuatro *Praefecti Praetorio dos en Occidente y dos en Oriente*.

Estas dos partes del Imperio tienden cada vez más a separarse, y la estrategia de defensa en cada parte y la situación económica (mejor en Oriente y bastante peor en Occidente) va llevando a la disgregación.

A la llegada de *Constantino*, este establece la capital en *Bizancio*, que a partir de él se llamará *Constantinopla*. A través del *Edicto de Milán*, permite la religión cristiana y la eleva a religión oficial, apareciendo la figura del Príncipe cuya autoridad proviene de Dios.

Por fin, con el emperador *Teodosio el Grande* en el año 395 d.C., la división definitiva del Imperio se consuma, al dividirlo entre sus dos hijos: *Arcadio (Oriente)* y *Honorio (Occidente)*.

En adelante, el Imperio de Occidente arrastrará una supervivencia miserable, acosado por las invasiones bárbaras y los problemas económicos internos, hasta su caída definitiva en el año 476 d.C. (fin de la edad antigua), Oriente, sin embargo, subsistirá hasta bien entrada la Edad Media, cayendo en el año 1453 d.C., con el paso de Constantinopla a poder de los musulmanes.

3. COMPILACIONES JURÍDICAS PREJUSTINIANAS

3.1. La corrupción de la literatura jurídica

Con la muerte del último emperador de la dinastía de los Severos en el año 235 d.C., termina el período clásico. Hasta la subida al trono de Diocleciano, la literatura clásica es sometida a una revisión que, sin embargo no solo trata de explicar y completar los textos, sino de alterarlos.

Las *Pauli sententiae*, las *regulae Ulpiani* y las *res cotidianae* Jurisprudencia de la vida cotidiana o *aurea (Reglas de Oro)* de *Gayo*, son tardías refundiciones de los escritos de los juristas clásicos. Los títulos *regulae*, *sententiae* y *aurea*, revelan el carácter elemental de estas obras que gozan de gran predicamento en una época en la que cuesta comprender las grandes obras de estos juristas.

La época en que gobierna Diocleciano, puede ser considerada una honrosa excepción, ya que los *Rescriptos* de su cancillería son una prueba evidente de un perfecto conocimiento del Derecho Clásico. Aun así, no logró renovar la fuerza productiva de la Jurisprudencia romana, pues la estructura de un Estado absolutista no ofrecía un marco apropiado para el desarrollo de una jurisprudencia libre.

Como las obras jurídicas eran, cada vez, menos accesibles, en época diocleciana y constantiniana se redactaron colecciones de extractos de escritos clásicos que facilitaban su uso. Así, los llamados *Fragmenta Vaticana*, una colección de extractos de juristas clásicos (Papiniano, Paulo, Ulpiano y Constituciones Imperiales) contenida en un palimpsesto vaticano. Otras, como la *collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, surgida en el año 320 d.C., perseguían fines polémicos tratando de mostrar el paralelismo entre el Derecho mosaico y el romano: a los textos de la Biblia se contraponen pasajes de *Gayo*, *Papiniano*, *Ulpiano* y *Modestino* y constituciones imperiales, para mostrar pretendidas coincidencias entre el Derecho romano y el Derecho mosaico.

3.2. El Derecho romano vulgar

Entre los factores que determinan la evolución del Derecho romano en la época postclásica, sobresale el Derecho romano vulgar. A *Heinrich Brunner* se debe, tanto el nombre *Derecho vulgar*, como el primer intento de delimitación de su objeto. Al fijarse en los factores que influyeron en la evolución del Derecho romano, *Brunner* vio la esencia del Derecho vulgar en dos notas:

1. Representar la praxis postclásica de los romanos de provincias y
2. Suponer una corrupción frente al genuino Derecho romano.

Mitteis separa limpiamente los derechos populares del Derecho vulgar, insistiendo en la idea de que este último es el Derecho corrompido que la práctica aplica fuera de Roma, diverso, por tanto, del Derecho teórico de los juristas clásicos. El Derecho vulgar se formó, según Mitteis, a través de erróneas interpretaciones de textos clásicos, pero también como consecuencia de concepciones jurídicas de las provincias.

Pero es a Levy a quien corresponde el mérito de haber penetrado hasta la misma médula de las instituciones del Derecho vulgar. Delimitando concepto y significado nos dice: "Comprendía los conceptos y reglas del Derecho verdaderamente aplicado, que se manifiestan en suelo romano y separándose del sistema clásico, no deben su origen a una reglamentación del poder supremo". Añadiendo como notas características que el Derecho vulgar crece anárquicamente de la práctica judicial o privada de cada día, para ser formulado, con mayor o menor fortuna, por los juristas.

Diocleciano defendió aún el Derecho clásico. Pero con *Constantino* se desbordaron las corrientes del Derecho vulgar por todo el Imperio. Las claras directrices conceptuales de los juristas clásicos fueron abandonadas y los juegos imperaron en todo el ámbito del Derecho.

3.3. La legislación imperial y colecciones de constituciones

La estructura del Estado absoluto exigía un desplazamiento de la facultad legislativa. De la tradicional *Oratio* del Emperador en el Senado que primeramente daba lugar a los Senadoconsultos y, luego, suplantada ya, se formó finalmente una *Lex Generalis* que es promulgada en el senado. Los viejos edictos del emperador, que eran auténticas leyes, ahora se llaman *leges generales o edictales*. Los *Rescripta*, por el contrario, no tenían validez, ya que emanados para casos especiales, se prohibió incluso su extensión a casos análogos.

Bajo el gobierno de Diocleciano se hicieron dos colecciones privadas de las constituciones imperiales:

- El *Codex Gregorianus*, contenía constituciones desde Adriano hasta Diocleciano.
- El *Codex Hermogenianus*, contenía constituciones de Diocleciano.

Ambas colecciones han tenido una enorme influencia en la posterior evolución del Derecho.

Para salir al paso del caótico estado de las fuentes del Derecho, se publicaron en la época posclásica una serie de leyes que fijaban qué escritos de juristas podían ser aducidos en juicio ya que, a diferencia de hoy en día, la concepción de aquella establecía que, no solo hechos, sino también el Derecho podía ser objeto de prueba.

- *Ley de Citas*: El emperador se ve obligado a intervenir a través de esta ley para poner fin a los abusos que cometían los jurisconsultos al apoyarse en los comentarios de otros jurisconsultos más no en los textos legislativos. Dos de estas leyes de citas fueron publicadas bajo Constantino; la primera derogaba las anotaciones críticas de Paulo y Ulpiano a los escritos de Papiniano. La segunda proclamaba la autenticidad de las *Pauli sententiae* que ciertamente no proceden de Paulo. La ley de citas más famosa fue la publicada por Teodosio II y Valentiniano III.

Después de esta Ley de Citas del año 426 d.C., solo podían ser aducidos en juicios, los cinco juristas siguientes: *Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino*. Si resultaba de los textos citados una disparidad de opiniones entre los respectivos juristas clásicos, entonces debía prevalecer la mayoría; en caso de empate decidía la opinión de Papiniano. Esta ley no era una gran novedad, sino que correspondía a la situación de las fuentes de aquella época, pues las obras de estos cinco juristas tuvieron por distintas razones una amplia difusión en la época posclásica: Papiniano era, a ojos de esta época, el más grande entre los juristas romanos: Gayo correspondía por la claridad y sencillez de su estilo a las exigencias de aquella época; Paulo o Ulpiano ofrecían un resumen de las aportaciones de la jurisprudencia y, finalmente, Modestino es un clásico tardío, cuya actividad cae ya en la época posclásica.

- *Código Teodosiano*: Como la Ley de Citas que no fue capaz de eliminar la caótica situación de las fuentes, Teodosio II tomó la resolución de realizar una codificación de las constituciones imperiales (*leges*) y de los escritos de los juristas (*iura*). Tras algunos intentos fallidos, surgió un voluminoso Código (*Codex Theodosianus*) que comprendía las principales constituciones imperiales, desde Constantino. Fue publicada en el año 438 d.C., para la parte oriental del Imperio, y en el año 439 d.C., se extendió su vigencia a la parte occidental del Imperio.

El Código Teodosiano está dividido en 16 libros, a su vez subdivididos en títulos según un criterio sistemático. Estos 16 libros contienen las constituciones imperiales en orden cronológico. Dado el carácter absoluto del Estado romano tardío, el Código de Teodosio muestra una fuerte preponderancia del Derecho público sobre el Derecho privado.

Las posteriores constituciones imperiales fueron reunidas también, en colecciones (*novellae posttheodosianae*).

3.4. Leyes romanas de los bárbaros

El año 476 d.C., significa el fin del Imperio Romano de Occidente. No obstante, no se extingue la vigencia práctica del Derecho romano. Para la perpetuación de la vigencia del Derecho romano, jugó un gran papel el hecho de que los reyes germánicos asumieran la posición del soberano anterior.

Las naciones que invadieron el Imperio de Occidente, fundaron nuevos reinos sobre sus ruinas: los ostrogodos, en Italia, los borgoñones, al este de esta comarca. Pero los vencedores respetaron la ley de los vencidos. Cada pueblo conservó su organización judicial y su legislación, fue el sistema de la personalidad del derecho. Así, que para satisfacer las exigencias de esta nueva situación, los reyes bárbaros hicieron redactar para estas naciones las costumbres de sus países, *leges barborum*, haciendo además componer para sus súbditos romanos colecciones de reglas tomadas del derecho romano, *leges romana*. Hubo tres compilaciones de este género: El Edicto de Teodorico; La ley romana de los visigodos, y la Ley romana de los borgoñones.

- a) *Edicto de Teodorico (edictum Theodorici)*: Este no procede del rey ostrogodo Teodorico el Grande, como hasta hace poco tiempo se creía, sino del tiempo del rey visigodo Teodorico II, que reinó desde el año 453 d.C. hasta el 466 d.C. o sea, en una época en que el imperio romano aún existía, el Edicto no fue publicado por Teodorico II, sino quizá por el titular de la prefectura de las Galias, Magno de Narbona.

Esta colección está dividida en 155 capítulos, conteniendo reglas tomadas de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; de algunas constituciones posteriores a Teodosio y de las sentencias de Paulo. El Edicto tuvo una duración efímera. Después de la conquista de Italia, por Narcés, cedió el lugar, en 554 d.C. a la legislación de Justiniano.

- b) *Ley romana de los visigodos*: Es la más importante de todas las leyes, la Lex romana Visigothorum (*Breviarium Alarici*), que surgió en las tierras plenamente romanizadas (Sur de Francia y de España). Esta fue publicada por el rey Alarico II, para la población romana. El Breviario fue escrito, probablemente, por una porción de juristas romanos (prudentes). El Codex Theodosianus, una edición refundida de las instituciones de Gayo, un epitome, resumen o compendio de una obra extensa de las sentencias de Paulo, algunas Constituciones de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y un breve *responsum* de Papiniano, son las fuentes principales utilizadas. A excepción de las Instituciones de Gayo, hay una paráfrasis, explicación o interpretación de un texto para ilustrarlo o hacerlo más claro o inteligible (*interpretatio*), que sirve de aclaración a cada una de las fuentes.
- c) *Ley romana de los borgoñones (lex romana burgondionum)*. Fue publicada por el rey Gondebardo, fallecido en el año 516 d.C. Por expresa prescripción, esta debía regir tanto por los burgondios como para los romanos. Las fuentes utilizadas son las mismas que para la *Lex romana Visigothorum* y fueron refundidas en un texto unitario. Publicó su ley nacional llamada Ley Gambeta. En el segundo prefacio de esta ley, reeditada en 517 d.C., su hijo Segismundo anunció la redacción de un código especial de leyes romanas, para sus súbditos galo-romanos. Este código de poca extensión comprende cuarenta y siete títulos, está compuesto de textos sacados del Breviario de Alarico. Cayó en desuso después del fracaso del reinado de los borgoñones en el año 534 d.C., siendo reemplazado por el Breviario de Alarico.

3.5. Las escuelas jurídicas orientales de Derecho

En contraste con estas pobres codificaciones de Occidente, tomó el Derecho romano de Oriente un notable auge en el siglo V. Las aspiraciones clasicistas de los profesores de Derecho en las Escuelas de Béruto y Constantinopla fueron decisivas para el resurgimiento de la Jurisprudencia romana. Estas escuelas se esforzaron por una comprensión dogmática del Derecho clásico, generalizando y sistematizando. Eran facultades de Derecho institucionalizadas, con un plan de estudios fijos e impartían el saber de las constituciones imperiales y de la literatura clásica.

La influencia de estas escuelas en la evolución de la época posclásica, fue exagerada en los años veinte. Sin embargo, hoy se acentúa principalmente la importancia que tuvieron ambas escuelas de Derecho para el buen éxito de la codificación justiniana.

4. TRABAJOS LEGISLATIVOS DE JUSTINIANO

En la época que Justiniano subió al trono, en el año 527 d.C., la reforma de las leyes romanas vino a ser obra indispensable. Desde hacía diez siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos y las constituciones imperiales llenaron millares de volúmenes, cuyas reglas de derecho formaban un verdadero caos.

Este trabajo de codificación, donde se mantiene la separación del *ius* de las leyes comprende cuatro colecciones: El Código, el Digesto, las Instituciones, una nueva edición del código y las Novelas.

4.1. El corpus iuris Civilis de Justiniano

Justiniano I (527-565), sucesor de su tío Justino y corregente del trono de Oriente, se propone restaurar la unidad del Imperio romano en un triple aspecto: *político, religioso y jurídico*. En efecto, por una parte consigue reconquistar parte de España, de África y de la Península Itálica. Lo más importante es su tarea legislativa. Esta es su faceta más destacada, su evolución legislativa.

Para ello se rodea de prestigiosos colaboradores altamente calificados que pone bajo su mandato. A Justiniano se le debe todo lo que se sabe de Derecho Romano. En febrero del 528 decide realizar una obra que recopile todo el mundo del derecho, leyes existentes hasta entonces.

La función principal fue la compilación de todas las leyes del Imperio Romano. La obra jurídica de Justiniano consta de una compilación (*Codex*) de las Constituciones imperiales (*Leges*), de otra compilación (*Digesto*) de extractos de los juristas clásicos (*Iura*) y de una obra elemental (*Instituciones*), posteriormente Justiniano elabora las Novelas (*Novellae constitutiones*).

A. El Código Justiniano (Codex Justinianus)

Justiniano se interesa en primer lugar por las leyes. En el año 528 mediante la *Constitutio haec quae necessario* (Porque lo estima necesario) nombra una comisión que principalmente constaba de altos funcionarios, entre los que estaba *Triboniano* (jurista), como *Magister Officiorum* y, además el profesor de Derecho *Teófilo*. Encargada de reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, añadiendo las constituciones posteriores y tachando las repeticiones, contradicciones y las reglas caídas en desuso, aunque teniendo cuidado en respetar el orden cronológico. En poco más de un año estaba terminada la obra, que se designó como el *Primer Codex Leges*, que fue promulgada en el año 529, y puesta en vigor con la *Constitutio summa rei publicare*. A esta obra se le denominó también el Código de Justiniano.

El Código Justiniano, fue dividido en doce libros: El libro I trata de Derecho eclesiástico, de las fuentes del Derecho y de los oficios de los funcionarios imperiales. Los libros II al VIII, se dedican al Derecho privado, el Libro IX al Derecho penal y finalmente del libro X al XII al Derecho administrativo. Cada uno de los libros se subdivide en títulos y estos en fragmentos encabezados por la indicación del tema y de las constituciones que se trata. Cinco años más tarde Justiniano hizo aparecer otra nueva edición.

B. Las cincuenta decisiones (Quinquaginta Decisiones)

Justiniano piensa que hay cuestiones aisladas que no están resueltas. Fijándose en casos anteriores y nuevos, se publica otra obra: *Quinquaginta Decisiones*. Son decisiones que tomaba el Emperador, para resolver cuestiones que se le planteaban y que no tenían fuerza de Ley.

Fueron publicadas en los años 529-530 para poner fin a la controversia abierta por la Ley de Citas: Justiniano decide que ellas fijan en suma los puntos controvertidos, pero la mayoría de estas constituciones entran en el código. Ninguna de ellas ha llegado hasta nosotros.

C. El Digesto o las Pandectas

El *Digesto* es sin duda la fuente más importante de la Historia del Derecho romano ya que él mismo contiene las soluciones de los jurisconsultos clásicos.

Después de la codificación de las *leges*, Justiniano se ocupó del *jus*, por la *Constitutio deo Auctore* (530) fue encargado *Triboniano* de formar una nueva comisión que tenía que reunir el derecho de los juristas (*juris*). *Triboniano* va a ser presidente de esta tarea y elige dieciséis profesores del *Praefectus Praetorio*. Trabajó tres años revisando más de 1500 obras, rejuveneciendo, escogiendo y clasificando los textos, según un plan de conjunto lógico siguiendo principalmente el sistema del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano.

Los redactores del Digesto se dividieron en tres subcomisiones, cada una de las cuales debía seleccionar un conjunto determinado de obras. La primera se encargó de revisar todo lo referente al derecho civil y a integrar lo que se conoce como fondo sabiniano, que está conformado básicamente por obras de Sabino y sus seguidores. La segunda comisión por su parte revisó las obras relacionadas con el Derecho honorario contenido en los edictos de los magistrados e integró el fondo edictal. Finalmente el tercer grupo se dedicó a analizar los escritos de Papiniano, y otros grandes jurisconsultos y produjo el fondo papiniano.

Las comisiones tuvieron plenos poderes para corregir y modificar los textos estudiados en las diversas compilaciones, así como la facultad de adaptar las obras clásicas a las necesidades del derecho vigente; estas adaptaciones y modificaciones se conocen con el nombre de interpolaciones.

Emblemata Triboniani

El *Digesto* es una obra de difícil manejo, porque muchos de sus fragmentos han sido interpolados. La Ley de Citas fue así derogada. La obra era tan importante que se hizo programa para 10 años, pero gracias al celo y la colaboración de *Justiniano* esta se terminó en tres años. La obra fue publicada en el mismo año 533 y recibió fuerza legal. Se le dio el nombre de *Digesto* (Ordenar sistemáticamente) y *Pandectae* (Reunir todo).

El *Digesto* llamado también Pandectas (*Pandectae*), está dividido en 50 libros y estos están subdivididos en títulos. Es la obra más importante del Derecho romano. Esta labor ingente de recopilación, análisis e incluso corrección de textos antiguos se llevó a cabo en solo tres años y fundamentalmente se usaron textos de Ulpiano y Pablo.

La estructura del Digesto estaba dividida en Libros, los Libros en Títulos, los Títulos en Leyes o Fragmentos con el nombre del jurisconsulto a quien pertenece y estos en párrafos o parágrafos. Ejemplo: La cita de un pasaje del Digesto se presentará en la siguiente forma (D.XIV,T4,5,7); es decir, Digesto, Libro XIV, Título 4, ley 5, parágrafo 7.

Siendo el Digesto o Pandectas la obra legislativa más importante de Justiniano es conveniente poner a consideración la transcripción del Libro Segundo:

Digesto, Libro Segundo

D, 2,1 TÍTULO I: SOBRE LA JURISDICCIÓN

D, 2, 1,1: La facultad del que tiene jurisdicción es amplísima: puede otorgar la posesión de un patrimonio y autorizar una toma de posesión, nombrar tutores a los pupilos que carezcan de ellos y dar jueces a los litigantes. (Ulp. 1 reg.)

D, 2, 1,2: A aquel a quien se concedió la jurisdicción se considera que le han sido concedidas también aquellas atribuciones sin las cuales aquella no puede desenvolverse. (Iav. 6 ex Cassio)

D, 2, 1,3: El imperio es simple o mixto. El imperio simple es tener el «poder de la espada» para castigar a los maleantes, lo cual se denomina también «potestad». El imperio mixto es aquel que lleva aneja la jurisdicción, que consiste también en atribuir a alguien la posesión de los bienes hereditarios. Asimismo es jurisdicción la facultad de nombrar un juez. (Ulp. 2 ed off. quaest.)

D, 2, 1,4: El disponer que se dé una caución mediante estipulación pretoria y el poner a alguien en posesión de algo es acto de imperio más que de jurisdicción. (Ulp. 1 ed.)

D, 2, 1,5: Por costumbre de los antepasados se haya establecido que únicamente puede delegar la jurisdicción el que la tiene por derecho propio y no por concesión de otro: (Iul. 1 dig.)

D, 2, 1,6: Puesto que ni se le dio la jurisdicción directamente, ni se la otorga la ley misma, sino que esta confirma la jurisdicción delegada. Por ello, si el que delegó la jurisdicción hubiese fallecido antes de haber comenzado la gestión jurisdiccional el mandatario de la jurisdicción, dice Labeón que se extingue el mandato como en los otros casos. (Paul, 2 ed.)

D,2,1,7: Por si alguno hubiese alterado dolosamente lo que se anuncia en el edicto, en papiro u otra materia, por razón de jurisdicción permanente y no como asunto incidental, se dará contra él una acción por quinientos áureos, que es una acción popular.

D, 2, 1, 7,1: También los esclavos y los hijos se hallan comprendidos en los términos del edicto, y ha querido comprender igualmente el pretor a personas de ambos sexos.

D,2,1,7,2: Pero si la alteración se hubiese hecho mientras se publica el anuncio o antes, no se publicarán, ciertamente, los términos del edicto, aunque dice Pomponio que ha de extenderse el tenor del edicto también a esos casos.

D, 2, 1, 7,3: Respecto a los esclavos que no sean defendidos por su dueño y a los que se hallan en la miseria ha de aplicarse la tortura corporal.

D, 2, 1, 7,4: En las palabras del edicto se hace mención del dolo malo, para que no sean responsables si lo hubiesen hecho por impericia o rusticidad, por orden del mismo pretor o por simple accidente.

D,2,1,7,5: Además, está obligado por este edicto también el que quita el anuncio, aunque no lo altere, tanto el que lo hace por su propia mano, como el que manda hacerlo a otro. Pero si uno lo hizo sin dolo y el otro lo mandó con dolo, quedará obligado el que lo mandó; si ambos lo hubiesen hecho dolosamente, ambos quedarán obligados; asimismo, si varios lo hubiesen quitado, alterado, o lo hubieran mandado hacer, quedarán obligados todos ellos, (Ulp. 3 ed.)

D, 2, 1,8: De modo que no basta que uno de ellos pague la pena. (Gai. 1 ed. Prov.).

D, 2, 1,9: Si los esclavos de alguno hubiesen alterado el anuncio edictal, este edicto, es diferente del edicto para caso de hurto, que dice no se dé la acción contra los demás, si el dueño, al aceptar la defensa de su esclavo, hubiese pagado por el delito de uno lo mismo que hubiera pagado un hombre libre. Esta diferencia se debe quizá a que aquí se vindica también la majestad menospreciada del pretor, y se entiende por ello

que los delitos son varios; del mismo modo que en caso de lesiones o daño causados por varios esclavos, porque se aprecian varios delitos y no uno solo como en el hurto. Dice Octaviano que también en este caso debe favorecerse al dueño, pero esto puede decirse si hubiesen obrado dolosamente para que otra persona alterase el anuncio del pretor, porque entonces será la intención delictiva es única y no hay varios delitos. Lo mismo hace notar Pomponio, 10 ed.(Paul. 3 ed.)

D, 2, 1,10: El que ejerce jurisdicción no debe ejercitarla respecto a sí mismo, su mujer, sus hijos, sus libertos o los demás a quienes tiene consigo. (Ulp. 3 ed.)

D,2,1,11: Por si la misma persona demanda a otra con varias acciones cuyas cuantías por separado se hallan dentro de la jurisdicción del que juzga, pero la suma de todas excede la cuantía de la jurisdicción de este, pareció bien a Sabino, Casio y Próculo que pudiese demandarse en aquella jurisdicción; opinión esta que fue confirmada por rescripto del emperador Antonino Caracalla.

D,2,1,11,1: Si las acciones son recíprocas, y uno pide cuantía menor y el otro mayor, el que pide menor cuantía debe demandar ante el juez a quien corresponde a la reclamación del otro, para que no dependa del capricho vejatorio de mi adversario que yo no pueda litigar ante tal juez.

D, 2, 1, 11,2: Si se trata de una acción común a varias personas, como la de partición de una herencia, división de una cosa común o la de deslinde, se pregunta si acaso hay que atender a la jurisdicción competente de cada una de las partes, como dicen Ofilio y Próculo, puesto que toda ella entra en el juicio y puede ser adjudicada a uno solo, como dicen Casio y Pegaso; ciertamente, la opinión de estos es más probable. (Gai. 1 ed prov.)

D, 2, 1,12: Los magistrados municipales no pueden someter a tortura a un esclavo, pero no ha de negárseles la imposición de castigos moderados. (Ulp. 18 ed.)

D, 2, 1,13: Debe ser magistrado el que autorice el juicio.

D, 2, 1, 13,1: El magistrado o el que tiene alguna potestad, como, por ejemplo un procónsul o un pretor o los otros que gobiernan las provincias, no pueden autorizar un juicio para cuando vuelvan a ser personas privadas. (Ulp. 51 Sab.)

D, 2, 1,14: Esta admitido y aplicamos el principio de que si un magistrado superior o igual se somete a la jurisdicción de otro, puede este decidir a favor o en contra de aquel (Ulp. 39 ed.)

D, 2, 1,15: Si se hubiese acudido por error a un pretor en lugar de otro, lo actuado es nulo, pues no es aceptable decir que ellos habían consentido en actuar ante aquel gobernador, puesto que, como dice Juliano, los que yerran no consienten. ¿Qué cosa hay, pues, tan contraria al consentimiento como el error, que descubre la ignorancia?(Ulp. 2 Omn. trib.)

D, 2, 1,16: Suele el pretor delegar la jurisdicción y la delega toda o para materia especial; el mandatario de la jurisdicción actúa en lugar del mandante y no por sí mismo. (Ulp. 3 de Omn. Trib.)

D, 2,1, 17: El pretor, así como puede delegar en otro toda la jurisdicción, puede hacerlo respecto a una determinada persona o una materia especial; sobre todo, habiendo tenido una justa causa, antes de ser magistrado, para aceptar la defensa de la otra parte. (Ulp. 1 opin.)

D, 2, 1,18: Si se hubiese convenido que juzgase otro pretor distinto del que tiene la jurisdicción, y antes de comparecer ante él, se hubiese modificado el acuerdo, está fuera de toda duda que nadie se halla compelido a cumplir semejante convención (Afric. 7 quaest.).

D, 2, 1,19: Como cierta joven hubiese aceptado el litigio ante juez competente y luego hubiera sido condenada y posteriormente contrajese matrimonio con varón sometido a otra jurisdicción, se preguntaba si podría ser ejecutada la sentencia del juez anterior. Dije que sí se podía, porque la sentencia había sido dictada antes. Pero si hubiese esto ocurrido después de empezado el juicio y antes de la sentencia, diría lo mismo: el juez anterior da rectamente su sentencia. Lo cual debe observarse como principio general para todos los casos análogos.

D, 2, 1, 19,1: Cuando se pregunta sobre la cuantía correspondiente a una jurisdicción, siempre ha de atenderse a la cuantía de la petición y no a la de la deuda. (Ulp. 6 fideic.)

D, 2,1,20 : Al que ejerce la jurisdicción fuera de su ámbito territorial se le puede desobedecer impunemente, y lo mismo si pretende juzgar sobre una cuantía más allá de su jurisdicción. (Paul. 3 ed.)

D, 2,2. TÍTULO II: «QUE EL MAGISTRADO APLIQUE PARA SÍ EL DERECHO QUE ESTABLECIÓ PARA OTRO»

D, 2, 2,1: Este edicto es de gran equidad y lo es sin posible protesta de nadie. Pues ¿quién rechazará que se le aplique el mismo derecho que él mismo aplicó a otros o hizo que se aplicase?

D, 2, 2, 1,1: El que tenga una magistratura o potestad, si hubiese establecido de un derecho nuevo para otra persona, deberá aplicar ese mismo derecho, si el adversario así lo pidiese. Si alguno hubiese conseguido algún nuevo derecho ante el que ejerce magistratura o potestad, después, cuando lo pidiese su adversario, se decidirá contra él según el mismo derecho; es decir, que lo que uno hubiese considerado equitativo respecto a la persona de otro, ha de admitir que se aplique igualmente respecto de su propia persona.

D,2,2,1,2: Los términos «lo que hubiese establecido el que ejerce la jurisdicción», los entendemos en su verdadero sentido y no a la letra; por lo tanto, si queriendo establecer tal derecho fue vetado y su decretor no tuvo efecto, este edicto no tiene aplicación; pues el verbo «establecer» significa cosa acabada e injusticia consumada, no comenzada. Por ello, si alguno ejerciese jurisdicción sobre los que no la tiene, puesto que esto se tiene por nulo y la sentencia es nula, creemos que no se aplica el edicto. ¿En qué, pues, pudo perjudicar el intento si la injusticia no tuvo efecto? (Ulp. 3 ed.)

D, 2, 2,2: Con este edicto debe ser reprimido el dolo del que tiene jurisdicción; pero si por imprudencia del asesor la jurisdicción se apartó de lo debido, no debe ello perjudicar al magistrado sino al mismo asesor. (Paul. 3 ed.).

D,2,2,3: Si alguno consiguió contra otro un derecho injusto, se aplicará este derecho únicamente si ello sucediese conforme a la petición de aquel; por lo demás, si no lo hubiera pedido así, no se le sanciona. Una vez que lo consiguió, tanto si ha usado efectivamente de ese derecho como si hubiese pedido su aplicación pero no llegó a hacerlo, será castigado con este edicto.

D, 2, 2, 3,1: Si fue mi procurador procesal quien presentó la petición, se pregunta respecto a quien se deberá aplicar el mismo derecho. Piensa Pomponio que a mí solamente, es decir, si yo se lo mandé de modo especial, o lo ratifiqué; pero si lo hubiese

pedido el tutor, o el curador de un furioso o de un menor, será el mismo quien quede sometido a este edicto; y debe observarse lo mismo respecto al que es procurador en su propio interés.

D, 2, 2, 3,2: Esta sanción se establece para todo aquel que incurre en este edicto, y no solo cuando así lo pide el que fue perjudicado por él, sino cualquier otra persona que en cualquier momento le demande.

D, 2, 2, 3,3: Si el deudor de quien te hiciste fiador hubiese conseguido se le reconociera el derecho de que ningún deudor suyo tuviera excepción contra él, y después tú, en el negocio en que fuiste fiador, quieres usar de la excepción, ni tú, ni él tampoco, debe conseguirlo, aunque a veces puedas resultar perjudicado si aquel deudor no es solvente. Pero si eres tú quien se encuentra en el caso del edicto, tu demandado podrá usar de la excepción y tú no, ni tu sanción afectará al deudor principal, por lo que no tendrás contra él la acción de mandato contraria.

D, 2, 2, 3,4: Si mi hijo, siendo magistrado, se encuentra en el caso del edicto ¿tendrá lugar acaso este edicto respecto de aquellas acciones que yo ejercite en nombre de aquel hijo? Pienso que no, para que mi condición no resulte perjudicada.

D, 2, 2, 3,5: Cuando dice el pretor que se le aplique el mismo derecho ¿se transmitirá acaso esta sanción al heredero? Y Juliano escribe que, no solo se le debe denegar a él la acción, sino también a su heredero.

D, 2, 2, 3,6: Y no sin razón escribe también que, no solo en aquellas acciones que tenía cuando incurrió en el edicto sufrirá la sanción del mismo, sino también en las que adquirió después.

D, 2, 2, 3,7: Afirma Juliano que no puede repetirse como indebido lo pagado por esta causa; pues subsiste la causa natural que impide la repetición. (Ulp. 3 ed.)

D, 2, 2, 4: El pretor hizo elegantemente esta excepción: «salvo quien lo hubiese hecho en contra de aquel que, él mismo, hubiera obrado así anteriormente». Y con razón, para que ni el magistrado que se esfuerza en defender este edicto, ni el litigante que quiere usar el beneficio del mismo, incurran ellos mismos en la sanción del edicto por el hecho de haber impuesto o exigido su aplicación a otro. (Gai. 1 ed. prov.).

D, 2,3. TÍTULO III: «SI ALGUNO NO HUBIESE ACATADO AL MAGISTRADO CON JURISDICCIÓN»

D, 2, 3,1: Está permitido a todos los magistrados (no a los duunviros) el defender en juicio penal su jurisdicción de acuerdo con el derecho de su potestad.

D,2,3,1,1: Se considera que no ha acatado al magistrado aquel que no cumplió lo que es el último efecto de la jurisdicción; por ejemplo, se entiende que acata si no se deja uno reivindicar una cosa mueble pero tolera que se la lleve el demandante; en cambio, si resistió a las consecuencias, se considera que no ha acatado.

D, 2, 3, 1,2: Si tu procurador, tu tutor o tu curador no hubiese acatado al que tiene jurisdicción, será el quien sufra la sanción y no el representado o el pupilo.

D, 2, 3, 1,3: Dice Labeón que se halla obligado por este edicto, no solamente el demandado que no haya acatado, sino también el demandante.

D, 2, 3, 1,4: En este juicio se condena, no en la medida del interés, sino en cuanto valga el asunto, y como tiene carácter penal, no se da después del año ni contra el heredero. (Ulp. 1 ed.).

D, 2,4. TÍTULO IV: «SOBRE LA CITACIÓN A JUICIO»

D, 2, 4,1: Llamar a juicio es citar con el fin de ejercitar un derecho. (Paul. 4 ed.)

D, 2, 4,2: No deben ser llamados a juicio ni el cónsul ni el prefecto, ni el pretor, ni el procónsul ni los demás magistrados con imperio, que pueden castigar y meter en prisión. Tampoco el pontífice durante la función sagrada, ni aquellos que por el carácter religiosos del lugar no pueden moverse de él; ni siquiera a aquel que se traslada por razones públicas en caballo público. Tampoco debe ser citado a juicio el novio o novia cuando contraen matrimonio, ni el juez durante el juicio, ni el que está actuando en un litigio ante el pretor, ni el que va en la comitiva del entierro de un familiar o asiste a sus exequias. (Ulp. 5 ed.)

D, 2,4:3 Ni los que siguen el cadáver, como también parece haber sido admitido un rescripto de los emperadores hermanos Marco Aurelio y Vero, de consagrada memoria: (Call. 1 de cognit.)

D, 2, 4,4: El que por razón de un litigio tiene necesidad de comparecer ante el magistrado o en un lugar determinado; ni los locos ni los menores.

D, 2, 4, 4,1: Dice el pretor: «Nadie cite a juicio sin mi permiso a un ascendiente, patrono, patrona, ni descendiente o ascendiente del patrono o patrona».

D, 2, 4, 4,2: Por «ascendiente» se entiende aquí el de uno u otro sexo, aunque se pregunta si hasta el infinito. Algunos opinan que la denominación de ascendiente alcanza hasta el sexto grado, y los demás se denominan «mayores». Pomponio informa que así lo estimaron los antiguos; pero Cayo Casio llama ascendientes a todos, hasta el infinito; opinión más honorable y que ha prevalecido con razón.

D,2,4,4,3: Labeón estima que también deben ser considerados como ascendientes a estos efectos aquellos que eran esclavos cuando nació su descendencia, y no solo, como decía Valerio Severo, cuando los descendientes son legítimos; incluso cuando no tienen padre conocido, no podrán citar a juicio a su madre, (Ulp. 5 ed.)

D, 2, 4,5: Porque la madre es siempre cierta, aunque hubiese concebido ilegítimamente; es padre, en cambio, el que resulta serlo por el matrimonio. (Paul. 4 ed.)

D, 2, 4,6: Nadie puede citar a juicio a los ascendientes naturales, pues ha de ser guardada la misma reverencia a todos los ascendientes. (Paul. 1 sent.)

D, 2, 4,7: Se puede citar impunemente a los ascendientes del padre adoptivo, porque éstos no son ascendientes del que cita, ya que se hace cognado tan solo respecto a aquellos de los que se hace también agnado. (Paul. 4 de.)

D,2,4,8: Al padre adoptivo, en tanto se está bajo su potestad, no se le puede citar a juicio (más por razón de la patria potestad que por precepto del pretor), salvo que se trate de un hijo que tenga un peculio castrense; pues entonces está permitido, previa cognición de causa. Pero el ascendiente por naturaleza tampoco se le puede citar a juicio en tanto se está en la familia adoptiva.

D, 2, 4, 8,1: El pretor dice «patrono» y «patrona». Han de ser considerados aquí como patronos los que han manumitido al que era esclavo, tanto el que se hizo su dueño porque descubrió una colusión en la declaración de libertad del que era esclavo, como si se declaró en una acción prejudicial que aquel era su liberto, aunque realmente no lo fuera, como si yo invitado a jurar hubiese jurado que era mi liberto; del mismo

modo que, por el contrario, no se me considera patrono si se sentenció que no lo era o si, habiendo deferido yo el juramento, juró él que no era mi liberto.

D, 2, 4, 8,2: Pero si le exigí juramento de que él no tomaría esposa o ella no se casaría, podré ser citado impunemente a juicio. En este caso dice Celso que mientras yo viva no pasa a mi hijo el derecho sobre ese liberto, pero Juliano escribe lo contrario, y la mayoría aprueba la opinión de Juliano, según la cual sucederá que el patrono puede ser llamado a juicio y su hijo no, pues es inocente de aquella coacción. (Ulp. 5 ed.).

D, 2, 4,9: Tampoco debe ser citado a juicio el que manumite en virtud de un fideicomiso aunque la citación sea para exigirle que manumita. (Paul. 4 ed.).

D, 2, 4,10: Más si compré con la cláusula de manumitir y se hizo libre en virtud de la constitución del emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria, no podré ser llamado a juicio, pues soy su patrono; en cambio, si lo compré con dinero que él me dio con el fin de manumitirle y quebranté lo pactado, no seré tenido por patrono.

D, 2, 4, 10,1: La que ha sido prostituida contra la cláusula de no prostituirla impuesta en la venta, tendrá como patrono al que la vendió, si la hubiese vendido bajo cláusula de que se hiciese libre si llegase a ser prostituida. Pero si el vendedor que se reservó el quitar la esclava al comprador si este la prostituía fue él quien la prostituyó, aunque ella se haga libre bajo el patronato del que la vendió, no es justo que él tenga ese honor, como también estima Marcelo, 6 dig.

D,2,4,10,2: Consideramos también patrono el que ha sido sufrido captis disminución, e incluso si el liberto la ha sufrido, si fue arrojado ocultando su condición, pues como por el hecho mismo de ser adoptado oculta la condición, no parece alcanzar con ello la condición del nacido libre.

D, 2, 4, 10,3: Pero si recibió la prerrogativa del anillo de nacimiento como libre, estimo que debe tener reverencia al patrono, aunque tenga, por lo demás, todas las ventajas del que nació libre. Caso distinto es si el príncipe le concedió la libertad de nacimiento, pues el príncipe puede dar la libertad de nacimiento.

D,2,4,10,4: El que fue manumitido por una corporación, asociación o ciudad, podrá citar en juicio a cada uno de sus miembros, pues no es su liberto, pero debe respetar a la ciudad, y si quiere demandar a la misma, o a la corporación, debe pedir la venia del edicto, aunque haya de citar en juicio al representante constituido por aquellas.

D, 2, 4, 10,5: Debemos entender como descendientes y ascendientes del patrono y la patrona los de ambos sexos.

D, 2, 4, 10,6: Pero si el patrono hubiese sido despojado del derecho de ciudadanía por pena de deportación, cree Pomponio que ha perdido el honor de patrono, más, si hubiera sido restaurado en su derecho, se le reservará el beneficio de este edicto.

D, 2,4,10,7: Los ascendientes del patrono, incluso los adoptivos, gozan de la excepción, pero en tanto dura la adopción.

D,2,4,10,8: Si mi hijo ha sido dado en adopción, no podrá ser citado en juicio por mi liberto; tampoco el nieto que fue adoptado en otra familia. Si un hijo mío emancipado hubiese adoptado un hijo, este nieto podrá ser citado en juicio, pues es extraño para mí.

D,2,4,10,9: Así, pues, consideramos descendientes, según Casio, como en el caso de los ascendientes, a los descendientes de sexto grado.

D,2,4,10,10: Si una liberta hubiese tenido un hijo de su patrono, no se podrá citar a juicio mutuamente, ella y su hijo.

D,2,4,10,11: Pero si los hijos del patrono hubiesen acusado de delito capital a un liberto patrono, o le reclamaron como esclavo, no se les debe ninguna consideración y pueden ser citados a juicio por aquel liberto.

D,2,4,10,12: Dice el pretor: «no sea citado a juicio ninguno sin mi permiso». Debe permitirlo si la acción por la que se demanda al patrono o a los ascendientes no es infamante ni resulta ultrajante, y todo ello, previa cognición de causa; pero, a veces, como Pedio admite, debe permitir que el patrono sea llamado a juicio por el liberto incluso en causa infamante, como cuando el patrono le infligió una grave injuria, como el haberle hecho azotar.

D,2,4,10,13: Siempre ha de tenerse esta consideración con el patrono, tanto si el patrono interviene en calidad de tutor, como de curador, o representante del demandado o del demandante. Pero si intervienen el tutor del patrono o el curador, escribe Pomponio que pueden éstos impunemente ser citados a juicio por el liberto, como es lo más cierto. (Ulp. 5 ed)

D,2,4,11: Aunque no añada el pretor que dará la acción penal previa cognición de causa, no obstante, dice Labeón que la jurisdicción ha de ser moderada (por ejemplo, si el liberto se arrepiente y desiste de la acción, o el patrono citado no hubiera comparecido, o ha aceptado que se le cite), aunque no se diga así en el edicto. (Paul. 4 ed.)

D,2,4,12: Si un liberto hubiese citado a juicio, contra el edicto del pretor, al hijo de su patrono, que este tiene bajo potestad, ha de admitirse que debe auxiliarse al hijo bajo potestad, en ausencia de su padre, y le compete contra el liberto una acción penal por el hecho, es decir, de cincuenta áureos. (Ulp. 57 ed.)

D,2,4,13: En general, no podemos citar en juicio sin autorización del pretor a aquellas personas a las cuales debemos reverencia. (Mod. 10 pandect.)

D,2,4,14: El liberto demandado por su patrono que interpela insistentemente el gobernador de la provincia para notificarlo que se halla dispuesto a defenderse ante el tribunal no se entiende que haya citado a juicio al patrono que le acusa. (Pap. 1 resp.)

D,2,4,15: Un liberto presentó una solicitud de rescripto contra su patrono, sin ocultar que era su liberto: si se decide conforme a su petición ¿se considera acaso que ha sido remitida la pena del edicto? Respondí que no estimo que el edicto del pretor se refiera a este caso, pues el que presenta al príncipe o al gobernador una solicitud de rescripto no se considera que haya citado a juicio a su patrono. (Paul, 1 quaest.)

D,2,4,16: Se preguntó si un tutor, en nombre de su pupilo, puede citar a juicio a su patrona sin permiso del pretor. Respondí que ese tutor de que se trata podía, sin permiso del pretor, citar a juicio a su patrona en nombre de su pupilo. (Paul. 2 resp.)

D,2,4,17: Quien sale garante ante los oficiales del magistrado de la presentación de otra persona, debe presentarla, y también el que prometió por acta registral que presentaría a alguien, aunque no salga garante ante los oficiales, queda obligado a exhibirlo. (Paul 1 sent.)

D,2,4,18: Es opinión general que no es lícito citar a juicio a nadie dentro de su propia casa, porque la casa es el más seguro refugio y asilo de cada uno, y el que entra en ella para citar a juicio parece violarla. (Gai. 1 ad. Leg. XII tab.)

D,2,4,19: Bastante pena sufre ciertamente el que no se defiende y se oculta dentro de su casa, puesto que se pone a su adversario en posesión de sus bienes. Pero si deja entrar en su casa o se le encuentra en público, dice Juliano que se le puede citar a juicio. (Paul. 1 de.)

D,2,4,20: Nadie duda que también es lícito citar a juicio desde la puerta de la casa, así como en las termas o en el teatro. (Gai. 1 ad leg. XII Tab.)

D,2,4,21: Aunque el que está en su casa puede ser citado a juicio, nadie debe ser sacado a la fuerza de su casa. (Paul. 1 ed = D.50, 17,103)

D,2,4,22: Ni está permitido citar a juicio a las jóvenes impúberes que se hallan bajo patria potestad.

D,2,4,22,1: El que fue llamado a juicio queda excusado en dos casos: si alguien toma la defensa de su persona y también si se hubiese hecho una transacción al ir al juicio. (Gai. 1 ad leg. XII Tab.)

D,2,4,23: El liberto común, aunque sea de varios años, debe pedir al pretor que le permita citar a juicio a cualquiera de sus patronos, para no incurrir en la pena del edicto del pretor. (Marcian. 3 inst.)

D,2,4,24: Contra el que hubiese contravenido esto se dará una acción por cincuenta áureos; la cual no pasa al heredero, ni contra el heredero, ni se da después del año. (Ulp. 5 de.)

D,2,4,25: Si un liberto hubiese citado a juicio a su patrono sin haber obtenido la venia del edicto, paga la supradicha pena de cincuenta áureos, a instancias del patrono, o le castiga el prefecto de la ciudad por haber faltado a su deber, si se sabe que está en la miseria. (Mod. 1 de poen.)

D,2,5. TÍTULO V: «SI EL CITADO A JUICIO NO COMPARECIERE O SI ALGUNO CITASE A QUIEN NO DEBÍA CITAR SEGÚN EL EDICTO»

D,2,5,1: Si alguno citado en juicio hubiese dado un fiador de su comparecencia que estuviera exento de la jurisdicción de aquel ante el cual debe comparecer, el fiador se considera no dado, a no ser que hubiera renunciado especialmente a su exención. (Ulp. 1 ed.)

D,2,5,2: El citado a juicio por cualquier causa ante el pretor o ante los otros magistrados con jurisdicción debe comparecer incluso para ver si está sometido a su jurisdicción.

D,2,5,2,1: Si alguien que fue citado a juicio no hubiera comparecido, será castigado por el juez competente a una multa propia de su jurisdicción, según los casos. Ha de tenerse condescendencia con la rusticidad de la persona e igualmente perdona el pretor la pena si no tuviera interés el demandante en la comparecencia puntual de su adversario por ejemplo, por tratarse de día feriado. (Paul. 1 ed.)

D,2,5,3: Cuando alguno hubiere prometido comparecer en juicio y no hubiese prometido una pena, es muy cierto que, si no compareciera, habrá de ser demandado por la acción de cantidad incierta, en la cuantía del interés. Y así también lo escribe Celso. (Ulp. 47 Sab.)

D,2,6. TÍTULO VI: «QUE LOS CITADOS A JUICIO COMPAREZCAN O DEN FIANZA U OTRA GARANTÍA DE COMPARECER»

D,2,6,1: En el edicto se exige que el fiador dado para comparecer en juicio sea de solvencia proporcionada al asunto, salvo en el caso de ser pariente, pues entonces dispone que se acepte a cualquiera, como en el caso del fiador del padre o del patrono. (Paul. 1 ed.)

D,2,6,2: También de la patrona o de sus hijos, de la esposa o la nuera, pues entonces se manda que se admita fiador a cualquiera, y contra el que no lo admitiese, conociendo el parentesco de las personas, compete una acción de cincuenta áureos, (Gai. 1 ad ed. monit.)

D,2,6,3: Porque en caso de ser parientes se admite el fiador como solvente. (Paul. 4 ed.)

D,2,6,4: El que prometió presentar a dos en juicio, si exhibe a uno y no al otro, no se considera que han comparecido conforme a la promesa, por no haber sido presentado uno de ellos. (Ulp. 58 de.)

D,2,7. TÍTULO VII: «QUE NADIE IMPIDA POR LA FUERZA QUE EL CITADO A JUICIO COMPAREZCA»

D,2,7,1: El pretor propuso este edicto para contener por el temor de la pena a aquellos que secuestran con violencia a los que son citados a juicio.

D,2,7,1,1: Por lo demás, escribe Pomponio que también a nombre del esclavo ha de darse este juicio como noxal, salvo si el esclavo lo hizo a sabiendas del dueño, pues entonces aceptará este el juicio sin entrega noxal.

D,2,7,1,2: Filio estima que no hay lugar para este edicto si la persona que no pudo ser llevada a juicio está exenta, como son el ascendiente, el patrono, y otras personas; opinión esta que estimo más cierta: en efecto, si delinque el que hace la citación indebidamente, no delinque el que impidió que compareciera. (Ulp. 5 ed.)

D,2,7,2: Pues habiendo actuado uno y otro contra el edicto, tanto el liberto que cita al patrono, como el que sustrae al patrono por la fuerza, no obstante, está en peor condición el liberto, que al incurrir en tal delito, es parte demandante.

D,2,7,2,1: Igualmente justa resulta la regla respecto al que había sido citado en juicio en lugar distinto de aquel en que debiera haberlo sido. Pero con mayor razón ha de decirse que no se considera que haya sido sustraído por la fuerza aquella a quien asiste el derecho de no ser demandado allí. (Paul. 4 ed.)

D,2,7,3: Pero si alguno impidió la comparecencia a un esclavo citado en juicio, estima Pedio que no se aplica el edicto, pues no se trata de una persona que pueda ser citada a juicio. ¿Qué se hará en este caso? Habrá de demandar por la acción exhibitoria.

D,2,7,3,1: Si alguno impide la comparecencia a uno citado ante el juez pedáneo, no se aplicará la pena de este edicto.

D,2,7,3,2: Lo que el pretor prescribió al decir «impida por la fuerza» ¿quiere decir la violencia o acaso también el dolo? Basta la violencia aunque no haya dolo. (Ulp. 5 ed.)

D,2,7,4: Como dice Pomponio, la palabra «impedir» es general. Arrebatarse es quitar de las manos mediante raptus; impedir es en cierto modo quitar; por ejemplo, si alguno

no arrebatase a otro, pero le hiciera retrasarse en la comparecencia ante el magistrado de modo que se agotase el plazo de la acción o se perdiese el asunto por razón de tiempo; se considerará que ha impedido, aunque no mediase impedimento corporal. También queda comprendido en el tenor del edicto si lo hubiese retenido en algún lugar sin llevarle fuera.

D,2,7,4,1: Asimismo si alguno impidiese la comparecencia a aquel que había sido citado por vejamen: consta que se halla obligado por este edicto.

D,2,7,4,2: Dice el pretor: «que no impida con dolo malo que comparezca», puesto que puede ser hecho sin dolo, por ejemplo, si existe una justa causa de impedimento. (Paul. 4 ed.)

D,2,7,5: Si alguno hubiese impedido la comparecencia valiéndose de otro, quedará obligado por esta cláusula del edicto, tanto si estaba presente como ausente.

D,2,7,5,1: Contra el que impidió por la fuerza la comparecencia se dará una acción por el hecho, por la cantidad, no del valor real, sino por cuanto el litigio a cuya comparecencia se impidió haya sido estimulado por el demandante; y se añade esto para que se vea que aunque se tratase de alguien que litigaba por vejar al contrario, puede exigir esta pena si se le impide comparecer al litigio.

D,2,7,5,2: Pero debe probar que a causa del acto impeditivo en cuestión no pudo comparecer, porque si a pesar de él llegó a comparecer, no se aplica la pena, pues los términos del edicto se deben entender por el resultado.

D,2,7,5,3: Esta acción es por el hecho: si varios hubieren delinquido, se dará contra cada uno; el impedido de comparecer sigue no obstante obligado.

D,2,7,5,4: A favor de los herederos se dará siempre que les interese; pero no se dará contra el heredero ni después de un año. (Ulp. 5 ed.)

D,2,7,6: Aquel que impidió por la fuerza la comparecencia de un deudor, no libera al demandado aunque haya pagado, pues lo que paga es su pena. (Ulp. 35 ed.)

D, 2,8. TÍTULO VIII: «QUE LOS QUE DEBEN DAR GARANTÍA PROMETAN CON JURAMENTO O SE ATENGAN A LO PROMETIDO»

D,2,8,1: Satisfar o garantizar se dice como satisfacer, porque así como decimos que «satisfacemos» a aquel cuyo deseo cumplimos, así decimos que «satisdamos» a nuestro adversario que estipula de nosotros por aquello que nos pide, a fin de que le aseguremos de ello dándole fiadores. (**Gai. 5 ed. prov.**)

D,2,8,2: Se entiende que se da un idóneo fiador de comparecencia en juicio, no solo por sus bienes, sino también por la facilidad que ofrece para ser demandado.

D,2,8,2,1: Si alguno hubiese dado un fiador para comparecer en juicio respecto a aquellas personas que no podían ejercitar una acción, será inútil dicha fianza.

D,2,8,2,2: Dice el pretor: «Si alguno citase a juicio a un ascendiente, a su patrono o patrona, a los descendientes o ascendientes del patrono o la patrona, o a sus propios descendientes o a aquel que estuviere bajo su potestad, o a su esposa o nuera, se admitirá cualquier fiador que den de comparecer en juicio.

D,2,8,2,3: Cuando dice el pretor «sus descendientes», se consideran también los descendientes por línea femenina; y daremos este mismo beneficio no solamente al ascendiente que es independiente, sino también al que se halle en potestad de otro cualquiera: así lo escribe Pomponio. El hijo puede salir fiador por su padre, incluso si está bajo potestad de otro. Debemos considerar como nuera también a la esposa del nieto y así sucesivamente.

D,2,8,2,4: Cuando dice el pretor: «Se aceptará cualquier fiador», esto se refiere a los bienes, es decir, que incluso se admitirá el que sea menos rico.

D,2,8,2,5: El pretor da acción en la cuantía del asunto contra el fiador que prometió que otro comparecería en juicio, lo cual ha de considerarse si se refiere al verdadero importe o a la cantidad estimada por el demandante; y es mejor que el fiador responda de la cantidad verdadera, salvo que hubiese aceptado ser fiador por determinada cantidad fija. (Ulp. 5 ed.)

D,2,8,3: Ya sea la acción del duplo, del triplo o del cuádruplo, decimos que el fiador está obligado a otro tanto, porque se entiende que a eso asciende el asunto litigioso. (Gai. 1 ed. Prov.)

D,2,8,4: Si hubiese muerto el que había dado un fiador para comparecer en juicio no deberá el pretor disponer que este lo presente, y si lo hubiese dispuesto por ignorar la muerte o aquel hubiese muerto después del decreto del pretor y antes del término de comparecencia, habrá de ser denegada la acción contra el fiador. Pero si hubiese muerto después del término de la comparecencia o hubiese perdido la ciudadanía se puede demandar con éxito. (Paul. 4 ed.)

D,2,8,5: Pero si hubiese salido fiador de uno que había sido condenado en juicio y este hubiese muerto o perdido la ciudadanía romana, se podrá no obstante, demandar rectamente al fiador.

D,2,8,5,1: El que no hubiese aceptado a un fiador para comparecer en juicio que, en relación a la cuantía del asunto, era evidentemente idóneo o, en caso de dudarse, que fue reconocido como tal, puede ser demandado por la acción de injurias, porque ciertamente no es una injuria cualquiera llevar ante el magistrado al que ha dado un fiador suficientemente idóneo; y también el mismo fiador que no ha sido aceptado podrá demandar por la injuria que se le ha hecho. (Gai. 1 ed. prov.)

D,2,8,6: Se considera haberse garantizado en tanto se dio una caución o garantía defectuosa. (Paul. 12 ed.)

D,2,8,7: Si no se niega la idoneidad del fiador, pero se dice que tiene la excepción del fuero, y el demandante teme no acudir al debido fuero, se habrá de ver qué ocurre. Y el emperador Antonino Pío, de consagrada memoria, dispuso (según refieren también Pomponio, epist, Marcelo, 3 dig. y Papiniano, 3 quaest.) en rescripto a Cornelio Próculo, que el demandante puede recusar con razón a tal fiador; pero si no se pudiese garantizar de otro modo, se le ha de prevenir para que no use del privilegio, si fuere demandado.

D, 2, 8, 7, 1: Si la garantía fuere necesaria y el demandado no pudiera fácilmente prestarla allí donde se le demanda, puede ser atendido por el juez, si está dispuesto a prestarla en otra ciudad de la misma provincia. Mas si la garantía es voluntaria, no se remite a otro lugar, porque tampoco lo merece quien se impuso a sí mismo la necesidad de garantizar.

D,2,8,7,2: Si no se hubiese dado garantía por una cosa mueble y la persona de la cual se desease la garantía fuese sospechosa, deberá depositarse la cosa en la oficina

judicial, si así hubiese parecido conveniente al juez en tanto se dé una garantía o se concluya el pleito. (Ulp. 14 ed.)

D,2,8,8: Suele convenirse entre los litigantes el término que se ha de fijar en la estipulación. Si no se hubiera convenido, estima Pedio que puede fijarlo el estipulante, debiendo para ello establecer el juez un espacio de tiempo moderado.

D,2,8,8,1: No se considera que garantiza quien presenta como fiadora una mujer; tampoco un soldado o un menor de veinticinco años han de ser admitidos, salvo que estas personas sean fiadoras en cosa propia, como cuando lo son de su procurador judicial. También opinan algunos que si se reclamase un fundo dotal del marido, la mujer sería fiadora en cosa propia.

D,2,8,8,2: Si se descubriese antes de aceptarse el juicio, que el que dio fianza de pagar la condena es esclavo, el demandante ha de ser auxiliado de modo que sea garantizado de nuevo; también hay que auxiliar así al menor de veinticinco años, y quizá incluso a la mujer, por su impericia.

D,2,8,8,3: Si el fiador para el pago de la condena se hizo heredero del estipulante, o este del fiador, ha de garantizarse de nuevo.

D,2,8,8,4: El tutor y el curador, para dar garantía de que los bienes del pupilo quedarán a salvo, deberán hacerlo en el municipio, pues es una fianza necesaria; asimismo, respecto a la restitución al nudo propietario de la cosa cuyo usufructo se ha dado a otro; también el legatario, para que garantice la devolución de los legados en el caso de que haya evicción de la herencia, o de lo que hubiera cobrado de más según la ley Falcidia. También se debe admitir que el heredero dé garantía en el municipio del pago de los legados; claro que si se ha concedido y al legatario la posesión de los bienes por haber dejado de afianzar el heredero, y pide este que aquel abandone la posesión diciendo que está dispuesto a dar garantía en el municipio, no deberá conseguirlo, aunque sería distinto si el legatario hubiera sido puesto en posesión sin haber culpa o dolo por parte del heredero.

D,2,8,8,5: Se ordena jurar que no se procede con malicia para que nadie pretenda dar garantía en el municipio por vejar a su adversario, pudiendo quizá darla en Roma; pero a algunos se dispensa este juramento de no vejar: así a los padres y patronos. El que se remite a un municipio para dar garantía debe jurar en los siguientes términos: «que no puede dar garantía en Roma y si allí donde pide se le remita, y que ello no lo hace para vejación». Pues no ha de ser compelido a jurar de este otro modo: «que no puede dar garantía más que en aquel lugar» porque si no puede hacerlo en Roma, pero pudiese en otros muchos lugares, se le obliga a un perjurio.

D,2,8,8,6: Así, pues, se concederá esto cuando se considere que hay justa causa. ¿Qué ocurriría si cuando se hallaba en el municipio no quiso dar garantía? En este caso no debe concedérsele que lo haga en el municipio, pues había dejado de darla donde él quería. (Paul. 14 ed.)

D,2,8,9: Nombrado un árbitro para aprobar la idoneidad de los fiadores, si se considerase injusto el arbitraje contra una u otra parte, es lícito apelar del árbitro lo mismo que de los jueces. (Gai. 5 ed. Prov.)

D,2,8,10: Si el árbitro ha aprobado la idoneidad de los fiadores, han de ser tenidos por tales, puesto que se hubiese podido presentar querrela al juez competente, el cual desapruueba, según la causa, los aprobados por el árbitro y otras veces aprueba los desaprobados.

D,2,8,10,1: Y si aceptó a los fiadores por su voluntad con más razón debe contentarse con ellos. Pero si en el tiempo intermedio sobrevino a los fiadores una grave calamidad o una gran pobreza, habrá de darse garantía de nuevo, previa cognición de causa. (Paul. 75 ed.)

D,2,8,11: Dice Juliano que si antes de mandarte yo que reivindicaras un fundo, hubieses aceptado una garantía para reclamar ese fundo y después hubieses determinado ejercitar la acción por mi mandato, los garantes siguen obligados. (Ulp. 75 ed.)

D,2,8,12: Se admite en general que el heredero bajo condición que entra en posesión de la herencia antes de cumplirse la condición debe dar garantía al sustituto respecto a la herencia, y si se hubiese frustrado la condición, puede el sustituto adir y reclamar la herencia, y si prevalece en el juicio, debe el heredero atenerse a lo estipulado, y muchas veces el mismo pretor, antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación del sustituto, suele disponer, con causa justificada, que se interponga estipulación. (Ulp. 77 ed.)

D,2,8,13: Pero si fuesen varios los sustitutos, se les ha de dar garantía a cada uno de ellos. (Paul. 75 ed.)

D,2,8,14: Un hijo de familia defiende a su padre ausente: pregunto si debe dar garantía de que pagará la condena. Paulo responde que el que defiende a un ausente, incluso si se trata de su padre o de su hijo, debe dar garantía al demandante conforme a lo que establece el edicto. (Paul. 2 resp.)

D,2,8,15: Ha de saberse que los poseedores de cosas inmuebles no están obligados a dar garantía.

D,2,8,15,1: Ha de ser considerado poseedor el que posee bienes raíces en el campo o en la ciudad, sea en la totalidad de la finca sea en parte de ella; pero también se entiende que es poseedor el que posee una tierra a censo, es decir, enfitéutica; igualmente ha de entenderse que es poseedor el que tiene la nuda propiedad; pero el que tiene solamente el usufructo escribe Ulpiano que no es poseedor.

D,2,8,15,2: El acreedor que aceptó una prenda no es poseedor, aunque tenga la posesión interdicial tanto si le ha sido entregada como si él se la dejó en precario al deudor.

D,2,8,15,3: Si un fundo ha sido dado en dote, tanto la mujer como el marido, se entienden poseedores en tanto a la posesión de dicho fundo.

D,2,8,15,4: Distinto es el caso del que tiene una acción personal para reclamar el fundo.

D,2,8,15,5: Los tutores se consideran como poseedores, tanto si poseen los pupilos como ellos mismos; pero si solo uno de los tutores posee, se ha de decir lo mismo.

D,2,8,15,6: Si me hubieras reclamado el fundo que yo poseía, pero después de haberse sentenciado a tu favor hubiese yo apelado ¿soy acaso poseedor del mismo fundo? Y rectamente se dirá que sí soy poseedor, porque no he dejado de poseer, y no hace al caso que pueda ser privado de la posesión.

D,2,8,15,7: Ha de atenderse al tiempo de la garantía para determinar si uno es poseedor o no; pues así como no hay dificultad para el que vendió la posesión después de la garantía, así tampoco sirve el empezar a poseer después de haber dado la garantía. (Mac. 1 de apell.)

D,2,8,16: El que prometió bajo juramento comparecer en juicio no se considera que ha cometido perjurio, si desistiese con causa admitida. (Paul. 6 ed.)

D, 2,9. TÍTULO IX: «COMO SE DA GARANTÍA CUANDO SE DEMANDA POR CAUSA NOXAL»

D,2,9,1: Si alguno hubiese prometido la comparecencia en juicio de aquel sobre el que se da una acción noxal, dice el pretor que ha de exhibirlo en el mismo estado en que entonces se halla, hasta que sea aceptado el juicio.

D,2,9,1,1: Veamos qué quiere decir hallarse «en el mismo estado». Y creo lo más cierto que se considera en el mismo estado el que no perjudica el derecho del demandante a la acción. Si un esclavo deja de ser del promitente o se pierde la acción, dice Labeón que no se considera que se ha mantenido «en el mismo estado»; tampoco si alguno estaba en situación de paridad para litigar y comenzó a estar en otra más desventajosa, por cambio de lugar o de persona. Así, si el esclavo es vendido a una persona que no puede ser demandada en el fuero del promitente, o se ha traspasado su propiedad a otra persona más poderosa, cree Labeón que no se considera haber comparecido en el mismo estado. Y cree Ofilio que tampoco compareció en el mismo estado si ha sido dado por el daño, pues considera que con la entrega por el daño la acción noxal ha perecido para los demás. (Ulp. 7 ed.)

D,2,9,2: Pero aplicamos otro derecho, puesto que por las precedentes causas no se libera al esclavo que se da por el daño, sino que el esclavo sigue vinculado por el delito lo mismo que si hubiese sido vendido.

D,2,9,2,1: Si se hallase ausente el esclavo por el cual compete a alguien la acción noxal, pero el dueño no niega que aquel esclavo se halla bajo su potestad, cree Vincio que ha de ser compelido a prometer la comparecencia en juicio o a aceptar él el juicio, o, si no quiere defenderlo, habrá de garantizar que lo presentará tan pronto pueda. Pero si niega falsamente que se halle bajo su potestad, habrá de aceptar el juicio sin posibilidad de liberarse mediante la entrega por el daño. Lo mismo escribe Juliano para el caso de que hubiese hecho con dolo que el esclavo dejara de hallarse bajo su potestad. Pero si el esclavo está presente y el dueño ausente, y nadie defiende al esclavo, podrá llevárselo al demandante con la autorización del pretor; mas se dará después la defensa del dueño, previa cognición de causa, como escriben Pomponio y Vindio, para que no le perjudique su ausencia. Por tanto, ha de ser restituida al demandante la acción extinguida por haber entrado el esclavo en los bienes de aquel al ser autorizado.

D,2,9,3: Si se demandase en juicio noxal a un usufructuado, y este no defendiese al esclavo, le denegará el pretor la reclamación del usufructo. (Ulp. 7 ed.)

D,2,9,4: Si se demanda noxalmente contra uno de los dueños ¿deberá acaso garantizar por su parte de socio? Sabino dice que no, porque en cierto modo defendería la totalidad de su esclavo el que se viese en la necesidad de defenderlo solidariamente, y no sería atendido si se hallase dispuesto a defenderlo parcialmente. (Gai. 6 ed.)

D,2,9,5: Si alguno hubiese prometido que un esclavo habría de comparecer en el mismo estado y comparece convertido en persona libre, no comparece como debe si hay con él una controversia pendiente por acción capital o de acción de injurias porque una cosa es castigar la ofensa del esclavo con azotes, y otra castigar a un hombre libre o condenarle a una pena pecuniaria; en cambio, por lo que respecta a las demás causas noxales, se considera que ha llegado incluso a mejor estado. (Ulp. 47 Sab.)

D,2,9,6: Pero si ha prometido que comparecería un manumitido bajo condición, se considera que comparece en el mismo estado aunque comparezca libe, puesto que el evento de libertad se halla implícito en este caso. (Paul. 11 Sab.)

D, 2,10. TÍTULO X: «SOBRE EL QUE IMPIDE QUE OTRO COMPAREZCA A JUICIO»

D,2,10,1: El pretor estimó muy justo reprimir el dolo del que impide a otro comparecer en juicio.

D,2,10,1,1 Se estima que ha obrado con dolo, no solo el que retuvo a alguien con sus manos o por sus subordinados, sino también el que rogó a otros para que lo retuvieran o se lo llevaran a fin de que no compareciera en juicio, tanto si sabían cómo si no sabían en qué asunto se enredaban.

D,2,10,1,2: Entendemos el dolo malo de modo que responda por este edicto el que anunciase alguna desgracia al que se dirige al juicio, por la cual tuviera el necesariamente que dejar de acudir al juicio, aunque algunos estiman que el que fue crédulo debe sufrir las consecuencias.

D,2,10,1,3: Si el demandado no hubiese comparecido por dolo del demandante, no tendrá el demandado acción contra él según este edicto, pudiendo darse por satisfecho con la excepción, si se le demanda por la pena, en virtud de lo estipulado, a causa de no haber comparecido a juicio; distinto sería si hubiese impedido por otra persona porque entonces podría ejercitar contra él la acción propuesta.

D,2,10,1,4: Si varios hubieran obrado con dolo, responderán todos, pero si me hubiese pagado la pena uno de ellos, los demás se liberan, pues no hay interés en más.

D,2,10,1,5: Todos convienen en que a nombre del esclavo se ha de demandar por esta causa en juicio noxal.

D,2,10,1,6: Se da esta acción al heredero, pero no se da después del año; contra el heredero solamente creo que solo se debe dar esta acción para que no se lucre con el dolo del difunto. (Ulp. 7 ed.)

D,2,10,2: Si un esclavo del demandante, sabiéndolo y no impidiéndolo el dueño cuando podía haberlo impedido, hubiera hecho con dolo que yo no compareciese a juicio, dice Ofilio que se me ha de dar la excepción contra el dueño, para que no se lucre con el dolo del esclavo. Pero si el esclavo lo hubiese hecho sin la voluntad del dueño, dice Sabino que ha de darse una acción noxal y no debe el hecho del esclavo perjudicar al dueño en más que el tener que quedarse sin él, puesto que él mismo no delinquirió. (Paul. 6 ed.)

D,2,10,3: Contra el que impidió con dolo que compareciese el que había sido llamado a juicio, compete según este edicto una acción por el hecho en la medida del interés del demandante en que hubiese comparecido; en cuyo juicio se tendrá en cuenta lo que hay perdido el demandante por la falta de comparecencia; por ejemplo, si el demandado, por transcurso del tiempo, adquiere para sí la propiedad de la cosa o hubiese sido liberado de la acción.

D,2,10,3,1: Ciertamente, si el que hubiera hecho con dolo que no compareciese alguien en juicio no fuese solvente, será justo que competa con el mismo demandado la acción restitutoria, para que el demandado no se lucre a causa del dolo ajeno ni el demandante sufra un perjuicio.

D,2,10,3,2: Si el estipulante y el promitente hubiesen sido impedidos para comparecer en juicio, el primero por el dolo de Ticio y el segundo por el dolo de Mevio, uno y otro podrán ejercitar la acción por el hecho contra aquel cuyo dolo les impidió comparecer.

D,2,10,3,3: Si el estipulante hubiese sido impedido por el dolo del promitente, y este por el dolo del estipulante, ni a uno ni a otro deberá ayudar el pretor, debiendo compensarse el dolo de una y otra parte.

D,2,10,3,4: Si yo hubiese estipulado cincuenta mil sestercios de un fiador para el caso de que el demandado no compareciese en juicio, habiendo de pedir yo del demandado cien mil, y por dolo de Sempronio se hubiese hecho que el demandado no compareciese a juicio, conseguiré cien mil de Sempronio. Se considera, pues, que a tanto se eleva mi interés porque si hubiese vendido a juicio me competía una acción por cien contra el demandado a su heredero, aunque el fiador me hubiese prometido una suma menor. (Iul. 2 dig.)

D,2,11. TÍTULO XI: «SI ALGUNO NO SE ATIENE A LAS GARANTÍAS DE COMPARECER EN JUICIO»

D,2,11,1: Dispone el pretor que se cuenten veinte mil pasos por cada uno de los días, excepto el día en que se promete la garantía y aquel otro en que debe comparecer en juicio; pues ciertamente tal numeración de las jornadas no es gravosa para ninguno de los litigantes. (Gai. 1 ed. prov.)

D,2,11,2: No exigimos al demandado que comparezca en juicio si el negocio a causa del cual prometió comparecer hubiese sido objeto de transacción; pero esto siempre que el negocio haya sido transigido antes del momento en que debía comparecer, puesto que si se transigió después debe oponerse la excepción de dolo. Pues ¿quién se va a preocupar de la pena prometida una vez transigido el negocio? Es más, se podría pensar que la excepción de negocio transigido podría oponerse como si se hubiese transigido también respecto a la pena, salvo que las partes hubieran acordado lo contrario.

D,2,11,2,1: Si alguno, sin dolo por su parte, ha sido impedido de comparecer en juicio según su promesa a causa de alguna carga municipal, es muy justo que se le otorgue una excepción.

D,2,11,2,2: De igual modo, si no pudiese concurrir a juicio por haber sido solicitado como testigo, habrá de auxiliársele.

D,2,11,2,3: Si alguno hubiese prometido comparecer a juicio, pero, impedido por enfermedad, tormenta o avenida del río, no hubiese podido comparecer, será auxiliado por la excepción, y no sin razón. Siendo necesaria su presencia en virtud de tal promesa, ¿cómo podía comparecer el que se vio impedido de hacerlo por enfermedad? Por esto también la ley de las XII Tablas dispone que se aplace el día del juicio si el juez o uno de los litigantes no pudiesen comparecer por enfermedad grave.

D,2,11,2,4: Si una mujer no compareciese en juicio, no por enfermedad sino por hallarse encinta, dice Labeón que se le ha de dar la excepción; pero si hubiese guardado cama después del parto, habrá de probarse que estuvo impedida como por enfermedad.

D,2,11,2,5: Lo mismo ha de decirse si alguno hubiese enloquecido, puesto que el que no comparece impedido por la locura está impedido por una enfermedad.

D,2,11,2,6: Respecto a lo que dijimos de que debe auxiliarse al que no compareció por habérselo impedido la tormenta o el desbordamiento de un río, debemos entender por tormenta tanto la marítima como la terrestre y debemos considerar como tal lo que constituye un impedimento para caminar o navegar.

D,2,11,2,7: La avenida del río hay que admitirla incluso sin tormenta; entendemos que hay avenida del río si la magnitud de este sirve de impedimento o se ha soltado un puente, o no resiste la embarcación.

D,2,11,2,8: Si alguno se hubiese puesto él mismo en la dificultad, pudiendo haber evitado la tormenta o la avenida del río si hubiese salido antes o hubiese navegado en momento oportuno, ¿le aprovechará en algo la excepción? Esto, ciertamente, habrá de determinarse previa cognición de causa, pues ni ha de apurarse al límite de reprocharle el no haberse marchado mucho antes de que llegase el día de la promesa, ni tampoco ha de atribuirse a la tormenta o a la avenida del río lo que a él sea imputable. ¿Y qué se dirá si uno que se hallaba en Roma al tiempo mismo de la promesa de comparecer, se ha marchado a un municipio sin necesidad urgente y solo por placer? ¿No es acaso indigno de que se le ampare con esta excepción? ¿Qué diremos si la tormenta fue en el mar y pudo venir por tierra o salvar el río con un rodeo? Debe decirse igualmente que no siempre le seguirá la excepción, salvo que la penuria de tiempo no le permitiese hacer el camino por tierra o rodear el río. Cuando el río de tal modo hubiese crecido que llenase él.

D,2,11,2,9: De igual modo se da la excepción a aquel que queriendo venir al juicio, fue retenido por el magistrado sin dolo por su parte, pues si él mismo lo procuró así o dio motivo para ello, no le servirá la excepción, sino que le perjudicará su propio dolo y no el de los que le hubiesen retenido con dolo. Pero si lo hubiese retenido una persona privada de ningún modo le servirá esta excepción. (Ulp. 74 ed.)

D,2,11: Sino que se le dará acción contra el que le detuvo, en la cuantía de su interés. (Paul. 69 ed.)

D,2,11,4: Si alguno que había sido condenado en causa capital no pudo comparecer en juicio, con razón se le excusa. Debemos considerar condenado en causa capital aquel al que le fue impuesta la muerte o el exilio. Alguno dirá acaso ¿para qué esta excepción con el condenado?. Más se responderá que es necesaria para los fiadores de este, o si marchó al exilio conservando la ciudadanía, en cuyo caso aprovechara esta excepción al defensor de aquel.

D,2,11,4,1: Ha de saberse que el que no hubiese comparecido por haberse hecho tan solo procesado de pena capital no está en condiciones de poder usar la excepción, pues se da esta tan solo al que ha sido condenado; claro que si no hubiera comparecido por impedírsele el hallarse en prisión o bajo custodia militar, sí estará en condiciones de poder usar la excepción.

D,2,11,4,2: Además, si alguno no compareció por habérselo impedido el entierro de alguien de su casa, debe dársele la excepción.

D,2,11,4,3: Asimismo debe protegerse con la excepción el que hubiese estado en poder de los enemigos y por ello no compareció a juicio.

D,2,11,4,4: Se preguntó si las partes podrían convenir que no se opusiese ninguna excepción en caso de que la promesa hecha para comparecer en juicio hubiese quedado incumplida, y dice Atilicino que esta convención no vale, pero yo creo que esta convención vale si se han declarado expresamente las causas de las excepciones a las cuales el promitente renunció espontáneamente.

D,2,11,4,5: Asimismo se pregunta: si uno que no tenía por qué dar garantía de comparecer en juicio lo hubiese hecho mediante promesas ¿acaso se dará la excepción a sus fiadores? Creo que importa saber si se ha prometido en garantía por error o por un convenio. Si por error, ha de darse la excepción a los fiadores; si por acuerdo, de ningún modo. Pues también escribe Juliano que si por ignorancia se hubiese prometido para comparecer en juicio más de lo establecido, debe ser dada la excepción; pero si la promesa de tal suma se ha hecho por convenio, dice Juliano que la excepción ha de ser rechazada por la réplica de pacto convenido. (Ulp. 74 ed.)

D,2,11,5: Si hay dos acreedores solidarios y el deudor hubiera prometido a uno con estipulación penal que comparecería en juicio y el otro lo hubiere impedido, únicamente se ha de dar la excepción frente al otro cuando son socios, para que el dolo no resulte ventajoso, por razón de la sociedad, al que impidió la comparecencia.

D,2,11,5,1: Asimismo, si hay dos deudores solidarios y uno de ellos, menospreciando la promesa que hizo de comparecer, no viniese a juicio pero el demandante reclama a uno la cosa y al otro la pena de deserción, entonces, si pide la pena será repelido de la reclamación de la cosa por la excepción.

D,2,11,5,2: Igualmente, si un padre hubiera hecho una promesa de comparecer en juicio a causa de un contrato de su hijo, y luego el demandante hubiera demandado al hijo por su deuda: será rechazado por la excepción si demanda al padre a causa de su promesa de comparecer; lo mismo, viceversa, si el hijo hubiese prometido y el demandante actuase contra el padre por la acción de peculio. (Paul. 69 ed.)

D,2,11,6: Si el que dio un fiador no hubiese comparecido por el hecho de hallarse ausente por motivos públicos, es injusto que el fiador sea obligado necesariamente a comparecer por otro que se hallaría él mismo liberado de comparecer. (Gai. 1 ad leg. XII tab.)

D,2,11,7: Si alguno hubiese prometido que comparecería en juicio un esclavo o persona libre que se halla bajo potestad ajena, tendrá las mismas excepciones que si hubiera salido fiador por una persona libre o por un padre de familia, salvo si se alegase que el esclavo había estado ausente por motivos públicos. Porque un esclavo no puede estar ausente por tales motivos (=D, 50, 17,211) Salvo esta, las demás excepciones, como son comunes, tienen lugar tanto para un hombre libre como para un esclavo. (Paul. 69 ed.)

D,2,11,8: Y si después de tres, cinco o más días de la fecha en que el demandado prometió comparecer a juicio se presentará ofreciéndose al demandante y no se hubiese perjudicado con la mora el derecho de este, es consecuente decir que debe defenderse el demandado mediante la excepción. (Gai. 29 ed. prov.)

D,2,11,9: Si un esclavo promete comparecer en juicio, no deben atenerse a la estipulación ni él ni sus fiadores.

D,2,11,9,1: Si se prometiese a nombre de varios esclavos, en una sola estipulación, su comparecencia en juicio, se incurre en la pena íntegra, según dice Labeón, aunque solamente uno de ellos haya dejado de comparecer, puesto que es verdad que no han comparecido todos; pero si se promete la pena proporcionalmente a cada uno, podrá usar de la excepción de dolo el que sea demandado por esta estipulación. (Ulp. 77 ed.)

D,2,11,10: Si yo hubiese prometido la comparecencia en juicio de aquel que decía haberse liberado ya por el transcurso del tiempo, porque ya no se podía ejercitar la acción contra él, ha de darse contra mí la acción para que lo exhiba o lo defienda, de modo que se aclare la verdad.

D,2,11,10,1: El esclavo que uno prometió presentar a juicio pereció antes de la fecha de comparecencia por dolo del promitente. Según el derecho cierto que aplicamos, no se puede pedir la pena antes del vencimiento del término, pues toda la estipulación se considera referida a dicho término.

D,2,11,10,2: Uno que iba a demandar con la acción de injurias había estipulado que su adversario comparecería en juicio; antes de la litiscontestación, al incurrirse en la estipulación por falta de comparecencia, murió. Se estima que no compete al heredero de este la acción por la estipulación, porque tales estipulaciones se dan en consideración al objeto del litigio, y la acción de injurias no compete al heredero. Aunque esta estipulación de comparecer en juicio sí pasa al heredero, sin embargo, no ha de darse en este caso, pues no se permitiría al mismo difunto demandar por lo estipulado después de renunciar a la acción de injurias. Lo mismo ha de decirse si el demandado por una acción de injurias, hubiese muerto después de haber incurrido en la estipulación: no me compete contra su heredero la acción por la estipulación, según escribe Juliano. Por lo cual, aunque hayan sido dados fiadores, de ningún modo se dará acción contra ellos después de morir el deudor principal. Lo mismo dice Pomponio en el caso de que no hubiese.

D,2,11,11: Quien prometió la comparecencia de alguien en juicio debe presentarlo en el mismo estado. Comparecer en el mismo estado es hacerlo de modo que el demandante no esté en situación inferior para reclamar aunque la cosa pueda ser más difícil de conseguir; pues aunque sea así, ha de decirse, no obstante, que se considera que sigue en el mismo estado, porque aunque hubiese contraído nuevas deudas o perdido el dinero, se considera, no obstante, que sigue en el mismo estado. Por tanto, también el que comparece después de haber sido condenado a favor de un tercero se considera que permanece en el mismo estado. (Ulp. 47 Sab.)

D,2,11,12: Pero el que puede hacer uso de un privilegio que no tenía antes se considera que sigue en el mismo estado.

D,2,11,12,1: Ha de tenerse en cuenta que la estimación del interés del demandante debe referirse al momento en que el demandado debió comparecer, no al momento de la demanda, a pesar de que pudo dejar de interesarle la comparecencia. (Paul. 11 Sap.)

D,2,11,13: Siempre que un esclavo, como si él mismo hubiere de litigar, estipula la comparecencia de otro o él mismo promete comparecer, ni él incurre en la estipulación ni quedan obligados los fiadores, puesto que el esclavo no puede ser demandado ni demandar. (Iul. 55 dig.)

D,2,11,14: Si un procurador ha estipulado tan solo la comparecencia de alguien, y no estipula también la pena por la falta de comparecencia, tal estipulación carece casi de valor, porque el procurador, por lo que toca a su propia utilidad, no tiene interés en aquella comparecencia; pero como gestiona un negocio ajeno al hacer la estipulación, puede defenderse que en este caso debe considerarse la utilidad, no del procurador, sino de aquel cuyo negocio se gestiona, para que se deba pagar al procurador, a causa de la estipulación, o la falta de comparecencia del demandado, tanto como sea el interés del titular del litigio. Lo mismo y con más razón aún puede decirse si el procurador hubiese estipulado diciendo «cuanto sea valor de la cosa», de modo que interpretemos el sentido de estas palabras como referidas a la utilidad del representado y no a la del mismo procurador. (Nerat. 2 membr.)

D,2,11,15: Si un tutor hubiese prometido comparecer en juicio y no hubiese cumplido la estipulación, y entretanto el pupilo hubiese llegado a la pubertad o hubiese

fallecido, o se hubiese abstenido de la herencia, se denegará la acción por la estipulación, pues es cosa probada que no ha de darse contra él la acción de cosa juzgada, ni aún por el mismo objeto de la reclamación si el tutor hubiera sido condenado y ocurriese alguno de los supuestos mencionados. (Pap. 2 quaest.)

D, 2,12. TÍTULO XII: «SOBRE LOS DÍAS FESTIVOS, LOS APLAZAMIENTOS Y LOS DIVERSOS PLAZOS»

D,2,12,1: En un senadoconsulto del emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria, se dice que nadie haga comparecer en juicio al adversario en la época de las mieses y de las vendimias, porque los ocupados en las faenas del campo no han de ser forzados a comparecer en el foro.

D,2,12,1,1: Pero si el pretor, por ignorancia o desidia, hubiese persistido en llamarlos, y ellos hubiesen venido espontáneamente, supuesto que hubiese pronunciado sentencia hallándose ellos presentes y litigando espontáneamente, valdrá la sentencia, aunque no hubiese obrado rectamente el que los convocó. Pero si hubiese pronunciado su sentencia estando ellos ausentes por haber persistido en no comparecer, es consecuente decir que la sentencia carece de valor (pues no debe un hecho del pretor derogar el derecho), y se anulará por tanto la sentencia sin necesidad de apelación.

D,2,12,1,2: Pero se exceptúan ciertas causas en las cuales podríamos ser forzados a venir ante el pretor durante la época de las mieses y las vendimias; a saber, si el litigio puede perecer con el tiempo, es decir, si la dilación puede hacer perecer la acción. Ciertamente, siempre que el asunto es urgente, hemos de ser obligados a venir ante el pretor, pero es justo que se nos obligue solamente a la litiscontestación, y así se dice expresamente en las palabras mismas del senadoconsulto imperial. Por lo demás, este mismo senadoconsulto concedió la dilación cuando una de las partes se niega a litigar después de la litiscontestación. (Ulp. 4 de omn. trib.)

D,2,12,2: En el mismo senadoconsulto leído en el senado por el emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria, se establece que se debe comparecer ante el pretor los días feriados en otros casos: por ejemplo, para nombrar tutores o curadores, para amonestar a los tutores que abandonan su función, para alegar excusas que exoneran de la tutela, para fijar alimentos, para prueba de edad, para entrar en posesión en interés del hijo que ha de nacer o para conservación de una cosa, en garantía de legados o fideicomisos o en razón de daño temido; asimismo, para exhibir un testamento; también para que se nombre curador del patrimonio del difunto cuyo heredero es incierto, para cuestión de alimentos de los descendientes, ascendientes y patronos, para adir una herencia sospechosa, para que se estime por su aspecto una lesión grave o para otorgar la libertad dejada en fideicomiso. (Ulp. 5 ed.)

D,2,12,3: También suele ejercerse la jurisdicción durante el tiempo de mieses y vendimias en causas que pueden perecer por el transcurso de tiempo o por la muerte de los interesados. Por la muerte, por ejemplo, en los casos de hurto, de daño injusto, de lesiones graves y por los robos en ocasión de incendio, derrumbamiento, naufragio o abordaje, y otras acciones semejantes. Asimismo, si la causa puede perecer por el transcurso del tiempo o del plazo de la acción.

D,2,12,3,1: Los juicios liberales se pueden concluir en cualquier tiempo.

D,2,12,3,2: También se ejerce la jurisdicción en cualquier tiempo contra el que hubiese cometido algo contra la utilidad común en ocasión de mercado.

D,2,12,4: Los gobernadores de las provincias suelen señalar unas vacaciones por causa de las mieses y vendimia, de acuerdo con la costumbre de cada sitio. (Paul. 1 ed.)

D,2,12,5: Los magistrados no suelen ejercer la jurisdicción, ni aún recibir a nadie, el último día del año. (Ulp. 62 ed.)

D,2,12,6: Si se hubiese dado sentencia en día festivo, está previsto en la ley que no hay juicio en estos días a no ser a voluntad de las partes y que nadie deba cumplir ni pagar lo que, en contra de esta disposición, se hubiera juzgado y que no imponga la ejecución de la sentencia el juez ante el cual se hubiera acudido para litigar. (Ulp. 77 ed.)

D,2,12,7: En el senadoconsulto del emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria se dice que no debe ser concedida más de una vez la dilación para la presentación de documentos; pero, en gracia a la utilidad de los litigantes, previa cognición de causa, suele concederse nueva dilación, tanto a los de la misma provincia como a los de otra, según la situación de los lugares y especialmente en caso de emergencia. Habrá que ver, si cuando el difunto hubiese obtenido ya alguna dilación, para la presentación de documentos, si acaso debe darse también a los sucesores,

o si, como ya ha sido dada una vez, no puede darse más. Y es mejor que también a este caso deba darse la dilación previa cognición de causa. (Ulp. 1 de off. cons.)

D,2,12,8: Según la costumbre romana, el día comienza a media noche y concluye a la media noche siguiente. Así pues, todo lo actuado en estas veinticuatro horas, es decir, en dos mitades de noche y en el día intermedio, es lo mismo que si se hubiera hecho en cualquier hora del día. (Paul. 13 sab)

D,2,12,9: El emperador Trajano, de consagrada memoria, dispuso en un rescripto dirigido a Minicio Natal que las ferias dan vacación a los negocios forenses solamente, pero que las cosas referentes a la disciplina militar pueden actuarse también días festivos, entre las cuales está también la cognición de las cuales de arresto. (Ulp. 7 de off. proc.)

D, 2, 12,10: En ninguna causa pecuniaria puede concederse la dilación más que una vez en cada causa, pero en las causas capitales pueden darse al reo tres dilaciones y al acusador dos; pero en ambos casos previa cognición de causa. (Paul. 5 sent.)

D, 2,13. TÍTULO XIII: «SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA DEMANDA»

D,2,13,1: El que quiera ejercitar una acción debe comunicárselo al demandado, pues se considera muy justo que el demandante notifique la acción para que así el demandado sepa si debe ceder o seguir el litigio, y si estima que debe litigar venga preparado para ello, conociendo la acción con la que se le demanda.

D,2,13,1,1: Comunicar la acción es también dejar sacar una copia o redactar un libelo y remitirlo o dictarlo. Dice Labeón que también comunica la acción el que conduce a su adversario al tablón del edicto y le señala la acción que va a dictar, o bien diciéndole qué acción va a ejercitar.

D,2,13,1,2: Las comunicaciones de acción deben hacerse sin día del mes ni año consular, para no dar lugar si se conoce la fecha, a que el demandado se anticipe con alguna maniobra. Pero el pretor exceptuó la fecha que figura en el documento, no aquella para la cual se fijó el pago, pues el término para el pago, como la cantidad, forma parte de la estipulación. Las cuentas en cambio, deben exhibirse con indicación del día del mes y del año consular, porque el debe y el haber no dan fe más que si llevan la fecha.

D,2,13,1,3: Debe comunicarse todo lo que habrá de ser comunicado ante el juez, pero no de modo que se fuerce a exhibir a aquellos documentos de los que no se va a hacer uso.

D,2,13,1,4: No se considera que comunica en debida forma el que no presenta la estipulación entera.

D,2,13,1,5: Se ha de salir en ayuda de aquellos que por razón de edad, rusticidad o sexo, o por otra causa, se descuidan en hacer la comunicación. (Ulp. 4 ed.)

D,2,13,2: Cuando se reclama un legado, el pretor no ordena que se indiquen las palabras del testamento: quizá porque los herederos suelen tener ya una copia del testamento. (Paul. 3 ed.)

D,2,13,3: El Senado decretó que a ninguno de aquellos de quienes se reclame algo en interés del fisco, se les obligue a mostrar otros documentos al delator que los que pertenecieran a la misma causa por la cual hizo la delación. (Maur. 2 de poenis)

D,2,13,4: Dice el pretor: «Los empresarios de los bancos de cambio comuniquen la cuenta que les afecta con indicación del día del mes y del año consular»

D,2,13,4,1: La razón de este edicto es muy justa, puesto que al hacer los cambistas las cuentas de cada uno, resultaba justo, que se me exhiba un documento que es, en cierto modo, mío. Porque se confeccionó por mi causa.

D,2,13,4,2: También el hijo de familia está comprendido en estas palabras, de modo que él mismo quede obligado a comunicar la cuenta, y se pregunta si acaso también queda obligado su padre. Escribe Labeón que el padre no ha de ser obligado a hacerlo, a no ser que el hijo ejerciera la banca a sabiendas de su padre. Mas Sabino respondió con razón que sí debe obligarse al padre cuando obtiene una ganancia.

D,2,13,4,3: Pero cuando un esclavo actúa como banquero, cosa posible, supuesto que lo hiciese con la voluntad del dueño, ha de ser obligado este a comunicar la cuenta y ha de darse la acción contra él como si él mismo fuera el banquero; y si el esclavo obró ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que no tiene aquellas cuentas. Si el esclavo ejerce como banquero con su peculio, el dueño queda obligado por la acción de peculio o de provecho obtenido; pero si el dueño tiene las cuentas en su poder y no las comunica quedará obligado por entero.

D. Las instituciones (*Las institutas*)

Mientras se trabajaba en la redacción del *Digesto*, Justiniano hizo redactar una obra elemental destinada a la enseñanza del derecho. En el año 529 encargó esta misión a Triboniano, cuestor del palacio, a los profesores de Derecho Teófilo y Doroteo que escribieron un tratado llamado *Instituciones* al que también se le dio fuerza legal y que está compuesto por cuatro libros que se dividen en Títulos. Esta colección fue publicada y declarada obligatoria el 21 de noviembre del año 529.

Las Instituciones estaban compuestas de fragmentos tomados de los jurisconsultos clásicos, pero sin indicación de fuentes, extractos o resúmenes de constituciones imperiales, destinados a indicar los cambios del derecho en la época de Justiniano. Las fuentes de donde han extraído los redactores son principalmente las *Instituciones* y las *Res cottidianae* de Gayo, además, algunos tratados del mismo género como las Instituciones de Florentino, de Ulpiano, de Marciano, las Reglas de Ulpiano. Los redactores siguieron el mismo plan general de las *Instituciones* de Gayo, habiendo dividido la colección en cuatro libros, subdivididos en títulos.

El Libro I trata de Personas, y el libro II y el III y los cinco primeros títulos del libro IV se ocupan de las Cosas; el final del libro IV está dedicado a las Acciones. Cada Título lleva una rúbrica y comprende un *principium*, y párrafos numerados.

Por metodología didáctica es necesario reseñar algunos fragmentos de esta importante colección de leyes romanas.

LAS INSTITUCIONES

LIBRO PRIMERO

TÍTULO III

Del derecho de las personas

La principal división del derecho de las personas es que los hombres, unos son libres y otros siervos. La libertad (de la cual viene la palabra libres), es la facultad natural de hacer lo que cada uno quiere, a no ser que se lo impida la fuerza o el derecho.

La servidumbre es una Constitución del Derecho de Gentes, en virtud de la cual alguno se sujeta a dominio ajeno contra la naturaleza. Los siervos se han llamado así, porque los generales en jefe de los ejércitos no acostumbraban a matar los cautivos, sino a venderlos, y por esta causa a conservarlos; y se han llamado mancipios porque manu capiuntur; esto es: se cogen por la mano por los enemigos.

Los siervos o nacen, o se hacen: nacen de nuestras esclavas; se hacen o por derecho de conquista, eso es por el cautiverio, o por el Derecho Civil cuando un hombre libre mayor de 20 años permite venderse con objeto de lucrar el precio. En la condición de los siervos no hay diferencia entre los libres, empero hay mucha; pues si son ingenuos o libertinos.

TÍTULO IV

De los ingenuos

Ingenuo es aquel que es libre desde que nació, haya sido procreado por el matrimonio de dos ingenuos o de dos libertinos, o bien de un libertino y otro ingenuo: y aunque nazca de madre libre y padre esclavo, será sin embargo ingenuo, del mismo modo que el que nace de madre libre y padre incierto; pues ha sido habido del vulgo. Basta que la madre haya sido libre al tiempo del nacimiento aun cuando en el de la concepción fuere esclava; y por el contrario, si en el de esta fue libre y después pariere siendo esclava, no obstante será libre el que naciere pues la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre. De ahí se han preguntado si manumitida una sierva preñada y después reducida otra vez a la esclavitud pariere, será el parto libre o siervo; y Marciano dice ser libre: pues basta a aquel que está en el útero haber tenido la madre libre durante el tiempo intermedio para que él lo sea, lo que es verdadero. Habiendo uno nacido ingenuo no le perjudica el haber estado en servidumbre y haber después manumitido; pues está mandado muchas veces que la manumisión no daña la ingenuidad.

TÍTULO V De los Libertinos

Los libertinos son aquellos que son manumitidos de una justa esclavitud. la palabra manumisión se deriva de las latinas *manu datio*; pues mientras alguno está en servidumbre se halla bajo mano y potestad ajena, y después de manumitido se libra del poder del señor. Esto trae a su origen del Derecho de Gentes, como que por Derecho natural todos nacen libres, y no se conocería la manumisión si fuese la esclavitud desconocida; pero después de haber por Derecho de Gentes la servidumbre apoderándose de la ingenuidad, se siguió el beneficio de la manumisión, y llamándose antes todos los hombres por un nombre común, por derecho de gentes empezó a haber tres especies de hombres; a saber: los libres y los contrarios a éstos, los esclavos, y en tercer lugar los libertinos, que son aquellos que han dejado de ser siervos.

La manumisión es de muchos modos: pues o se hacen según las sagradas constituciones en las Iglesias sacrosantas, o por vindicta, o entre amigos, o por carta o en testamento, o por otra cualquier última voluntad. De otros muchos modos puede darse la libertad al siervo, los que han sido introducidos, ya por las antiguas Constituciones, ya por las nuestras.

Los siervos empero siempre pueden ser manumitidos por los señores; aun cuando lo sean de paso; por ejemplo: cuando el pretor, el presidente o el procónsul van al baño o al teatro.

El estado de los libertinos era antes de tres maneras; pues los que eran manumitidos lograban, o una libertad entera y justa, haciéndose ciudadanos romanos; o menor convirtiéndose en latinos por la ley Junia Norbana, haciéndose dediticios por la ley Elia Sencida. Más por cuando el pésimo estado de los dediticios había ya de mucho tiempo caído en desuso, y no se acostumbraba tampoco el nombre de los latinos, por tanto, deseosa nuestra piedad de aumentarlo todo y ponerlo en mejor estado, corrigió esto en dos Constituciones y lo volvió al estado primitivo, pues que en los primeros tiempos de Roma solo habían una especie de libertad, esto es, la misma que tenían los manumisores; solo que era libertino el manumitido, a pesar de ser ingenuo el que le manumita. Abolimos los dediticios en una Constitución que promulgamos entre nuestras decisiones, por medio de las que por consejo de Triboniano, varón ilustre y nuestro cuestor, resolvimos las disputas del antiguo derecho. En otra Constitución por consejo del mismo cuestor enmendamos los latinos Junianos y todo lo que acerca de ellos se había observado, cuya Constitución sobresale entre las leyes imperiales; y concedemos el derecho de ciudadanos Romanos a todos los libertinos (sin hacer diferencia, ni en la edad del manumitido, según se observaba antes), habiendo añadido muchos modos por los cuales puede darse la libertad a los siervos, junto con el derecho de los ciudadanos romanos, que es la sola libertad que existe actualmente.

TÍTULO VI Quiénes y por qué causas no puede manumitirse

No a todo aquel que quiere manumitir le es permitido hacerlo, pues el que manumite en fraude de los acreedores nada hace, porque la ley Elia Sencia impide la libertad. El señor que está insolvente puede instituir en testamento por heredero a un

siervo dándole la libertad, de modo que se haga libre, y sea su heredero solo y necesario; con tal que no haya ningún otro heredero según aquel testamento, ya sea porque no lo hubiese nombrado, o ya porque habiéndole, por alguna causa no fuese heredero. Lo que también se dispuso por la misma ley Elia Sencia y con justicia; pues debía tomarse alguna precaución para que los hombres necesitados que no tuviesen ningún otro heredero, a lo menos pudiesen tener a un siervo suyo como heredero necesario, el que satisficiera a sus acreedores, o en cuyo nombre (no haciéndolo) vendiesen estas las cosas hereditarias, a fin de que no se deshonrase el difunto.

Lo mismo sucede, aunque se haya nombrado heredero al siervo sin la libertad, lo que dispuso nuestra Constitución, no solo con respecto al señor insolvente, sino en general, por una nueva razón de humanidad; de modo que por la sola institución parezca competir la libertad, no siendo verosímil que por haber omitido la dación de esta quiere que quede esclavo aquel mismo que elige por heredero y de esta suerte no tenga ninguno.

Dícese manumitir en fraude de los acreedores aquel que o ya en el tiempo en que manumite es insolvente, o que dada la libertad, ha dejado de ser solvente. Ha prevalecido, sin embargo, que a no haber tenido el manumisor el ánimo de defraudar, no se impide la libertad aunque sus bienes no basten a los acreedores; pues muchas veces los hombres se creen más ricos de lo que son en realidad. Diremos pues que se impide la libertad cuando los acreedores quedan defraudados de entrambos modos; esto es: por la intención del manumitente, y en el mismo resultado, por cuanto los bienes de aquel no podrán bastar a los mismos.

Por la misma Ley Elia Sencia no se permite al señor menor de veinte años manumitir, sino por vindicta en el consejo, previa aprobación de la justa causa de manumisión. Las justas causas de manumisión son, si uno manumite a su padre o madre, hijo o hija, hermanos o hermanas naturales, o a su ayo, nodriza, maestro, alumno, alumna, hermano de leche, o a un siervo para nombrarle procurador,

o a una esclava por causa de matrimonio; con tal, empero, que la tome por esposa dentro el término de seis meses, a no ser que lo impida una justa causa y que el siervo que se manumite con objeto de nombrarle procurador, no sea menor de diez y siete años. Aprobada, empero, una vez la causa, sea verdadera o falsa, no se retracta.

Estando, pues, establecido por la ley Elia Sencia un cierto modo de manumitir para los señores menores de veinte años, sucedía que aquel que había cumplido los catorce, aunque podía hacer testamento, y nombrar en el heredero, con todo si era menor de los veinte años, no podía dar la libertad al siervo, lo que no era razonable: pues, ¿o qué a aquel a quien se ha dejado la libertad de disposición de todos sus bienes por testamento, no le permitiremos a la manera de las otras cosas disponer también de sus siervos en su última voluntad, del modo que quiera, y de suerte que les pueda dar libertad? Pero siendo esta una cosa inestimable, por esta razón la antigüedad prohibía darla al siervo antes de los veinte años, y así nosotros siguiendo en cierto modo un medio parecer, no de otro modo concedimos al menor de veinte años que pudiese dar libertad a un siervo suyo en testamento, que si hubiese cumplido los diecisiete, y empezando a los diez y ocho, pues habiendo la antigüedad concedido a los de esta edad demandar civilmente por otros ¿por qué no se ha de creer que no tienen bastante firmeza de juicio para que puedan llegar a dar la libertad a sus siervos?

TÍTULO VII

De la derogación de la ley fusia caninia

Es necesario aclarar que habiéndose puesto de moda, en Roma la ostentación en los cortejos funerarios de las grandes personalidades de un cortejo cada vez más numeroso de esclavos liberados en el testamento del difunto, la Ley Fusia Caninia puso un tope al número de esclavos que se podía liberar.

La ley Fusia Caninia ponía ciertos límites a la manumisión de los siervos por testamento; la que porque casi impedía la libertad y en cierto modo era envidiosa, juzgamos deber derogarla, pues era bastante inhumano que los vivos tuviesen licencia de dar la libertad a toda su familia a no ser que alguna causa lo impida, y quitar a los moribundos semejante facultad.

TÍTULO VIII

De aquellos que están o no sujetos a potestad ajena

Sigue otra división del Derecho de las Personas, pues unas son de su derecho, y otras sujetas a potestad ajena; y de aquellas que están sujetas a dominio de otro, unas están en poder de los padres y otras en poder de los señores.

De aquellos que están sujetos a potestad ajena; pues si supiéremos cuales son estas personas, también sabremos las que son de su derecho; y primeramente tratemos de las que están en poder de los señores.

Los esclavos están en la potestad de los señores, esta potestad es ciertamente de derecho de gentes, pues podemos observar que todas las naciones indistintamente a los señores el derecho de vida y muerte sobre los siervos, y que todo lo que estos adquiriesen fuese para el señor. Más actualmente ninguno de los que viven en nuestro imperio puede sin una justa causa conocida por las leyes tratar con excesiva crueldad a sus siervos; pues por la Constitución de Antonino aquel que sin causa diere muerte a su siervo no debe ser menos castigado que si hubiese muerte a un siervo ajeno, y hasta la demasiada dureza de los señores se reprime por la Constitución del mismo príncipe. Pues, consultado Antonino por algunos presidentes de las provincias acerca de lo que debía hacerse con aquellos siervos que se refugiaban en el templo o a las estatuas de los príncipes, mandó que si pareciese intolerable la crueldad del señor sea este obligado a vender con buenas condiciones a sus siervos, y se le dé el precio de ellos, y con justicia; pues conviene a la República que nadie use mal de sus cosas. Las palabras de este rescripto enviado a Elio Marciano son las siguientes: «Ciertamente conviene que la potestad de los señores sobre sus siervos quede integra, y que nada se quite de su derecho a ningún hombre; pero a los mismos señores interesa que no se desatiendan las justas reclamaciones contra la crueldad, el hambre o una injuria intolerable. Por lo que examina las quejas de aquellos siervos de la familia de Junio Sabino, que se refugiaron a la estatua sagrada, y se conocieres que son tratados con más dureza de lo que es justo, o si se les hace alguna infame injuria, mándalos a vender de modo que no vuelvan a la potestad del señor. Lo que si hiciere en fraude de mi Constitución, sepa que en llegando esto a mi noticia, lo castigaré con la mayor severidad.».

Libro II

TÍTULO VII

De la sucesión de los libertos

Hablemos ahora de los bienes de los libertos. Antiguamente era lícito al liberto preterir impunemente su patrono en el testamento, pues la ley de las XII Tablas, únicamente llamaba al patrono a la herencia del liberto si este había muerto intestado y no había dejado ningún heredero suyo. Así que, muerto intestado el liberto, si había dejado un heredero suyo, el patrono no tenía derecho ninguno en sus bienes. Y a la verdad, si había dejado un heredero suyo de entre los descendientes naturales, no parecía haber ningún motivo de queja; pero si el hijo era adoptivo, era manifiestamente injusto que no quedase derecho al patrono. Por cuya causa fue después por el edicto del pretor corregida esta iniquidad del derecho; pues si hacía testamento el liberto, se le mandaba testar de modo que dejase la mitad de sus bienes al patrono, y si no le dejaba nada o menos de la mitad, quedaba la patrono la posesión de la mitad de los bienes contra las tablas del testamento, y si moría intestado dejando un hijo adoptivo por heredero suyo, se daba igualmente al patrono la posesión de los bienes contra este heredero suyo. Acostumbraban, empero, a aprovechar al liberto para excluir al patrono los hijos naturales, no solo aquellos que al tiempo de la muerte tenía en su potestad, sino también los emancipados y los dados en adopción, si estamos nombrados herederos en alguna parte, o si habiendo sido preteridos, hubiesen pedido la posesión de bienes contra tábulas por el edicto del pretor, pues los desheredados no excluían de ningún modo al patrono.

Posteriormente, empero, por la ley Papia se aumentaron los derechos de aquellos patronos que tenían los libertos más ricos; pues se dispuso que de los bienes de aquel que había dejado un patrimonio de cien mil sestercios y tenía menos de tres hijos (y hubiese muerto con testamento, ya intestado) se debiera la patrono una parte viril. Así que, habiendo el liberto dejado un hijo o hija heredero, se debía la mitad al patrono, lo mismo que hubiese muerto intestado sin ningún hijo o hija. Pero cuando había dejado dos herederos se le debía la tercera parte al patrono, siendo este repelido si había dejado tres.

Pero nuestra Constitución (que compusimos en lengua griega para todas las naciones, con mucho cuidado) arreglamos esto de suerte que aunque el liberto o liberta no sean centenarios, esto es tengan menos de cien áureos en su patrimonio (pues así hemos interpretado la suma de la ley Papia, contando que un áureo vale mil sestercios) no tenga lugar ninguno el patrono en su sucesión si hubieren testamento, pero si hubieren muerto intestados sin dejar ningún hijo entonces dejó íntegro el derecho de patronato que concedía la ley de las XII Tablas. Más si fueren mayores que los centenarios y tuvieren uno o muchos hijos herederos o poseedores de bienes, de cualquier sexo o grado, les dimos las sucesiones de los padres, excluyendo enteramente a los patronos y a sus descendientes. Sí, empero, murieren sin hijos e intestados llamamos a los patronos y patronas a toda la herencia; más si hubieren hecho testamento, y hubieren preterido a sus patronos o patronas no teniendo hijos ningunos, o habiéndoles desheredado o preterido si era la madre o el abuelo materno, de modo que no puedan redargüir de inoficioso su testamento, entonces consignan en virtud de nuestra Constitución y por medio de la posesión de bienes contra tábulas, no la mitad como antes, sino la tercera parte de los bienes del liberto, o por nuestra Constitución se les supla lo que les falta de, y el liberto o liberta les hubiere dejado menos de la tercera parte de sus bienes; y esto sin carga, del modo que no presten a proporción de su parte los legados y fideicomisos a los descendientes del liberto, sino que esta carga pese sobre sus coherederos. Muchos

otros casos reunimos en la citada Constitución, los cuales creímos necesario acomodar a la disposición de este derecho de modo que tanto los patronos como las patronas y sus hijos, como también sus colaterales hasta el quinto grado, sean llamados a la sucesión de los libertos o libertas, según puede entenderse por aquella Constitución. Y si hubiere descendientes del mismo patrono o patrona o de dos o más, sea llamado a la sucesión del liberto o liberta el más próximo, y se divida la sucesión por cabezas y no por estirpes, observando lo mismo respecto de los colaterales; pues casi igualamos los derechos de la ingenuidad y de la libertinidad.

Pero esto debe decirse actualmente de aquellos libertinos que adquirieron el derecho de ciudadanos romanos, puesto que no hay otros libertinos, habiéndose suprimido los *dediticios* y los *latinos*, no habiendo de estos sucesión ninguna; pues aunque vivían como libres, con todo, al exhalar su último suspiro perdían juntamente la vida y la libertad, apoderándose los manumisores de sus bienes como que fuesen de siervos por una especie de derecho de *peculio*, según la ley *Junia Norbana*. Posteriormente, empero, se había dispuesto por el *Senatus-consulto Largiano* que los descendientes del manumisor que no hubiesen sido expresamente desheredados, fuesen preferidos en los bienes de los *latinos* a los herederos extraños de aquellos. A esto se añadió el edicto del emperador *Trajano*, por el que aquel que hubiese adquirido por beneficio del príncipe contra la voluntad o ciencia del patrono el derecho de ciudadano romano, era tal durante su vida, pero *latino* al morir. Más por nuestra Constitución creímos, a causa de las alternativas de semejantes condiciones y otras dificultades, debe suprimir para siempre en unión con los mismos *latinos* la ley *Junia*, como también el *Senatus-consulto Largiano* y el edicto del emperador *Trajano*, para que todos los hombres libres disfruten del derecho de ciudadanos romanos; y de un modo admirable hicimos con ciertas adiciones que los mismos medios que servían para adquirir la latinidad sirviesen para adquirir el derecho de ciudadano romano.

E. Nuevo Código (Codex Repetitae praelectionis)

El Código Justiniano, publicado en el año 529, no estaba ya al corriente en la época en que aparecieron las otras colecciones. Justiniano había publicado desde entonces buen número de constituciones, que sintió no verlas figurar. Entonces se dedicó a ordenar una segunda edición del Código, para armonizar el viejo *Codex* y las *Quincuagésimas Decisiones*, fue encargada a una comisión de cinco miembros presidida por *Triboniano* e integrada por *Dorotheo* y tres abogados, para recopilar en una sola obra todas las Constituciones Imperiales por orden cronológico, este nuevo código es conocido con el nombre de *Codex Repetitae* que fue publicado a finales del año 534.

Está compuesto por 12 Libros divididos de la siguiente manera: el Libro I dedicado al Derecho eclesiástico, a las fuentes del Derecho y a los oficios de los funcionarios imperiales, los libros II al VIII al derecho privado, el libro IX al derecho penal; los libros X a XII al derecho administrativo. Los libros se subdividen en títulos. Cada título lleva una rúbrica conteniendo cierto número de constituciones o leyes, numeradas y clasificadas por orden cronológico. Empieza cada una de ellas por la indicación del nombre del autor y en general terminan por la fecha de publicación del autor. Las más extensas están divididas en *principium* y en párrafos.

Con este segundo *Codex*, que llega hasta nosotros, se encuentra terminada una importantísima tarea que no se había logrado en ningún momento en la Historia de Roma. Este segundo *Codex* junto con las *Instituciones* y el *Digesto*, dará lugar a una sola obra que se conoce como *Corpus Iuris Civile*. Esta obra es fundamental para el estudio del Derecho romano.

F. Novelas (Novellae Constitutiones)

Justiniano piensa que su tarea legislativa no ha terminado y que hay muchas cosas que ordenar y resolver de carácter religioso, administrativo y de Derecho de Familia. Se pone a legislar en dichas materias, dictando constituciones, estas no fueron recogidas en una sola codificación oficial sino que Justiniano fue dando constituciones, disposiciones que afectaban al orden Administrativo, Religioso, y Familiar.

Después de publicado el nuevo código, Justiniano declaró que en adelante no habría ninguna otra edición, y que las constituciones que publicara después formarían una obra especial llamada Las Novelas, *Novellae constitutiones*. En efecto hizo todavía aparecer, hasta el año 545, fecha de la muerte de Triboniano, constituciones importantes, pero no cumplió la promesa de reunir las en una colección.

Después de la muerte de Justiniano aparecen numerosas publicaciones:

- a) *Epitome Juliani*: Hacia el año 555, Juliano, profesor de Derecho de Constantinopla, publicó en latín un resumen de 124 novelas, destinado sin duda a Italia, donde el derecho de Justiniano acababa de ser publicado. A esta colección se le llama *Epitome Juliani*.
- b) *Authenticum corpus Novellarum o Authentica*: Hay otra colección de 134 obras que se creyó que eran las primeras, sea porque reproduce el texto de las novelas con más fidelidad que el Epítome, o por qué hubiera constituido, según ciertos autores una traducción oficial de novelas escritas en griego.
- c) *Edicta Justiniani*: Es otra colección de novelas, que es una especie de Apéndice de 13 novelas.
- d) Aparte existe otra colección más de 138 novelas en latín y griego de todas las novelas que no van a formar parte del *Corpus Iudex Civile*, de las cuales siete son posteriores a Justiniano.

Seguidamente transcribimos fragmentos de las novelas:

NOVELAS DE LAS NUPCIAS

NUEVA CONSTITUCIÓN XXII

TÍTULO I

Capítulo IX

Descubrimiento de la condición servil

Si aconteciere que por sentencia judicial se declarara esclavo a un liberto o liberta o a sus hijos y que antes de la sentencia la persona de que se trata se hubiese casado, el matrimonio quedará disuelto al igual que si uno de los consortes hubiese fallecido, pues nuestros predecesores nos han enseñado que apenas hay diferencia entre la muerte y la servidumbre. En consecuencia, el esposo libre tomará lo que le corresponda, los hijos adquirirán la parte que les habría pertenecido si su padre o madre esclavos hubiese fallecido y el resto se entregara al consorte recaído en servidumbre.

Capítulo X

De los que casaron con una esclava creyéndola libre

Si un hombre casa con mujer que cree libre y resulta después que es esclava, no diremos que este matrimonio se disuelva, sino que no ha existido nunca; la razón es la misma que hemos indicado antes, o sea la desigualdad de condiciones. Este descubrimiento anula las estipulaciones sobre beneficios nupciales, debiéndose los esposos devolverse pura y amigablemente lo que el uno hubiese recibido del otro. Repetimos que este matrimonio es nulo, pero solo en el caso de que el que lo contrae ignore lo que hace, o de que el dueño del esclavo no haya dado su consentimiento para el matrimonio, ni por su parte, haya habido malignidad ni negligencia.

Justiniano estaba convencido de que su obra jurídica era perfecta. Prohibió que se tradujera. Solo permitió que se tradujesen algunos pasajes al griego siempre que fueran literales. Se sabe de hecho, que esa orden se incumplió y si bien en principio no fue traducida en su totalidad, sí que lo fue en parte, y, finalmente prácticamente toda. Fue traducida por grandes juristas, entre ellos Teófilo, Cirilo y Doroteo.

4.2. Juicio y apreciación de la obra de Justiniano

Los trabajos de Justiniano tienen un doble carácter:

- a) En primer lugar es una obra de codificación, obra completa abrazando todas las partes del Derecho, el ius y las leges.
- b) Es también una obra de legislación. Justiniano no se contenta con solo codificar, da fuerza de ley a todas sus colecciones, a las Instituciones, al Digesto y al Código y abroga toda otra fuente del derecho romano. Prohíbe además el comentar el Digesto, con objeto de evitar nuevas controversias y únicamente permite traducir el texto en griego, con tal que la traducción sea literal; hacer sumarios o en fin completar las disposiciones de un título por el resumen de las reglas contenidas en otros títulos sobre el mismo motivo.

La obra de Justiniano ha sido apreciada de diferentes maneras, para hacer un juicio imparcial y equitativo, no hay que olvidar el fin que se proponía alcanzar. No se puede aseverar que Justiniano quería legar a la posteridad un conjunto de leyes y normas; sin embargo existió el interés de extraer de todas las fuentes existentes y crear en caso de necesidad reglas de derecho, en relación con la civilización y costumbres de su época.

Como legislador es justo reconocer que Justiniano es el autor de excelentes reformas; el estilo de sus constituciones es pomposo y ampuloso, no teniendo nada de la sencilla elegancia y la concisión de los jurisconsultos clásicos; en cambio es enemigo de sutilezas y complicaciones inútiles, teniendo el mérito de haber creado en todas partes teorías más amplias y equitativas que las del antiguo Derecho romano.

Desde el punto de vista histórico, la importancia de los trabajos de Justiniano ha sido considerable. Mientras que en el tiempo de la barbarie aniquilaban poco a poco las obras de los jurisconsultos romanos, el Digesto remediaba en parte esta pérdida.

En los trabajos legislativos de Justiniano, como en toda obra humana, se encuentra para alabar y para criticar. Pero también haber emprendido semejante tarea en una época de decadencia, y haberla llevado a su fin completo, es indicio de una inteligencia y voluntad poco comunes. Este solo recuerdo es bastante para la gloria de Justiniano que ordenó su edificación y para la de Triboniano que la dirigió.

Fue la muerte de Justiniano, en el año 565 d.C., cuando termina la historia propiamente dicha del Derecho Romano. El Derecho Romano ha recibido de Justiniano una forma nueva y definitiva; en adelante regirá para los pueblos que no tengan nada de romano, pues Justiniano reúne y reconstruye por última vez sobre su autoridad el Imperio Romano casi entero. Después del Occidente vuelve a los bárbaros y el Oriente es un imperio griego o bizantino donde ya no se habla ni escribe en latín, sino en griego.

5. DESTINO DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

La legislación justiniana siguió rigiendo oficialmente en todo el Imperio de Oriente hasta su caída en poder de los turcos en 1543. Sin embargo, toda la obra de Justiniano fue objeto de comentarios y de diversas traducciones al griego.

En el siglo VIII vuelven a iniciarse las compilaciones oficiales, León III, el Isáurico, publicó una conocida con el nombre de *Ecloga Legum* (selección de leyes), en la que encontramos nuevas disposiciones en materia matrimonial. Esta obra tuvo un poco más de un siglo de vigencia y fue abrogada por Basilio el Macedonio. Este mismo emperador trató de fusionar en una sola las distintas obras de Justiniano, labor codificadora de su hijo León el Filósofo. Lo que hace León, es traducir el Digesto, las Instituciones y el Codex, partiendo de la obra de aquel anónimo y completándola con comentarios o *escolios* -anotación breve, explicativa o crítica sobre pasajes difíciles de un texto- del siglo VI. La tarea fue tan engorrosa que dio lugar a una obra demasiado voluminosa a la que además, se le fueron incorporando textos para resolver cuestiones y todo esto en griego, llamada *Basilicas* compuesta de 60 tomos.

Como es tan extensa, a partir del siglo XII la jurisprudencia comenzó a eliminar todo lo que no era necesario y realiza un compendio de seis libros de toda esa obra legislativa que se llama *Exbiblos* (Extracto de seis libros). Tiene tanta influencia que incluso en el Derecho griego ha estado en vigor hasta nuestros días.

En lo que respecta a los territorios que habían formado parte del Imperio de Occidente, en ellos dominó el Derecho vulgar romano, difundido principalmente a través del Breviario de Alarico.

6. RECEPCIÓN DEL DERECHO JUSTINIANO

A partir del siglo XII, una nueva actividad intelectual reanima en Italia el estudio del Derecho, de las Ciencias y de las Letras. Se funda en Bolonia una escuela que por sus enseñanzas y trabajos extendió en toda Europa el gusto y la admiración del Derecho Romano.

En los siglos siguientes se traslada a Francia y en el siglo XVI, sus sabios elevan la ciencia de las leyes romanas a una altura que jamás ha sido alcanzada, mostrándose dignos intérpretes de los jurisconsultos romanos de la época clásica. El Derecho romano llega a Holanda y Bélgica. En el siglo XIX fue particularmente en Alemania donde se concentró el estudio de esta legislación.

6.1. Escuela de los glosadores

Fue jefe de esta escuela Irnerio de Bolonia, que murió a mediados del siglo XII. Los jurisconsultos de esta escuela estudiaron el Derecho Romano según las colecciones de Justiniano, cuyo conjunto desde esta época toma el nombre de *Corpus iuris civilis*, por oposición al *Corpus iuris canonici*. Buscan el sentido de dichos textos, comentándolos

y añadiendo notas marginales o interlineales, llamadas *glosas*, de donde proviene el nombre de glosadores. En el siglo XIII fue terminado su trabajo y ya no crean más; coleccionan las notas de sus antecesores. Accursio compuso y publicó la *Glosa Ordinaria*, en la cual reunió, con las suyas, todas las glosas de sus predecesores, esta obra se equiparó en autoridad al texto del Pandectas y se clausura el primer grado teórico de la ciencia jurídica medieval.

La obra de los glosadores es considerable y gracias a ellos, han podido establecerse entre las diferentes partes de esta obra aproximaciones y repudiaciones. En posesión de diversos manuscritos del Digesto, han llegado, por un examen general de variantes a establecer un texto, adoptado desde entonces, por regla general y llamado por esta razón la *Vulgata, versio vulgata*. Los glosadores sometieron al mismo trabajo de crítica a los manuscritos de las *Instituciones*, del *Código* y del *Authenticum*, que tenían entre manos. De 134 *Novelas* que contiene esta colección, estudiaron las más importantes en número de 97, divididas en tres *collationes*, dejando a un lado las otras como inútiles (extraordinarias o extravagantes). Cuando alguna constitución del *Código* se modifica por una *Novela*, se ha hecho de esta novela un extracto o resumen, inserto en el *Código*, seguido de la ley así modificada. Estas anotaciones son llamadas Auténticas (*Authenticae*), del nombre de la obra de donde son tomadas.

El mérito de los glosadores era mostrar el Derecho romano bajo una nueva forma amoldándolo a ese momento histórico; el texto de Accursio con su mecanismo glosal se convirtió en la cumbre del método de la glosa, cerrándose su ciclo histórico por la renovación metodológica del comentario.

El trabajo de los glosadores despertó en Europa la afición a los estudios jurídicos. Uno de ellos, Vacario, llevó a Inglaterra manuscritos de la colección de Justiniano, enseñando en Oxford, hacia el año 1144. Otro glosador, Placentino, fundó, hacia el año 1180, en Montpellier, una escuela de Derecho, propagándose en Francia la enseñanza del Derecho y el conocimiento del cuerpo de Derecho de Justiniano. El estudio de esta legislación tomó tanta importancia, que el Papa Honorio III, para asegurar la preponderancia del Derecho canónico prohibió en el año 1220 enseñar en la Universidad de París el Derecho Romano. Esta prohibición no impidió a este derecho extenderse en toda Francia, pero quedando particularmente la ley de las provincias meridionales que formaban los antiguos reinos de los visigodos y de los borgoñones.

2. Los bartolistas o comentaristas

Hacia la mitad del siglo XIII, el estudio del Derecho romano cayó en plena decadencia. Se entregan servilmente a la glosa, que acaba por tener mayor autoridad que el texto. Este exceso trae una reacción. A principio del siglo XIV, Bártolo de Sassoferrato, que enseñaba Derecho en Pisa y en Perusa, hizo prevalecer un nuevo método. Al contrario del genio de los juriconsultos romanos, que no eran nada generalizadores, buscaba la manera de hacer teorías. Pero en sus tratados abusa de las formas escolásticas, de divisiones y distinciones ingeniosas. Sus discípulos siguen el mismo camino, pero exagerando aun los defectos del maestro y casi durante dos siglos esta escuela, que no supo sacar ningún provecho de los trabajos de la época sobre los antiguos romanos, ejerció sobre el derecho una influencia funesta.

Los posglosadores en contraste con los glosadores, mezclaron las reglas del derecho clásico con las del derecho local y en especial del derecho canónico. El estudio del Derecho romano fue para ellos un pretexto para ir construyendo un Derecho Común,

tendiendo a las construcciones lógicas, empleando divisiones y subdivisiones tomadas de la filosofía y abusaron de las citas de autores, crearon normas para la práctica diaria y la solución de controversias con un aspecto creativo, son sus características.

A Bártolo de Sassoferrato, le siguen discípulos importantes como Luca Dapenne, Paolo di Castro, Pedro Baldo de Ubaldis, entre los más destacados.

6.3. Renacimiento del Derecho—La Escuela Histórica

En el siglo XVI se vio reflorar, con las letras latinas y griegas, el estudio de la jurisprudencia. Empezada en Italia en tiempos de Alciato, este renacimiento del Derecho se extendió por toda Francia. La nueva escuela no se sujetó más al examen a menudo estéril, del texto de la ley. Extrae de todas las fuentes sobre la lengua y costumbres de los romanos. Saca provecho de la historia, de la poesía, de la literatura; así que el estudio del Derecho se extiende y se ilumina; más de una controversia queda resuelta.

La Escuela histórica fue una escuela francesa, por el número y talento de los jurisconsultos que se colocaron en Francia a la cabeza del movimiento. Los dos más célebres fueron Cujas y Doneau, que enseñaron ambos el Derecho en Bourges y murieron hacia el año 1590. Cujas, que nunca se ha excedido en el examen de los textos, une a un conocimiento profundo de la historia y de la literatura romana, un genio que le hace con frecuencia tan grande como los jurisconsultos, cuyas obras comenta. En cambio, Doneau brilla por otras cualidades, un espíritu más llevado por la filosofía, dedicándose a la composición de tratados dogmáticos.

Hasta el siglo XVIII se atribuían ellos mismos el título de *realistas*, y sus jurisconsultos quedando fieles a las tradiciones de Bartolo. El siglo XVIII, marca en Francia la decadencia de los estudios de Derecho romano. El último romanista digno de ser citado fue Photier, muerto en el año 1772, de espíritu poco creador, pero claro e ingenioso, se limitó a poner en orden las leyes del Digesto, publicando una edición, cuyos textos de cada título están ordenados metódicamente, se denominó *Pandectae Justinianae in novum digesto*, pocos años después de su muerte, el Derecho romano cesó de ser ley en Francia.

6.4. Nueva Escuela Histórica

Desde principio del siglo XIX, descubrimientos importantes han venido a dar al estudio del Derecho un nuevo impulso. Ahora es en Alemania donde la actividad intelectual se ha manifestado con mayor claridad. Se funda una nueva escuela histórica, y lo más selecto de sus integrantes, entre los que es necesario mencionar primero a Savigny (1779-1861). Sus trabajos y los de los romanistas alemanes, que han sido hasta nuestros días los continuadores de su obra, han dado una luz incomparable sobre la historia y sobre el Derecho romano.

La Escuela Histórica Germana es una corriente intelectual del S.XIX de origen alemán y nace en 1814, procediendo a romper con la teoría sostenida por el iusnaturalismo racionalista de comprender la historia de la legislación dentro de la historia del derecho como tema básico de esa asignatura.

En el primer tercio de siglo reacciona contra otros presupuestos intelectuales, principalmente contra el idealismo kantiano. Prefieren analizar fenómenos institucionales concretos, con resultados mucho más tangibles, y no perderse en abstraccionismos filosóficos. Se dedica al Derecho Privado, que es el derecho que regula las relaciones inter privatus.

Entronca con otras corrientes contemporáneas:

- Nacionalismos del S.XIX; que consideran a la nación como una prolongación del individuo, intentan resaltar las personalidades propias de las comunidades étnicas (idiosincrasia, identidad propia).
- Liberalismo: exalta la libertad del individuo.
- Romanticismo: discutida su influencia como movimiento artístico-literario. Al menos tiene en común la idiosincrasia de cada etnia; también en el derecho hay una estructura propia e intransferible, como en las comunidades étnicas.

Sus trabajos y los de los romanistas alemanes, que han sido hasta nuestros días los continuadores de su obra, han dado una luz incomparable sobre la historia y sobre el Derecho romano.

Esta escuela histórica estudia el Derecho romano en su verdadera esencia y dentro del marco social, político y económico en que se desarrollará.

Desde principio del siglo XIX, descubrimientos importantes han venido a dar al estudio del Derecho un nuevo impulso. Ahora ha sido en Alemania donde la actividad intelectual se ha manifestado con mayor claridad. Se funda una nueva escuela histórica, y lo más selecto de sus integrantes, entre los que es necesario mencionar primero a Savigny (1779-1861). Sus trabajos y los de los romanistas alemanes, que han sido hasta nuestros días los continuadores de su obra, han dado una luz incomparable sobre la historia y sobre el Derecho romano.

Dicho movimiento científico-jurídico produjo un número considerable de investigadores, entre los que no podemos dejar de mencionar a *Rodolfo von Ihering*, autor del *Espíritu del Derecho Romano*; *Niebuhr*, descubridor de las *Instituciones*, de Gayo; *Otto Lenel*, reconstructor del *Edicto Perpetuo* y *Teodoro Mommsen*, autor del *Derecho Público* y *Derecho Penal Romano*.

Por último en la época contemporánea son varios los países europeos en los que destacan grandes romanistas; tal es el caso de Kaser, Kreller, Kunkel y Schultz en Alemania; Arangio-Ruiz, Biondi, Bonfante y Riccobono en Italia; Ursicino Alvarez Suárez, Arias Ramos, Álvaro D'Ors y Juan Iglesias, entre otros en España.

En América Latina el Derecho romano se ha enseñado con mayor o menor intensidad y casi en forma ininterrumpida desde la época colonial; hoy en día la materia sigue siendo obligatoria en casi todas las facultades y escuelas de derecho.

7. FUENTES ACTUALES DEL DERECHO ROMANO

Las fuentes y los documentos auténticos que en la actualidad poseemos para el estudio del Derecho romano, desde la ley de las XII Tablas, son de naturaleza muy distinta. Las obras de los jurisconsultos y las colecciones de las leyes suministran para el conocimiento del Derecho romano el don más preciado, se hace precisión y se distingue primero el derecho anterior a Justiniano, luego la legislación de Justiniano y finalmente las fuentes de derecho posteriores a Justiniano.

7.1. Fuentes anteriores a Justiniano

Se hace un recuento de las más importantes:

a) Obras de los jurisconsultos:

- *Gaii Institutiones*. Las Instituciones de Gayo son un tratado elemental destinado verdaderamente a la enseñanza del Derecho romano. Están divididas en cuatro libros o comentarios, que se han subdividido en párrafos. Se hacen conjeturas sobre su nombre y su vida, por su conocimiento de la lengua griega, que era originario de Asia. Diversos pasajes de sus escritos permiten establecer que nació bajo el reinado de Adriano, que escribió sus Instituciones bajo Antonio el Píadoso y Marco Aurelio y que murió antes del fin del reinado de este último emperador. Los antiguos comentaristas solo poseían de Instituciones, un compendio o *Epítome*, de dos libros contenidos en el Breviario de Alarico y que se limitaba a los dos primeros libros del texto original y una parte del tercero. Hoy se tiene la obra completa, salvo partes que no se han recobrado. El descubrimiento es debido a Nieburth que lo encontró en 1816 en la biblioteca de Verona, consistente en un palimpsesto o pergamino recubierto de varias escrituras. Sobre el texto borrado de Gayo habían escrito en el siglo VI las cartas de San Jerónimo, existiendo en ciertos sitios hasta tres escrituras sobrepuestas. se ha usado medios químicos para recobrar el texto de las *Institutiones* de Gayo.
- ***Ulpiani Regularum liber singularis***: Domiciano Ulpiano, originario de Tyr en Fenicia, fue discípulo de Papiniano y compuso varias obras bajo el reinado de Caracalla. El libro de las *Reglas* se publicó por primera vez en 1549, según un manuscrito del siglo X, cuyo texto es exacto, pero incompleto. Hay veintinueve títulos, subdivididos en párrafos. Por regla general se atribuye al mismo jurisconsulto un fragmento de *Institutiones*, hallado en Viena en 1835 y conocido bajo el nombre de *fragmentum Vindobonense*, y otro fragmento de *jure fisci*, encontrado en Verona, con el palimpsesto de Gayo.
- ***Pauli Sententiarum libri quinque***: Julio Paulo fue contemporáneo de Ulpiano y lo mismo que él, publicó varios tratados. Las *Sentencias*, datan del fin del reinado de Caracalla. Solo existen fragmentos. El más considerable proviene del Breviario de Alarico. Se unen también otros extractos originales provistos de varias colecciones. Todo ello está dividido en cinco libros, subdivididos en títulos y párrafos.
- ***Fragmentum Dosithaeorum***: Este fragmento, de un antiguo jurisconsulto desconocido, se llama así porque fue conservado en un manuscrito donde figura después del *Ars Grammatica*, del profesor griego Dositeo. Se publicó en 1573 por Pedro Pithou. Habla de la división del Derecho, de las fuentes del Derecho y más que nada de las manumisiones.

b) Colecciones publicadas por los jurisconsultos

- ***Fragmenta Vaticana***: Se llama de esta manera a una colección compuesta de fragmentos de jurisconsultos, sobre todo de Paulo, Ulpiano, Papiniano y de constituciones imperiales de Septimio Severo y Caracalla a Valentiniano I. Se ignora el origen de esta colección, aunque parece ser a fines del siglo IV. Fue descubierta sobre un pergamino por el monje Angelo Mai en 1821, en la biblioteca del Vaticano, de donde procede su nombre y publicada por primera vez en 1823. Fue dividida en párrafos.
- ***Lex Dei o Collatio legum Mosaicarum et Romanarum***: Es de autor desconocido, lo mismo que la fecha, que por regla general se colocaba a principios del siglo V. Es un paralelo de fragmentos tomados del Derecho romano y de la historia sagrada.

La colección que por sí misma, por otra parte es preciosa, a causa de conservar extractos de obras, hoy desaparecidas. Estos extractos están tomados de los códigos: Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y también de los tratados de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino y Gayo. La *collatio*, se publicó por primera vez en 1573 por Pedro Pithou. Está dividida en libros, títulos, capítulos y párrafos.

- *Consultatio veteris Jurisconsulti*: Esta colección de poca extensión de autor desconocido, data del siglo V, contiene algunos extractos de la Sentencias de Paulo y de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, fue publicado por Cujas en 1577, se dividió en capítulos y párrafos.
- *Fragmentos del Sinaí*: Estos fragmentos descubiertos en un monasterio del Sinaí, fueron editados por primera vez por Dareste en 1880. Contienen escolios, escritos en griego sobre una parte del trabajo de Ulpiano. El autor también es desconocido, lleva opiniones de Paulo. Modestino, Marciano, Florentino y cita a los códigos Gregoriano y Hermogeniano. c) Colecciones de los emperadores y de leyes bárbaras
- Código Teodosiano: Fue en parte reconstituido, aunque no se le tiene completo. Conocido en primer lugar por los extractos insertos en el Breviario de Alarico y por manuscritos descubiertos posteriormente. Fue editado por Cujas en 1566. En la actualidad la edición más importante es la del Código Teodosiano de Mommsen, publicada por Pablo Meyer que a fines del mismo año hace aparecer una nueva edición de Novelas Theodosianas y post-Theodosianas.
- *El Edicto de Teodorico, el Papiano y el Breviario de Alarico*: Estas leyes romanas se encuentran íntegras; el Breviario de Alarico es la más importante de esas leyes y fue publicada por Sichard el año 1528, habiendo servido en parte para transmitirnos las Instituciones de Gayo, hasta el descubrimiento del pergamino de Verona, no conociendo más que por esto una parte de las sentencias de Paulo y ciertos fragmentos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano.

7.2. Legislación de Justiniano

- a) *Las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas*: El texto de estas colecciones ha sido conservado por cierto número de manuscritos, cuya comparación ha sido objeto de varias ediciones, sobre todo las Instituciones y el Digesto.

Las ediciones más notables de las Instituciones son: 1) la de Cujas en 1595, 2) la de Schrader, en 1836 y 3) las de Krueger en 1867-1872, la 2da. Edición en 1899.

En cuanto al Digesto, se distinguen tres clases de ediciones:

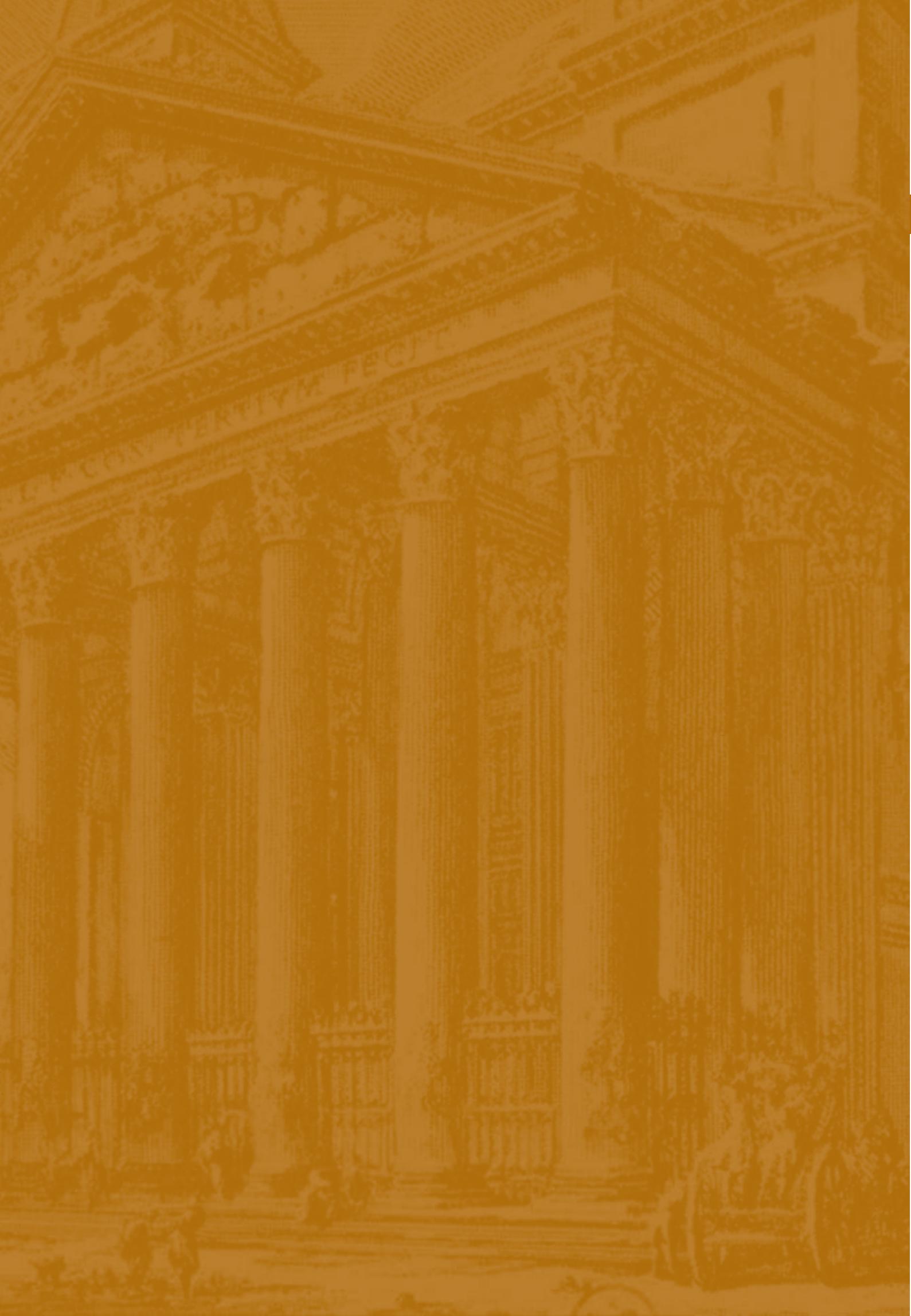
- *La Lectio florentina o littera Pisana*: Es la reproducción de un célebre manuscrito conteniendo solo las pandectas y escrito en pergamino, hacia el siglo VII por los copistas griegos, fue hallado por Lotario II en Amalfi en 1135 y entregado a Pisa, llevado luego a Florencia en 1406, en la actualidad se conserva en la Biblioteca Laurentiniana.
- *La Lectio Vulgata*: Establecida por los glosadores, según un manuscrito que reproducía generalmente la Florentina y otro manuscrito original, hoy perdido.
- *La Lectio Norica*: Obra de Haloander. Esta lección se publicó en 1529, en Núremberg.
- Las diversas partes de la obra se han impreso a menudo, separadamente, aunque también han sido publicadas en una sola obra, bajo el nombre de *Corpus iuris civilis*. Estas ediciones completas están glosadas y no glosadas.

- *De las ediciones Glosadas:* La mejor es la de Lyon en 1627. Comprende seis volúmenes: I Digestum vetus (Lib 1 a 24); II Infortiatum (Lib. 25 a 38); III Digestum novum (Lib. 39 a 50); IV Codex (Lib. 1 a 9); V Volumen parvum (los tres últimos libros del Código, las nueve *collationes* de las *Novelas*, los *Libri feudorum* que son reglas de Derecho feudal lombardo y las Instituciones) y VI una Tabla General.
- *Las ediciones no glosadas:* Unas llevan notas y otras no. De las que tienen notas citamos a la de Dionisio Godofredo comentador del Código Teodosiano, y publicada en Génova en 1624. Las ediciones sin notas son muy numerosas. La de Freiesleben, en un volumen (1721 a 1789), tuvo una fama poco justificada. Reproduce generalmente la *Vulgata*, reimpressa en 1862. Las mejores interpretaciones son: 1) Las *Instituciones* (Krueger) y el Digesto (Mommsen) en 1872; 2) El Código (Krueger) 1879; 3) Las *Novelas* (Schoell de 1881 a 1891, terminada por Kroll en 1895).

|La paráfrasis de las instituciones de Justiniano: Es atribuida a Teófilo, ha sido frecuentemente impresa y traducida en latín y en francés. De las ediciones antiguas, la mejor es la publicada por G.O. Reitz en La Haya, en 1751. Lleva el texto en griego y la traducción latina con notas, en dos volúmenes.

7.3. Derecho posterior a Justiniano

Las obras jurídicas realizadas en el Imperio de Oriente desde el siglo VIII, se conservan casi todas. Varias de ellos se publicaron por Zacarías en la *Collectio librorum iuris graeco-romani*. Sin embargo solo existe una partida de la más importante que es las *Basílicas*. De las ediciones más antiguas, la más completa es las de Fabrot, en 1647. Después de las publicaciones de algunos fragmentos, Heimbach hizo aparecer seis volúmenes en 1833 en Leipzig de 1833 a 1870, que son el complemento de las *Basílicas*.



TÍTULO TERCERO

MARCO CONCEPTUAL

CAPÍTULO I Derecho Romano

Los romanos, dado su carácter de pueblo eminentemente práctico y poco inclinado a la meditación y a la especulación desinteresada, no dieron vida a sistemas filosóficos originales si bien esto les permitió ser maestros en la Jurisprudencia. Esta vocación por la vida práctica había determinado en ellos un interés por el Derecho, que los griegos no habían tenido jamás en la misma medida. *La ciencia jurídica es de creación romana*. Y en la actividad jurídica práctica los romanos infundieron una sabiduría en la que podría reconocerse una implícita, no declarada filosofía. Pero no llegaron a una filosofía propia hasta que se introdujeron en Roma las doctrinas filosóficas griegas, en el siglo II a.C. De estas tomaron las tesis más significativas acerca del Derecho y de la Justicia, la sociedad y el Estado, fundiendo frecuentemente elementos recibidos de las distintas doctrinas griegas, a excepción epicureísmo del que se venían orientando, y que se adaptaba particularmente al temperamento de los romanos. Estos, buscaban en la filosofía una guía para la vida práctica y no dejaban de buscar en diversas fuentes lo que les parecía aceptable para tal fin.

1. EL DERECHO EN GENERAL

El hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales. Pero en sociedad esta libertad está forzosamente limitada por el respeto de la libertad de otros. De aquí deriva la necesidad de reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social con una medida igual, el ejercicio de su actividad. La teoría de estos principios constituye el Derecho.

En su acepción más genérica, la palabra derecho se deriva, en efecto de *dirigere*, que implica una regla de conducta, de este modo se considera al Derecho como el conjunto de reglas que rigen las relaciones sociales.

El hombre civilizado encuentra en su conciencia y en su razón la noción de *lo justo* y de *lo injusto*, puede por tanto concebir de un derecho ideal cuyos principios estarían

conformes con la idea de lo justo. Este es el derecho en su esencia, el derecho en sí. Se llama también *Derecho Natural*, este tipo de derecho no se manifiesta por signos materiales, sería insuficiente para gobernar las relaciones sociales, porque se necesitan reglas claras y precisas, formuladas en textos, que se denominan leyes. El conjunto de leyes forma el *derecho positivo*.

El Derecho Positivo es el conjunto de reglas cuya observancia está prescrita y sancionada en los diversos pueblos. Se necesitaron siglos para que las instituciones jurídicas se perfeccionen y para que el espíritu humano, habiendo llegado a la concepción más o menos perfecta del derecho ideal, se esfuerce por realizarla en forma de leyes.

De esta primera idea del Derecho puede deducirse otra significación derivada. Dentro de los límites donde el hombre puede obrar, sin producir menoscabo a la libertad de otros y sin perturbar el orden social, el ejercicio de sus facultades constituye para él un conjunto de derechos cuyo respeto debe asegurar la ley.

• **Clases de Derecho:**

- a) *Derecho objetivo*: Es el conjunto de *normas jurídicas* por las que se rige un pueblo o nación y que se pueden imponer al sujeto por la fuerza. Aunque el sujeto no esté de acuerdo, tiene que cumplirlas y son obligatorias.
- b) *Derecho subjetivo*: Es la facultad que el *ordenamiento jurídico* concede a un particular para determinadas cosas. Así cuando yo hablo de mi derecho de propiedad sobre tal o cual cosa, estoy empleando la palabra en el sentido de derecho subjetivo.

2. CONCEPTOS ROMANOS DE DERECHO

Durante los primeros siglos de Roma el Derecho está íntimamente unido y por decirlo así subordinado a la religión; pero no por eso conserva menos su dominio propio, y los romanos tuvieron expresiones diferentes para designar las instituciones que ellos consideraban como de origen divino y las que emanaban de los hombres, (*fas* y *ius*).

2.1. El *Ius* y *Fas*

Durante los primeros siglos de la vida romana, el derecho y la religión estuvieron íntimamente unidos. Sin embargo aún en esta primera etapa, los romanos dispusieron de términos distintos para designar las normas que consideraban de procedencia divina y aquellas que concebían como propiamente de origen humano. Así para designar las primeras utilizaban el término *fas*, mientras para las segundas se reservaban el término *ius*. De este modo el *fas* es el derecho sagrado, emanado de la autoridad divina, esto es la *lex divina*, mientras que el *ius*, es la obra de los humanos, es el derecho elaborado por el hombre, la *lex humana*.

Con el correr del tiempo, esta distinción fue desapareciendo y se utilizó la palabra *ius*, para designar al derecho en general.

La diferencia entre *ius* y *fas* (época arcaica):

- *Lus*: se equipara con lo justo, lo equitativo.
- *Fas*: se identifica con lo lícito.

El *fas* y el *ius* en la época arcaica se utilizaron como adjetivos: *Fas* es la condición divina de la licitud de una conducta, y el *ius* se equipara con lo justo y lo equitativo.

En la época de Cicerón (Siglo I) se tiene otra concepción del *IUS* (como *Derecho Humano*) y *FAS* (como *Derecho Divino*). Esto choca con la unión entre religión y derecho

en Roma, pero se va produciendo una secularización de la sociedad que hace que se separen.

El *ius*, de acuerdo a su etimología, no era desde luego para los romanos más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad y a las cuales los ciudadanos estaban obligados a obedecer. Pero esta idea se ensancha hacia la mitad del siglo VII, bajo la influencia de la filosofía griega. Los jurisconsultos admiran fuera de las prescripciones del legislador, la existencia de un derecho innato, anterior a las leyes escritas y aplicables a todos los hombres.

El derecho y la moral: El derecho es la disciplina que comprende el estudio de las normas a las que deben sujetarse los actos humanos. La *moral*, persigue la bondad en su más amplia acepción, la *bondad* comprende muchas virtudes, una de las cuales es la justicia que es objeto de estudio del derecho.

Dos características tienen las reglas jurídicas que las diferencia de las demás normas morales: exterioridad y coactividad. Los preceptos del derecho se refieren a la *conducta exterior*, las leyes morales afectan a la *vida interior*; las reglas jurídicas se imponen por la fuerza, las reglas morales se abrazan por resolución espontánea, por impulso de la propia conciencia.

Dentro de esta nueva concepción, no siempre evitaron el confundir el derecho con la moral. Esta confusión se revela en la definición del derecho que nos da Ulpiano, según Celso (hijo), quien afirma que el Derecho es el "arte de lo que es bueno y lo que es equitativo". La misión no es consagrar como reglas de derecho todo lo que es bueno. En él hay preceptos de moral que escapan a la sanción de la ley positiva, tales son los que más bien tienden a fijar los deberes del hombre consigo mismo que las relaciones con sus semejantes. La misma censura puede ser dirigida a Ulpiano cuando formula así los tres grandes principios del derecho:

- Vivir honradamente.
- No dañar a otro.
- Dar a cada uno lo suyo.

Solo los dos últimos se refieren al Derecho. Vivir honestamente, respetarse a sí mismo, es una regla de moral que tiene su sanción en la conciencia y no en la ley.

Sin embargo no se debe exagerar el alcance de esta confusión, porque no procede de la teoría pura. En la práctica los romanos siempre distinguieron con sumo cuidado el dominio del derecho del de la moral. Quizá ninguna legislación ha observado mejor esta separación, absteniéndose de reglamentar todo lo que es asunto de conciencia, asegurando así el respeto a la libertad individual.

2.2. La Justicia (*iusticia*)

Es la cualidad del hombre justo. Ulpiano la define como: *la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo*. Para merecer la calificación de justo no basta serlo, en efecto en un momento dado se necesita conformar su conducta al derecho sin rebeldía.

2.3. Jurisprudencia (*iurisprudencia*)

La Jurisprudencia es la ciencia del Derecho, que Ulpiano define como: *el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto*. De este modo se manifiesta todavía en la época clásica el recuerdo de la unión antigua del Derecho religioso y de Derecho profano. Eran los conocimientos que tenían y actividad

que realizaban los especialistas en Derecho, cuyas respuestas a cuestiones prácticas integraron esa fuente formal del Derecho que es la jurisprudencia y a través de la cual lograron la creación de la ciencia jurídica.

2.4. Ideas del Derecho

El Derecho (*ius*), orden imperativa y severa (*iussum*), fórmula técnica y rigurosa, misterio y arma aristocrática en su primitivo establecimiento en Roma, ha tomado después por el progreso de la civilización y de la ciencia un carácter absolutamente diverso.

A medida que se generaliza su estudio, que pasa de la iniciación secreta de los patricios a la publicidad de los plebeyos, que se asocia al cultivo de las letras y de la filosofía, que penetran en él y lo modifican las nuevas costumbres, que el magistrado en sus edictos trabajaba incesantemente en hacerlo más templado que los escritos y respuesta de los prudentes se organizan en ciencia, experimentan en su principio una transformación radical.

Al tiempo en que llega esta ciencia a su más alto esplendor, en que la hermosa creación del Derecho romano, al que se ha dado el nombre de *razón escrita*, ha alcanzado su complemento, el Derecho no es ya la orden inflexible del Derecho público, la regla impuesta y absoluta, su fundamento no es ya la autoridad sino la razón. La idea del Derecho llegó a ser eminentemente filosófica.

Así el Derecho según *Paulo*, consiste en aquello que es siempre equitativo y bueno: *quod semper aequum sac bonum est, jus dicitur* (el principio del uno, es lo bueno y equitativo y el del otro lo útil). Según la definición de *Celso*: es el arte de lo bueno y lo equitativo, *ius est ars boni et aequi*. El principio siempre es el mismo.

Hay una revolución en la manera de entender el Derecho de los jurisconsultos romanos, al principio de la autoridad sustituyeron por el de la razón, y Cicerón indicaba ya su verdadero origen cuando decía que para explicar la naturaleza del Derecho era necesario ir a buscarla en la naturaleza misma del hombre.

Este imperio de la razón, del bien, de la equidad, como dogma constituyente del Derecho, se manifiesta en una multitud de fragmentos de los jurisconsultos romanos y ha llegado hasta las constituciones imperiales. Celso, Juliano, Marcelino, Paulo y Modestino invocan en caso necesario el predominio de la razón del Derecho, del *bonum et aequum*, y posteriormente los emperadores Constantino y Luciano anuncian en una de sus constituciones este predominio de la razón como una doctrina generalmente recibida y por nadie disputada.

Caracterizado el derecho como el arte de lo bueno y equitativo, Ulpiano eleva el ejercicio y profesión de él al rango de sacerdocio. Porque cultivamos la justicia, dice, la ciencia del bien y de la equidad, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, deseando hacer a los hombres buenos, no solo por temor a las penas, sino por el estímulo de las recompensas.

3. CLASIFICACIONES ROMANAS DEL DERECHO OBJETIVO

3.1. De carácter histórico:

- *Ius* es el modo de producción espontánea del Derecho, se encontraría en la base de las normas jurídicas tradicionales.
- *Lex (Ley)*: aparición de un legislador que legisla normas nuevas de carácter impositivo.

- El dualismo *ius-lex*, Derecho jurisprudencial-legislación, no siempre equivale a sistema abierto y en formación o sistema cerrado y escrito. La legislación del principado mediante las constituciones imperiales debe encuadrarse en su mayor parte en el derecho jurisprudencial y este, limitado a las aportaciones de los últimos juristas clásicos, pasa también a formar parte del derecho postclásico y se considera derecho legislativo.
- *Ius Scriptum (Escrito)*: formado por la ley, senadoconsultos, plebiscitos, constituciones imperiales, edictos de magistrados y dictámenes de jurisconsultos. Conjunto de normas que están escritas.
- *Ius Non Scriptum (No escrito)*: formado por el uso social, las tradiciones, las mores maiorum.
- *Ius Civile (Derecho Civil)*: es el derecho propio de los ciudadanos romanos basado en la Ley de las XII Tablas y la jurisprudencia (dictámenes de los jurisconsultos).
- *Ius Honorarium (Derecho Honorario)*: surge de la actividad del pretor, formado por edictos para completar el *Ius Civile*.

Diferencia entre el *Ius Civile*, *Ius Gentium* y *Ius Naturale*:

a) EL *Ius Civile (Derecho Civil)*: es propio y exclusivo de los ciudadanos romanos. El *Ius Gentium* es el derecho que se aplica a extranjeros y a los romanos en conflicto con los extranjeros (es un derecho internacional privado), está basado en la legislación romana. A esta contraposición se le añade el *Ius Naturale*, que parte del *Ius Gentium*.

Gayo, en su obra *Instituciones*, dice que el *Ius Civile* es el que es aplicable al ciudadano romano, mientras que el *Ius Gentium* es aplicable a todos los pueblos porque son normas instituidas basadas en la razón natural, de ahí surge el *Ius Naturale*. Cuando el *Pretor Peregrini* tiene necesidad de dictar normas, las dicta de gran sencillez y basadas en el respeto a la voluntad de las partes y en la equidad. Son los juristas los que dicen que ese derecho, que es romano, es un substrato común a todos los pueblos, y que la base de ese derecho que ha creado el pretor Peregrini es la razón natural.

b) El *Ius Gentium (Derecho de Gentes)*: Es el Derecho que los romanos crearon y no fijaron su atención para ello en otros pueblos. La fundamentación posterior de ese Derecho se hace en base a unos criterios filosóficos. Se oculta que se trata de estructuras jurídicas propias del Derecho romano, el cual contempla la esclavitud, por lo que va en contra del Derecho Natural y contra la razón.

c) El *Ius Naturale (Derecho Natural)*. En la época postclásica cuando se realiza esta tripartición: *Ius Civile-Gentium-Naturale*, el Derecho natural sería el de origen divino y el que la razón y la Naturaleza hace conocer a todos los pueblos, por lo que la *Naturalis Ratio* va a ser la base del Derecho natural. *Paulo* define Derecho natural como «lo que siempre es bueno y justo».

3.2. De carácter sistemático:

- *Ius Publicum - Ius Pri - Ius Publicum (Derecho Público)*: es el creado por las *Leges Publicae* y equiparándose a ellas, por los senadoconsultos y constituciones imperiales, y
- *Ius Privatum (Derecho Privado)*: sería el derecho creado por los particulares por medio de los negocios jurídicos (*Leges Private*).

Los particulares no pueden desbordar el margen de autonomía que les conceden las leyes públicas. El Derecho Público no puede ser alterado por la voluntad de los particulares. Así pues se pasa, casi insensiblemente, a considerar el Derecho Público como Derecho Imperativo, frente al Derecho Privado, que es voluntario o dispositivo.

Diferencia entre el *Ius Commune* y el *Ius Singulare*

Las normas jurídicas (*Leges, Senatusconsulta*) no pueden comprender todos los casos concretos, basta por tanto que contengan los más frecuentes.

a) *El Ius Commune*:

Las normas jurídicas pues, contienen así una regulación de tipo general, que luego se aplica a los casos concretos por vía de consecuencia. Esta es la idea del *Ius Commune*.

b) *El Ius Singulare*:

Pero frente a la idea del *Ius Commune* surge, como término marcado, el *Ius Singulare* definido por Paulo en los siguientes términos: «*el que ha sido introducido contra el tenor de la razón por una utilidad concreta en virtud de la auctoritas del que lo establece*». Se trata pues, de alguna norma o regla especial que se introduce en el Derecho común o Derecho vigente, y que no responde a la coherencia que informa el ordenamiento romano (*contra tenorem rationis*).

Ejemplos de *Ius Singulare* son: el testamento militar, los codicilos, el derecho de *postliminio* y la *adstipulatio*. El mismo jurista Paulo, afirma que «*lo que se ha admitido contra la razón del derecho no debe extenderse hasta sus últimas consecuencias*». Juliano, en sentido parecido afirma «*en lo que se ha establecido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho*». El sentido de estas afirmaciones sería que el *Ius Singulare* no puede ser objeto de interpretación analógica y el jurista no puede servirse de una norma de esta para elaborar una regla general. Esto no quiere decir que en la interpretación jurisprudencial, este derecho singular no influya sobre el régimen general, como en el supuesto del testamento militar, sino que de las normas singulares no deben extraerse consecuencias que alteren el derecho común, apartándose de su particular utilidad o razón.

La causa de la desviación de un principio general es una utilidad concreta. Así, por ejemplo, aunque en la fuga del esclavo, la razón impondría como consecuencia lógica, que se considerara perdida la posesión para el amo, la *utilitas* (utilidad concreta) del pretor, aconseja que no se siga este principio, pues, de lo contrario, cualquier esclavo podría, por su propia voluntad, privar al amo de la posesión.

El *Ius Singulare* se divide en Privilegia y Beneficium:

1. **Privilegia:** El concepto de *Privilegia* se aproxima bastante al *Ius Singulare*, de modo que discute vivamente cuál es el criterio de delimitación. La palabra *Privilegium* (de *privus*, privado) es la especial disposición que se refiere a un particular. En el derecho antiguo tenía un sentido de imponer algo desfavorable a una persona. Las XII Tabas prohibían los privilegia (*privilegia ne irroganto*). A finales de la República tenía este sentido desfavorable, como aparece en la *Lex Clodia* del exilio de Cicerón, del año 58 a.C. Durante el Principado, privilegio significa un trato de desigualdad en sentido favorable o desfavorable. En el Bajo Imperio asume el sentido de ley en favor de una persona, como excepción al derecho común.

2. **Beneficium:** Es un acto de la autoridad pública en provecho de una persona o clases de personas. A diferencia de los privilegios, que son siempre legales, los beneficium

(beneficia) suponen una disposición acordada en interés de determinadas situaciones jurídicas para mitigar la aplicación de un principio. Se trata de un derecho que puede solicitar cualquiera que se encuentre en una de las situaciones objetivas previstas, pero que no se da si no se solicita del pretor o del Emperador.

Así, por ejemplo, a algunos deudores se les concede el llamado *beneficium competentiae*, por el que solo pueden ser condenados en lo que buenamente pueden soportar. También el llamado beneficio de inventario (*beneficium inventarii*), por el que el heredero extraño (*heredes extranei o voluntarii*) - no sometidos a la potestad del testador que adquieren la herencia mediante la aceptación y tienen la facultad de deliberar sobre si aceptan o renuncian, si acepta la herencia, responde de las deudas de la herencia en los límites del activo, si realizó previamente un inventario de los bienes hereditarios. En este mismo sentido -el hereditario-el pretor concedía el *beneficium abstinendi* -beneficio de abstenerse-, que se aplicaba para evitar los daños que podían derivarse como consecuencia de la transmisión hereditaria en su propio patrimonio. Así en el caso de herencia dañosa, el patrimonio se vendía en nombre del padre.

La abstención de la herencia suponía que el heredero no realice ningún acto de disposición o apoderamiento de los bienes (*immixto, inmiscere se hereditate*) de lo que se presume su intención de no adquirirla. El pretor considera al que se abstiene como si no fuese heredero y no concede ninguna acción a su favor no contra él.

Otros beneficios son: el *beneficium divisionis*, derecho perteneciente a cada uno de los cofiadores, para exigir del acreedor que divida su reclamación entre todos ellos y el *beneficium excussionis* en el que el acreedor antes de dirigirse contra el avalista, tiene que ir contra los bienes del deudor.

Así, Paulo dice, «No se da beneficio alguno a quien no lo quiere» (*beneficium iuvito non datur*) y «los beneficios del Príncipe suelen ser interpretados por los mismos príncipes».

4. EL DERECHO ROMANO

Es el conjunto formado por las disposiciones jurídicas y el sistema legal desarrollado en Roma desde la primera compilación de leyes, conocida como la Ley de las XII Tablas, en el año 450 a.C., hasta la muerte de Justiniano I, soberano del Imperio Bizantino, en el año 565 d.C. De forma concreta, se utiliza para designar la compilación de la ley conocida como *Corpus Iuris Civilis*, también llamado Código de Justiniano, realizado bajo los auspicios del mismo y que fue la base del Derecho Civil de muchas naciones europeas continentales.

Antes de las XII Tablas, el Derecho en Roma tenía un carácter religioso y su interpretación la realizaban sacerdotes que eran miembros de la clase patricia. Las protestas y agitaciones de la clase plebeya condujeron a que la ley consuetudinaria existente se escribiera añadiendo algunos principios que no formaban parte de la costumbre. La Ley de las XII Tablas, tras ser escrita, fue sometida a una asamblea popular y aceptada. Este Código contiene reglas simples, ajustadas a una comunidad agrícola, establece la igualdad ante la ley de los patricios y los plebeyos y fue erigido en la fuente de todo el Derecho Público y Privado romano. El sistema legal instaurado por este Código y el conjunto de reglas que se desarrollaron a su alrededor era aplicado en exclusiva a los ciudadanos romanos y se conocía como el *Ius Civile*.

La expansión territorial por la cuenca mediterránea obligó a los romanos a elaborar un sistema legal nuevo. Cada territorio conquistado contaba con su propio sistema, por lo que se requería un cuerpo de leyes que fuese aplicable tanto a los ciudadanos romanos como al resto. Más o menos entre el 367 a.C. y el 137 d.C. este nuevo sistema se desarrolló a partir de los edictos del pretor, que definía e interpretaba la ley para los casos particulares. El pretor de los extranjeros administraba justicia en Roma, en todas las controversias donde alguna de las partes no era un ciudadano romano, y el pretor provincial establecía sus edictos en materias de interés comercial tras los edictos del pretor de los extranjeros de Roma. Durante los últimos años de la República de Roma las reglas de este nuevo sistema solían aplicarse a los conflictos entre ciudadanos romanos. Este nuevo sistema legal se conocía como el *ius gentium*. La ampliación de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio romano hizo que la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* quedara obsoleta y la ley de la ciudad, o *ius civile* de Roma, se convirtiera en la ley de todo el imperio. Las diversidades provinciales fueron eliminadas por la legislación del senado y del emperador y por la interpretación de los jurisconsultos. El hito más importante en el desarrollo del sistema romano en este periodo es el Derecho, concedido por el primer emperador romano Augusto y sus sucesores a algunos eminentes juristas, de elaborar responsa, u opiniones, en los casos que se presentaban en un proceso ante los tribunales. Entre los más famosos juristas romanos de esta época estaban Gayo, Papiniano, Julio Paulo y Ulpiano. Los tres últimos citados desempeñaron el cargo de *praefectus praetoria*, similar a un ministro de justicia del imperio romano.

5. IMPORTANCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO ROMANO

Al margen de su interés histórico el estudio del Derecho romano tiene variadas utilidades:

- a) Su lógica que distingue las leyes romanas y el espíritu de análisis y de deducción, que caracteriza la aplicación que de ella hicieron los jurisconsultos.
- b) El Derecho romano es la fuente de todas las legislaciones civiles modernas y el origen de las instituciones jurídicas de nuestros días.
- c) El Derecho romano tiene utilidad histórica, debido a que muchas de sus instituciones son las bases de títulos enteros del Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, para comprender bien sus disposiciones, es por consiguiente esencial conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen; este es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y apreciar su valor.
- d) El Derecho romano debe ser estudiado como un modelo, en los documentos que nosotros poseemos no se incluyen solamente leyes, sino también las aplicaciones que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y deducción. Por tanto no se encuentran ejemplos más perfectos de interpretación jurídica que ofrecer a los principiantes del estudio del Derecho. Los romanos tuvieron, en efecto una aptitud especial para el Derecho, así como los griegos para la filosofía. Si se añade que el Imperio romano ha abarcado en su dominación todo el universo civilizado, que sus jurisconsultos tenían los orígenes más diversos, este Derecho es el resultado del trabajo del espíritu humano en lo que tiene de más culto, llegando a denominar al Derecho como la "razón escrita". Bajo semejante escuela, la inteligencia jurídica se forma y se desarrolla. El espíritu adquiere cualidades de precisión y claridad que facilitan singularmente el estudio de las legislaciones modernas.

- e) El Derecho romano es indispensable para comprender la historia y literatura romana. En Roma, más que en cualquier otra parte, los ciudadanos estaban iniciados para la práctica del Derecho: era este el efecto de su inclinación natural y de su sistema de organización judicial. También el lenguaje de los historiadores y literatos de Roma está profundamente impregnado de dichas dos características, quedando muchos pasajes sin comprender por parte de quienes ignoren el Derecho romano.
- f) El conocimiento del Derecho romano es un poderoso auxiliar y constituye el fondo de las principales legislaciones de Europa. De este modo es el Derecho alemán originado de la mezcla del Derecho germánico y del Derecho romano. España, que tiene leyes prestadas del Derecho romano y del Derecho canónico, e Italia en que los redactores del Código Civil de 1865 se han inspirado, sobre todo en las leyes romanas. Este es el lazo que une a las legislaciones de los pueblos europeos. Nuestro sistema jurídico nacional ha tomado como fuente al Derecho romano.

Según las Instituciones de Gayo y las de Justiniano, el estudio del Derecho romano tiene un objeto triple: las personas, las cosas y las acciones.

La teoría de las personas, examina a los individuos desde el punto de vista de su estado, de su capacidad y del papel que juegan en la familia y la sociedad.

La teoría de las cosas, comprende el estudio de los bienes que componen el patrimonio de las personas, los efectos, y la transmisión de los derechos que puedan tener sobre estos bienes.

La teoría de las acciones, tiene por objeto los medios para asegurar a cada uno el respeto y la consideración de sus derechos, dirigiéndose cuando sea necesario a la autoridad judicial.

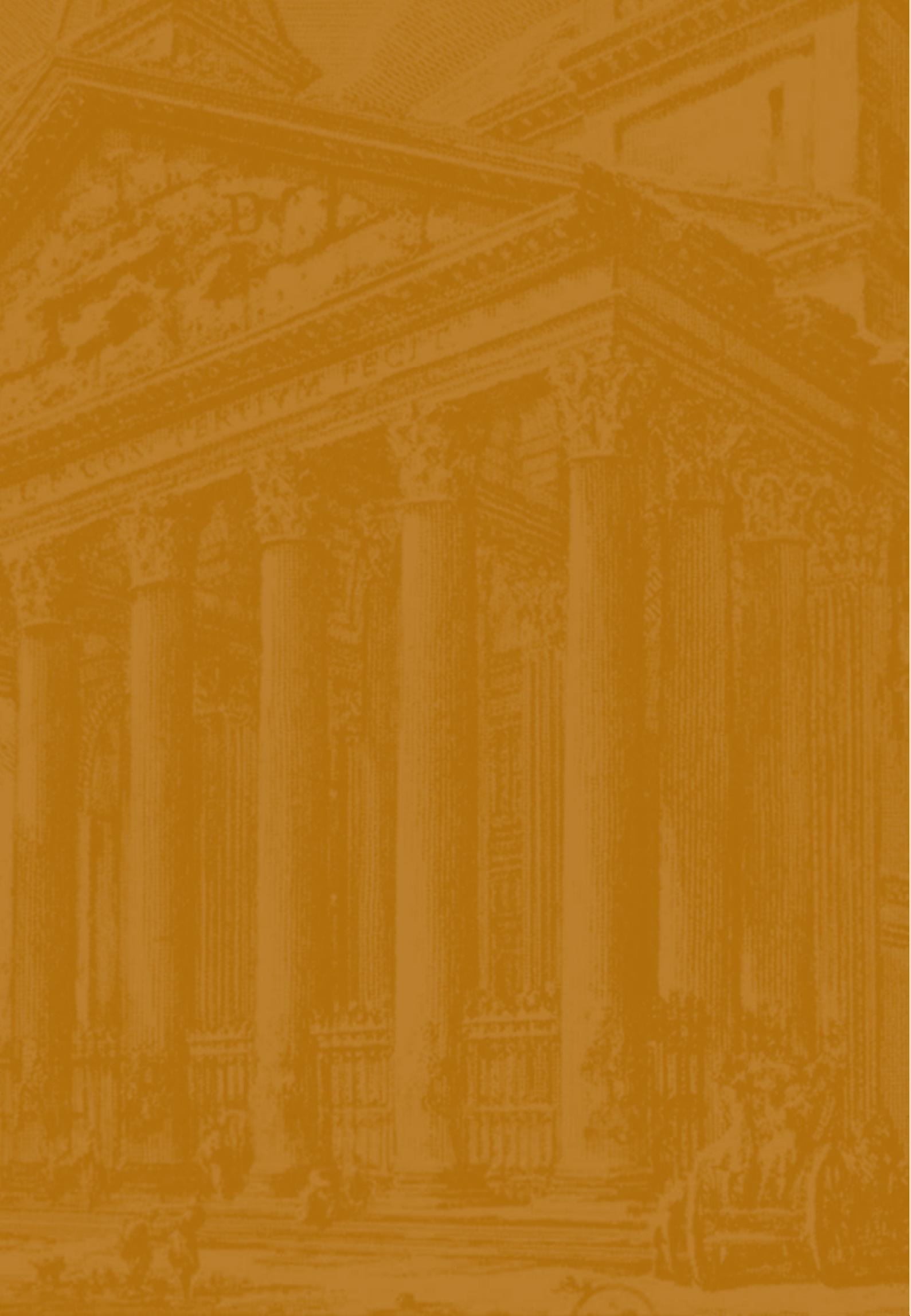
Esta división se fundamenta en que es necesario conservar en el estudio del Derecho romano el mismo modelo que le dieron los jurisconsultos de Roma; también otra razón categórica determina que es una clasificación más sencilla y que permite cumplir con el precepto de la observación, que Justiniano recomienda: empezar por las nociones más fáciles para llegar a las materias más complicadas.





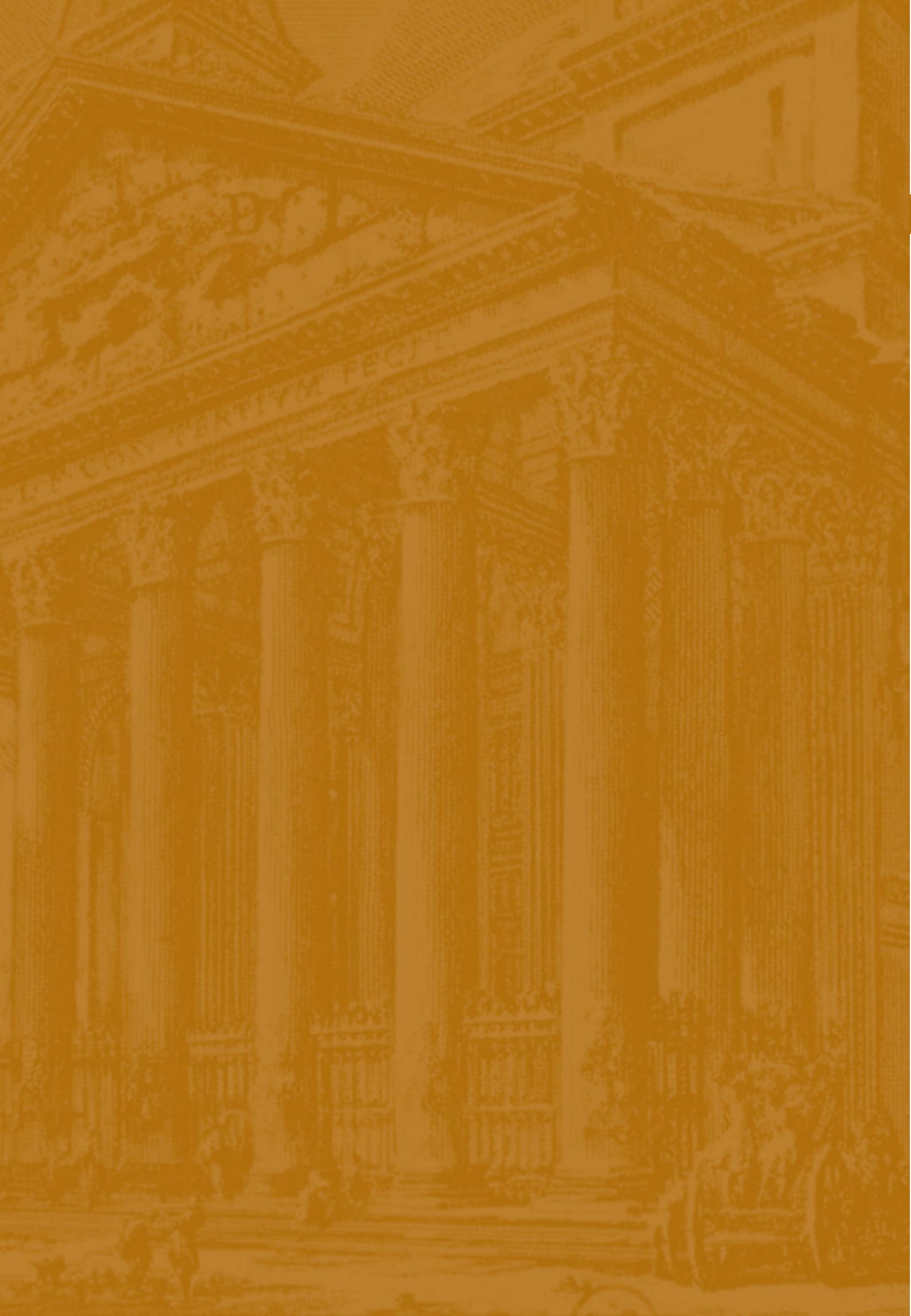
SEGUNDA PARTE
Instituciones Jurídicas
del Derecho Romano





LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS



TÍTULO PRIMERO

NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA

CAPÍTULO I Concepto y Clases de Personas

1. IDEA DE PERSONA

El vocablo persona cuenta con un significado etimológico equivalente a *personare*, que quiere decir sonar fuerte o resonar.

Esta palabra tiene diversas acepciones, por ejemplo, en sus comienzos fue utilizada para designar la máscara o careta que cubría la cara del actor al momento en que recitaba en escena y le ayudaba a darle amplitud a su voz. Es por esto que dicha palabra se utilizó para expresar el papel que un individuo puede desempeñar en la sociedad, ya sea como la persona del jefe de familia, la persona del tutor, entre otras.

En tiempos antiguos, Roma empleaba el lenguaje escénico como parte esencial de su vida social y, fue así que se convirtió en tecnicismo jurídico. Asimismo, el concepto persona se refería al hombre libre, al contrario del esclavo, que era considerada una cosa. Resumiendo, el solo hecho de nacer no era suficiente para que un individuo fuese considerado persona.

En sentido jurídico, la palabra persona no designa en el lenguaje del Derecho, como sucede en el lenguaje vulgar al hombre físico. Tiene dos acepciones:

- La primera acepción expresa que la palabra "persona" es todo ser considerado como capaz de tener deberes y derechos, de ser el sujeto pasivo o activo de los derechos.

Decimos todo ser porque no se comprende únicamente a los hombres. En efecto la ley por su poder de abstracción crea personas, como veremos que crea cosas que no existen en la naturaleza. Así es que constituye en persona al Estado, las ciudades, las comunidades, los establecimientos de beneficencia y otros, aún objetos puramente materiales como el fisco y la herencia yacente; porque hace de estos objetos seres capaces de tener y deber derechos.

En sentido inverso, todo hombre, en el Derecho romano, no es una persona: no lo son los esclavos, al menos en sus relaciones con su señor y en todo el rigor de la legislación primitiva, porque no son capaces de deber ni tener ningún derecho, no pudiendo tampoco transmitirlos.

• La segunda acepción es en otro sentido muy frecuentemente empleado. La palabra persona designa el papel o personaje que el hombre está llamado a representar en la escena jurídica, es decir cada cualidad en virtud de la cual debe tener ciertos derechos u obligaciones, como por ejemplo la persona del padre, del hijo de familia, del marido y del tutor. En este sentido un mismo hombre puede presentar a un mismo tiempo distintas personas, es la máscara de la comedia o del drama.

2. COMIENZO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD

2.1. Comienzo de la persona

La persona humana comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. Para que una persona pueda considerarse nacida se exigen los tres requisitos siguientes:

- a) *Nacimiento efectivo*: que haya desprendimiento total del claustro materno.
- b) *Nacimiento con vida*: un lloro o cualquier manifestación de vida. A efectos de derecho sucesorio puede ser interesante si el feto llegó a vivir unos instantes. No resulta claro si los juristas romanos llegaron a exigir el requisito moderno de la viabilidad (posibilidad que tiene el feto de seguir viviendo). A este respecto se suele distinguir entre la no viabilidad propia (imposibilidad de vivir fuera de la madre por no haber alcanzado la madurez suficiente) –prematuro, antes de los 6 meses–, y no viabilidad impropia (imposibilidad que tiene el feto maduro de seguir viviendo por alguna enfermedad) -problemas de carácter orgánico-.
- c) *Figura humana*: Para que el Derecho romano tenga en cuenta al nacido, era necesario que viva, que tenga forma o naturaleza humana, con total desprendimiento de la madre.

Aunque el nacimiento determine el momento en que una persona comienza su existencia, en casos aislados podía ser relevante el momento de la concepción o el tiempo de la gestación. Así hay que distinguir entre la concepción en matrimonio legítimo y concepción en matrimonio no legítimo a efectos de concesión de la ciudadanía: *en el primer caso el hijo adquiere la condición del padre -si el padre es ciudadano, el hijo es ciudadano-, en el segundo caso, adquiere la condición de la madre en el momento del nacimiento -si la madre es libre, el hijo es libre-*.

Había ocasiones en que para salvaguardar los derechos del que iba a nacer se consideraba el feto como ya nacido, tal es el caso de los *nasciturus postumi*, nacidos después de la muerte de su padre. Con la misma finalidad se podía nombrar un *curator ventris*, que vele por los derechos del que iba a nacer.

La *professio*, era la obligación del padre de declarar al nacido ante las autoridades civiles dentro de los primeros 30 días del nacimiento; para que el nacido tuviera capacidad jurídica, además debía ser fruto de la unión de una pareja libre, los hijos de esclavas no reconocidos por el hombre libre nacían esclavos. Se consideraba romano al nacido de matrimonio legítimo o, al menos, de madre romana en el momento del parto.

Un registro de nacimientos solo aparece en la época de Augusto. A partir de las leyes *Aelia Sentia* y *Papia Poppaea* de Augusto, del año 9 a.C., existió la obligación de declarar

los nacimientos ante los magistrados. Este registro se reservó a los hijos legítimos hasta la época del emperador *Marco Aurelio*.

A *Marco Aurelio* se le atribuye la disposición en torno al año 161 d.C., que obligaba a la *professio* declaración del padre dentro de los primeros treinta días desde el nacimiento del hijo ya fuese legítimo o ilegítimo. El Derecho romano, en cambio, no conoce un registro de defunciones.

2.2. Extinción de la persona

La persona humana se extingue con la muerte. En el caso de que varias personas perezcan conjuntamente en un siniestro, se considera que todas han muerto a la vez (*Comobencia*).

El Derecho Justiniano conoce presunciones de premoriencia en casos concretos. Así es el caso de que padre e hijo perezcan en un mismo siniestro, se establece una presunción de *premorienca*, atendiendo al mayor o menor grado de fortaleza de ambos: si el hijo es *púber* se presume que sobrevivió al padre; si el hijo es *impúber* se presume que murió antes que el padre.

3. LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

La capacidad es la aptitud o facultad de la que goza una persona, para ser capaz de recibir derechos, ejercerlos y contraer obligaciones.

La persona física, además de la existencia, requería de la capacidad jurídica, que también se conocía como *Caput*. Para tener esta facultad, también era necesario cumplir con ciertos requisitos, que le permitieran ejercer sus derechos, conocidos como estados o *estatus*.

Los requisitos eran los siguientes:

- *Estado de libertad (status libertatis)*: Este estado implicaba ser libre, es decir estar en facultad de actuar a juicio propio.

Dicho estado se obtenía mediante:

- *Nacimiento*: Los hijos de personas ingenuas, calificaban como libres, pues nacían libres y nunca dejaban de serlo.
- *Manumisión*: Medio por el cual a los esclavos (libertos) se les daba la libertad.

- *Estado de ciudadanía (status civitatis)*: Este estado implicaba ser ciudadano romano y no extranjero.

- *Estado de familia (status familiae)*: Este estado implicaba todos los derechos con los que contaban los independientes de la patria potestad o también conocidos como *sui iuris* (emancipados y paterfamilias no sometidos a ninguna patria potestad). De este estado, carecían los esclavos y los *aliene iuris* (incapaces de hecho o de derecho por estar sometidos a la patria potestad de alguien).

Las personas incapaces de hecho eran los dementes, los *impúberes*, los *pródigos* y las mujeres solteras.

La pérdida de alguno de estos tres *estatus* traería como consecuencia una disminución de la personalidad, conocida con el nombre de *capitis deminutio*.

La capacidad jurídica podía disminuir debido a circunstancias naturales, civiles y sociales, así por ejemplo:

- La degradación del honor civil (realización de actos inmorales leves).
- La condición social (pertenecer a la clase plebeya; la pobreza).
- La religión (impedimento matrimonial de cristianos con paganos, una vez que el cristianismo fue considerado religión oficial).
- La profesión (la actividad de los actores era considerada vergonzosa).
- Las que limitan la capacidad de hecho:
 - La edad (púberes o impúberes).
 - El sexo (desventajas jurídicas para la mujer).
 - Las enfermedades (locura, sordomudez, ceguera e impotencia).
 - La prodigalidad (persona que dilapida sus bienes sin motivo).
- El domicilio (influyó en el pago de impuestos y la competencia judicial).

3.1. Capacidad de obrar

Capax es un término que parece tener mucha relación con lo que hoy llamamos *capacidad de obrar*. Así, *Capax Doli* era el que tenía la responsabilidad de responder por dolo; *Capax Culpa*, el responsable por culpa, *capax* (en Derecho sucesorio) era el que podía recibir por testamento o legado: esto son solamente manifestaciones concretas de la capacidad de obrar.

Se entiende por tal capacidad de ejercer múltiples aspectos: capacidad negocial, capacidad jurídica, capacidad delictual o aptitud para acometer actos ilícitos.

Se han de tener en cuenta diferentes factores al considerar la capacidad de obrar de los individuos en Roma: edad, enfermedad mental, sexo y prodigalidad.

- a) *Edad*: De acuerdo con ella, se distinguían dos clases de personas: los púberes (más de 12 años) y los impúberes (hasta 12 años). Solo los púberes tenían capacidad plena de obrar.

Los criterios seguidos frente a los púberes para darles esta condición fueron según las escuelas:

- *Sabinianos*: El *inspectio corporum*, que era una forma de clasificar basándose en la inspección del cuerpo para comprobar la madurez sexual.
- *Proculeyanos*: Los criterios de estos eran los que luego recogió Justiniano. Serán púberes los hombres a partir de los 14 años y las mujeres a partir de los 12 años.
- Dentro de los *impúberes* se hacía otra clasificación:
 - *Infans*: hasta los 7 años.
 - *Impúberes Maiores*: desde los 7 hasta los 12 años las niñas y hasta los 14 años los varones. Los *Impúberes Maiores* podían realizar negocios jurídicos siempre que salgan beneficiados. Tenían la *auctoritas* de un tutor cuando alguien les donaba algo. Si eran compradores, podían reclamar las cosas sin tener que pagar el

precio, por lo que a estos negocios se les llamaba «*negocios cojos*» o *negotia claudicantia* ya que una de las partes recibe un perjuicio. Antonio Pío concibió una acción para evitar el enriquecimiento de un menor a costa ajena. Cuando existía dicho enriquecimiento injusto del impúber, se le podía reclamar al páter.

- *Impúberes Infantia Maiores*: Tienen capacidad delictual, en lo que atañe a los delitos del *ius civile*; en cambio no responden a los delitos del *ius honorarium*, que exige la pubertad.
 - *Púberes*: Al llegar a la pubertad se tiene capacidad de obrar, pero para evitar que los mayores de 25 años fueran engañados por su inexperiencia, surgió la *Lex Plaetoria* o *Laetoria* de forma que un púber podía rescindir un negocio por medio de la *Restitutio In Integrum*, anulación del negocio o aplicar una *Exceptio*. Además a petición del menor, el pretor podía nombrar un curator que le asista y le evite el riesgo de engaño.
- b) *Sexo*: La mujer estaba sometida, bien al páter, bien al marido, y cuando estas dos formas no existían, estaba representada por un tutor para todo tipo de negocio jurídico, que no se ocupara de su persona, sino del negocio jurídico, procesos y asuntos civiles.
- c) *Enfermedad mental*: Una parte de los dementes, los *furiosi* (desquiciados), no tenían capacidad negocial. No obstante, se consideraron válidas las declaraciones de voluntad que realizaban en intervalos lúcidos (*dilucida intervalia*) sometidos a un curator en los negocios.
- d) *Prodigalidad*: El pródigo era aquel que dilapidaba sus bienes. Tenía una posición jurídica parecida a la de los impúberes *Infantia maiores*; sin embargo, no se les aplicaba la «*Negotia Claudicantia*» La incapacitación del pródigo, suponía para él la pérdida del *Ius Commercium* (Posibilidad de realizar un negocio).

Tanto los dementes como los pródigos, estaban sometidos a un curator (que podía ser una persona allegada, *curator legitimus* o ser nombrado por el pretor) que solo se ocupaba del patrimonio y no de la persona.

4. CLASES DE PERSONAS

- En el Derecho romano la persona podía ser de dos clases: Persona físicas o naturales y personas morales o jurídicas.
- *Personas físicas o naturales*: Estas requerían de ciertos requisitos, como el de presentar ciertas características que lo calificaran como ser humano y asimismo ligado a estas, contar con capacidad jurídica. Ulpiano las denominó *singulare personae*, que equivalía a persona individual o natural.
- *Personas morales o jurídicas*: A estas, se les reconocía la capacidad de derecho mediante la ley, pero careciendo de individualidad física eran representados para poder actuar.



TÍTULO SEGUNDO

PERSONAS FÍSICAS O NATURALES

Gayo, en su obra *Instituciones*, empieza diciendo, que los hombres pueden ser libres o esclavos; los primeros eran considerados como personas y los segundos como cosas, división que tiene como base la posesión o la pérdida de la libertad.

Las personas libres podían ser ciudadanos romanos o peregrinos según poseyeran o no la ciudadanía romana, situación que después de la libertad era la más preciada. Esta división tuvo razón de ser hasta la época del emperador Caracalla, quien mediante una Constitución imperial y probablemente con fines fiscales otorgó la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio.

A su vez toda persona podía ser ingenua o libertino, situación que tenía en cuenta el hecho de que el individuo hubiera nacido libre *ingenuo*, o la circunstancia de haber sido esclavo, *libertino*.

Dentro del matrimonio, los ingenuos seguían la condición del padre, fuera de él la condición de la madre; pero para la ingenuidad del hijo no importa el hecho de que los padres sean ingenuos o libertinos.

Una vez obtenida la libertad, el antiguo esclavo se convertía en *liberto*, en relación con su antiguo amo o patrono, y su nueva condición en la sociedad era de libertino.

Otra clasificación que considera al individuo dentro de la familia es la de *sui iuris*, y *alieni iuris*. Los primeros eran los que no dependían de nadie, los segundos eran los que estaban sujetos a la potestad de otra persona. Independientemente de los señalados los *sui iuris*, en algunos casos podían encontrarse impedidos para realizar de manera directa el ejercicio de sus derechos, ya fuera por razones de edad, de sexo o bien por sufrir alteraciones en sus facultades mentales. Estas personas siendo *sui iuris*, estarían sujetas al régimen de tutela o de curatela, según las circunstancias.

Las personas *alieni iuris*, podían estar sujetas a la patria potestad (sería el caso de los *filiifamilias*) o bien a la *manus*, en el caso de la esposa.

La personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, pero se llegó a considerar que el producto concebido pero no nacido (*nasciturus*), debería ser tomado en cuenta con el fin de garantizarle ciertos derechos que adquiriera con su nacimiento, creándose una ficción que consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido siempre y cuando naciese con vida, esto tiene importancia sobre todo por cuestiones hereditarias.



CAPÍTULO I

Status Libertatis

La libertad, según los romanos era la capacidad del hombre, mediante la cual este podía actuar según su voluntad, siguiendo sus facultades intelectuales y estar capacitado para actuar jurídicamente.

A partir de la libertad (*libertas*), y la idea opuesta a ella, la esclavitud, la servidumbre (*servitus*), se procede a efectuar la primera división de los hombres en libres (*liberi*) y esclavos (*servi, mancipia, tomados con la mano*).

1. DE LOS ESCLAVOS

La esclavitud nació de la guerra, En los pueblos primitivos, el enemigo no tenía ningún derecho y el vencedor podía apropiarse, lo mismo de la persona que de los bienes del vencido. Los prisioneros eran condenados a muerte con frecuencia, después de celebradas las fiestas del triunfo.

Se han dado diversas definiciones acerca de la palabra esclavitud, entre las que cabe mencionar la de Oderigo, que la considera como la posición en la que una persona se halla en relación con otra, que tiene derechos ilimitados sobre esta.

Según *Petit*, la esclavitud se define como la condición con la que cuentan las personas que son propiedad de un amo.

Según el Título Tercero de las Institutas de Justiniano, la esclavitud es una institución del derecho de gentes por la que alguien es sometido al dominio de otro. Esta definición considera que tuvo su origen en el derecho de gentes, una institución común a los pueblos antiguos, adoptada y regulada por el Derecho romano.

Ulpiano, recalca que para el Derecho civil los esclavos no eran personas, pero según el derecho natural, todos los hombres nacen y viven libres.

Al esclavo, a pesar de ser considerado una cosa, se le concedieron ciertas facultades de hecho, como el *contubernium* (unión natural entre esclavos y/o personas libres), la capacidad de un pequeño patrimonio (peculio), que le permitiese en un futuro comprar su libertad y, la *cognatio servilis* (una especie de parentesco; vínculo de sangre para evitar matrimonios antinaturales).

Los esclavos fueron tratados amistosamente al principio, pero como consecuencia de las victorias obtenidas en las guerras púnicas, la grandeza y el poderío económico crecieron tanto que el número de esclavos aumentó considerablemente y de ahí se derivan los tratos inhumanos contra estos.

2. CAUSAS DE LA ESCLAVITUD

Se podía nacer esclavo o llegar a serlo por alguna causa posterior al nacimiento.

La esclavitud es una institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro. (Florentino, D. 1.5.4.1).

Los esclavos nacen o se hacen. Nacen esclavos los hijos de nuestras esclavas. Se hacen o por derecho de gentes, esto es, como consecuencia de la cautividad bélica, o por derecho civil lo que sucede cuando un hombre libre, mayor de veinte años, se deja vender para participar del precio de la venta (Justiniano Inst. 1.3.4.).

2.1. Por nacimiento

Como *mater semper certa est*, el hijo que nacía de madre esclava, en el momento del parto, se hacía también esclavo, sin atender a que el padre fuera o no un hombre libre. Esta regla primitiva vino luego a atenuarse por el *favor libertatis*, en el sentido de que el hijo se consideraba libre, si la madre fue libre en algún instante de la gestación.

2.2. Posteriores al nacimiento

- *Cautividad por guerra (captivitas)*: La esclavitud fue una institución del *Ius Gentium*, por lo que era común a todos los pueblos de la Antigüedad, de modo que no solo se hacía esclavo al enemigo que caía prisionero de los romanos, sino también al romano que caía prisionero de los enemigos. No obstante, para el ciudadano romano se atenuaba la rigidez de esta regla, tanto en el caso en el que moría en cautiverio, como en el caso de que logrando escapar, volviera a Roma. Para ello, se crearon tres instituciones:
 - a) *Captivitas*.- (*Ius Civile e Ius Gentium*). El que caía en manos del enemigo se hacía esclavo suyo. (Común a todos los pueblos).
 - b) *Fictio Legis Corneliae*.- (Ley ficticia). El que moría en cautiverio moría como esclavo, pero en virtud de esta ley, era como si el esclavo romano hubiera muerto en el campo de batalla, cuando aún era libre, para así poder salvar las disposiciones testamentarias del finado, de lo contrario serían nulas ya que un esclavo no podría testar.
 - c) *Postliminium*.- Cuando el romano escapaba del cautiverio y volvía a Roma, recuperaba todos sus antiguos derechos, que estaban en suspenso, pero existieron dos excepciones: en la posesión (por no estar en contacto con la cosa) y en el matrimonio no se recuperaban los antiguos derechos, sino que a la vuelta del cautiverio se establece una nueva relación.

- *Por condena penal (Servi Pene)*: Aunque el cautiverio de guerra y el nacimiento son las principales causas de la esclavitud, en las diversas épocas del Derecho romano existieron otras. Así, dejando de lado el Derecho arcaico en que se daba la venta de esclavos más allá de las fronteras de Roma (trans Tiberim), del deudor insolvente, cabe destacar:
 - 1 Las penas graves, que conllevaron condena a trabajos forzados, implicaron la pérdida de la libertad. Los que sufrían esta pena eran los llamados *Servi Pene, Servi Publici, o Servi Sine Domino*, ya que no tenían como dueño a un particular.
 - 2 El hombre libre, que se dejaba vender como esclavo para participar del precio y luego hacerse reivindicar como libre, caía en la esclavitud como pena por su conducta.
 - 3 Aquella ciudadana que tuviera relaciones carnales con esclavos, siempre que el dueño del esclavo la advirtiese antes por tres veces.
 - 4 Caía en esclavitud aquel esclavo que su dueño lo hubiera liberado (libertos), que tenían que mantener una condición de patronazgo y buenas relaciones de gratitud, cuando esto no se hacía, se volvía a caer.
 - 5 Aquellos ciudadanos romanos que hacían actos contra una potencia extranjera. Roma para lavar el daño los entregaba como esclavos.

3. CONDICIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS ESCLAVOS

3.1. Condición Social

Esclavo era aquel al que la norma positiva (no la naturaleza) le privaba de la libertad. El destino fundamental del esclavo era servir al hombre libre, aunque no tuviera dueño, porque existía una serie de esclavos llamados *servi publicae* que tienen que servir a aquel que lo requiera.

La *Condición Social* experimenta una evolución importante desde la Roma arcaica hasta la Roma Posclásica. En la Roma arcaica la esclavitud fue escasa, de ahí que el esclavo disfrute en esta época de una cierta consideración social: come en la misma mesa que su amo, toma el nombre de la familia y en las XII Tablas aparece protegido, en los casos de *iniuria*, con la mitad de la composición de un hombre libre.

Con las guerras púnicas Roma captura grandes masas de esclavos que dedica a los cultivos que ha conquistado porque también se apoderó de grandes masas de terreno. En los últimos siglos de la República aumentó enormemente el número de esclavos y a la vez cambió la situación de los mismos ya que sufrían más humillaciones y todo tipo de maltratos, al amo se le permitía vejarlo, venderlo y matarlo. Como consecuencia surgen muchas revueltas de esclavos que no pretenden la libertad, pero si una mejora de sus condiciones de vida. La revuelta más famosa fue la de Espartaco.

La opulencia de la sociedad romana hace que la situación de los esclavos sea diferente; no todos los esclavos tienen la misma preparación o cultura. Así, los esclavos que provenían de Grecia eran los más cultos, estos ostentaban cargos de médicos, pedagogos, etc., encontrándose más próximos a la familia.

En el principado la situación cambia, no existen ya guerras de conquista, desaparecen las revueltas y se produce una mejora de la situación social de los esclavos, inclusive al final del mandato de Augusto hay un Senadoconsulto Siliano mediante el cual se permitía maltratar o matar a los esclavos en el caso de que asesine al amo.

Al final del siglo II, la ausencia de guerras de conquista y el aumento del número de manumisiones (actos por los cuales se le otorga la libertad al esclavo), provoca la disminución del número de esclavos. Existen tantas manumisiones que en la época de Augusto se legisla la restricción de manumitir.

El cristianismo humaniza a los esclavos, aunque en la Epístola de San Pablo no se va en contra de la esclavitud, sino por el contrario le dice al esclavo que vuelva junto a su amo.

En el Bajo Imperio, se acaban las guerras de conquista con lo cual Roma no adquirirá más esclavos. Serán sus propias guerras internas, romanos contra romanos, las que les proporcione nuevos esclavos. Esta actividad era tan frecuente que los romanos llegan a ser vendidos dentro del propio territorio romano. Incluso hay una Constitución Imperial que negaba la legalidad de esas ventas y permitía al ciudadano romano que hubiera caído en esclavitud, devolver el dinero al dueño, con lo cual recuperaba la libertad o le servía durante cinco años para luego ser libre. Con Justiniano hay grandes reformas, incluso proclama que todos los hombres son libres, pero no abolió la esclavitud.

3.2. Condición jurídica de los esclavos

El esclavo, por definición, no era *sujeto* de derecho, sino *objeto* de derecho. No tuvo la consideración de persona sino de cosa, y como tal carecía de derechos. No obstante, de hecho, ciertas situaciones lo aproximan al régimen jurídico de las personas. Así, el esclavo, con el consentimiento del dueño, podía establecer una relación permanente con una esclava - sin casarse-, relación que fue calificada de *contubernium*.

En el ámbito del Derecho patrimonial (época tardía) es común la práctica de otorgar al esclavo una masa de bienes (*peculium*) con los que el esclavo podía negociar, siendo los beneficios de esos negocios para el amo, dándose la paradoja de que el esclavo, no teniendo capacidad jurídica, tenía en cambio, capacidad de obrar. Las adquisiciones del esclavo reversion en beneficio de su amo y por ello el pretor hacía responder a este de las deudas contraídas por el esclavo mediante una *actio adiecticiae qualitate* hasta el límite del *peculio*. El dueño del esclavo respondía también de los delitos del esclavo por la *actio noxalis*, pero podía librarse de la responsabilidad entregando al esclavo.

En el terreno religioso tenían derecho (*Ius Sacrum*), porque se les permite el derecho de sepultura; podían pertenecer a los *Colegias Religiosas*, votar en ellos y podían tener honras fúnebres.

En síntesis, los derechos que afectaban a los esclavos fueron:

- *Ius Commercii*: no lo tenían.
- *Ius Actionis*: no podían demandar ni ser demandado.
- *Testamentifactio*: no podían dejar herederos.
- *Ius Conubium*: no podían contraer matrimonio.

4. OTRAS CONDICIONES DE LOS ESCLAVOS

El esclavo estaba sometido a la autoridad de un dueño (*dominus*). En la sociedad romana, estaba bajo las siguientes condiciones:

4.1. Potestad del dueño sobre el esclavo

Esta potestad es de Derecho de Gentes. Puede pasar con los mismos caracteres de un ciudadano a un peregrino, y lo mismo puede pertenecer al hombre como a la mujer. Era absoluta y se ejercía sobre la persona y sobre los bienes del esclavo.

- a) *Derechos sobre la persona*: El dueño tenía poder de vida y de muerte sobre el esclavo. Por cuya razón podía castigarle, venderle o abandonarle. Este poder se ejerció primeramente con mucho rigor, humanizándose después en una época más avanzada de civilización.

La potestad del dueño fue, en primer lugar una especie de autoridad doméstica. En los primeros siglos los romanos no tuvieron más esclavos que los prisioneros hechos a las naciones vecinas, es decir a los pueblos de la misma raza de ellos y de la misma religión; estos esclavos fueron en número reducido. La comunicación del trabajo por años estableció entre ellos armonías íntimas; se consideraban casi como de la familia. Por eso Catón (El Antiguo), hacía sus comidas con sus esclavos, y cuando castigaba a uno de ellos era como un juez, después de la prueba judicial, en presencia y juicio de todos los otros.

Al final de la República cambió la situación. Los esclavos fueron mayormente extranjeros o bárbaros; la diversidad de razas, de costumbres y de religión, los separa profundamente del ciudadano romano, que los desprecia, mientras que por el número considerable crean un peligro para el Estado, cuyas guerras serviles son testimonio de su gravedad. De allí la desconfianza y crueldad de los amos, cuyos excesos no tuvieron límites.

En esta situación se hizo indispensable la intervención del legislador, no solo por razón de humanidad, sino también por los intereses del Estado, puesto que el rigor de los amos podía empujar a los esclavos a una rebelión.

La *Ley Petronia*, bajo Augusto o tal vez Nerón, fue la primera intervención de los poderes públicos en relación con el esclavo y el amo. Presta atención al carácter absoluto del poder, prohibiéndose totalmente vender un esclavo para combatir las fieras feroces en los circos o coliseos romanos.

Otras medidas tomadas también por Claudio, Adriano y Antonio el Piadoso, acabaron de reprimir lo que había demás odioso. Los abusos del poder del dueño, resultado de aquel que mata a un esclavo es tratado como un criminal, y si algún amo se mostrase demasiado cruel con sus esclavos, el magistrado puede obligarle a venderlos. Estos progresos se realizaron en el siglo II de nuestra era.

- b) *Derechos sobre los bienes*: Todo lo que el esclavo adquiría pertenecía al dueño, no podía tener nada en propiedad.
- Como costumbre se introdujo la forma de dejar un *peculio* al esclavo, es decir algunos bienes cuya administración le dejaban, con la cual podía sostener el comercio, quedando libre para aumentar sus beneficios.
 - Cuando el amo libertaba al esclavo estaba obligado a entregarle el peculio. Pero el esclavo manumitido por testamento únicamente se quedaba con el peculio solo si el amo se lo hubiese legado.

4.2. Condición del esclavo en la sociedad

La condición jurídica del esclavo se resume en dos principios: a) En el Derecho Civil, no tuvo personalidad, era una especie de muerte civil. Era una cosa clasificada en la categoría de *res mancipi*, b) En el Derecho Natural, el esclavo no se diferenciaba de los demás hombres; tenía los mismos derechos y los mismos deberes.

El principio de Derecho Civil, no quedó absoluto; ha tenido atenuaciones bajo la influencia del Derecho Natural y también en el interés de los dueños, para quienes el esclavo podía ser un instrumento útil de adquisición.

La condición del esclavo en la época clásica estuvo sometida a las siguientes reglas:

1. El esclavo no tenía ningún derecho político.
2. No podía casarse civilmente. La unión de hecho que contrata, llamada *contubernium*, solo engendraba un parentesco natural, (*cognatio serviles*), cuyos efectos fueron muy limitados.
3. Según el Derecho Civil, no podía hacer ninguna adquisición, pero en los actos jurídicos puede figurar, tomada la personalidad de su dueño, que resulta de esta manera propietario o acreedor del esclavo.
4. No podía obligarse civilmente por sus contratos, pero se obligaba naturalmente.
5. El Derecho Civil no admitía que el esclavo al contratar pueda hacer deudor al dueño. Pero el pretor permitía a los terceros que hayan tratado con el esclavo obrar contra el dueño, cuando este le hubiese autorizado a contratar.
6. El esclavo no podía obrar en justicia, ni para sí, ni para ningún otro, sin embargo esta regla estaba atenuada bajo el procedimiento extraordinario.

Por excepción había unos esclavos más favorecidos: eran los *Servi publici*, o esclavos del pueblo romano. Podían ser propietarios y disponer por testamento de la mitad de sus bienes., Otros por el contrario quedaban bajo la condición ordinaria de esclavos: eran los esclavos sin dueño, por ejemplo los *servi poenae*. No podían mezclarse en la vida civil y no tenían peculio ni esperanza de ser libertados.

5. SITUACIONES AFINES A LA ESCLAVITUD

Hay situaciones que sin ser de esclavitud, suponen una limitación a la libertad, tan drástica, que acaso se equiparan a ella:

- El *filius familiae*: El que ha sido vendido por el pater, vive en esclavitud.
- *Redemptor Ab Hostibus*: el que fue rescatado del enemigo mediante precio, solo recupera la libertad cuando haya pagado el precio redentor.
- El gladiador (o *autocratus*): que arrienda sus servicios a un empresario.
- El *nexi*: avalistas con su propio cuerpo.
- *Addictii*: deudores insolventes con un plazo de 60 días para pagar la deuda. Pasados los 60 días podían disponer de ellos para venderlos o bien para matarlos.
- El hombre libre: que de buena fe, cree que es esclavo de otro.

- Los colonos adscritos a su tierra.

Los derechos de patronato pasaban a los hijos, si bien con ciertas limitaciones. El patrono tenía un derecho de tutela sobre los hijos *impubere* del liberto y la liberta.

Fundamental distinción de los hombres era aquella entre libres y esclavos (*omnes homines aut liberi sunt aut servi*). 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 esta 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. En las Novelas justinianas viene por fin acordado el conceder a todos los libertos la posibilidad de alcanzar la libertad (*ingenui*).

La esclavitud tenía su principal fundamento en la cautividad de guerra que hacía esclavos a los *captivi*. Era una controversia de “*ius gentium*”, definido 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 solo 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, estas 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 el mismo aspecto era considerado como hombre y su personalidad reconocida.

6. DE LAS PERSONAS LIBRES

Toda persona que no fuere esclava era libre. Pero hubo diferencias muy importantes en la condición de las personas libres, que podemos subdividir las en ciudadanos y no ciudadanos, en *ingenuos* y *libertinos*.

6.1. De los ciudadanos y no ciudadanos

Esta división tiene por base la posesión o privación del derecho de ciudadanía romana.

- a) *De los ciudadanos*: El ciudadano romano que no haya sido incapacitado por alguna causa particular gozaba de todas las prerrogativas que constituían el *ius civitatis*, es decir participaba de todas las instituciones del Derecho Civil romano, público y privado.

Ventajas en el Derecho Privado:

- El *Connubium*: era la aptitud para contraer matrimonio de Derecho Civil, llamado *justae nuptiae*, la única que producía entre los padres y los hijos el poder paternal y la agnación.
- El *Commercium*: era el derecho para adquirir y transmitir la propiedad, valiéndose de los medios establecidos por el Derecho Civil, tal como *mancipatio*. Por vía de consecuencia, el *commercium*, permitía al ciudadano tener la *testamenti facti*, es decir el derecho de transmitir su sucesión por testamento y de ser instituido heredero.

Ventajas en el Derecho Público:

- El *ius suffragii*: Que era el derecho a votar en los comicios, para hacer la ley y proceder a la elección de magistrados
- El *ius Honorum*: Que era el derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas.

Existían otros privilegios, que estaban unidos a la cualidad del ciudadano. Citaremos especialmente la *provocatio ad populum*, que era el derecho a no sufrir una pena capital pronunciada por algún magistrado que no sea un dictador y que la sentencia haya sido aprobada por el comiciatos máximos, es decir por los comicios por centurias.

Para gozar de la personalidad jurídica era necesario tener la ciudadanía romana.

- b) *De los no ciudadanos*: Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio estaban privados de las ventajas que confería el derecho de ciudadanía romana y solo participaban de las instituciones derivadas del *ius gentium*. Entre los no ciudadanos, tenemos: los latini y los peregrini.

7. LOS INGENUOS Y LIBERTINOS

La división del Derecho de Personas es la que los agrupa en libres y esclavos. A su vez los libres se dividen en Ingenuos (personas que han sido libres desde su nacimiento) y *libertinos* (hombres que habiendo sido esclavos, salieron de esta condición).

El ingenuo, era el que nacía libre y no había sido esclavo en derecho. Para saber si una persona era libre se aplicaban las siguientes reglas: En el matrimonio, el hijo sigue la condición del padre en el momento de la concepción, fuera del matrimonio sigue la condición de la madre en el momento del nacimiento, pero en favor de la libertad, nace libre si la madre estuvo libre en cualquier momento de su gestación, así poco importa para la ingenuidad del hijo que los padres sean ingenuos o libertinos. La esclavitud hace cesar la ingenuidad: el que ha sido esclavo y recobra la libertad no es más que

un libertino. Sin embargo el cautivo hecho libre *iure postliminii* y el que solo ha sufrido una esclavitud con los piratas o los bandoleros queda ingenuo. Lo mismo ocurre con el hombre que habiendo nacido libre ha sido tratado como esclavo por un error.

Los libertinos o libertos, eran los que habían sido libertados de una esclavitud legal, es decir conforme al Derecho, contándose desde entonces entre las personas libres.

Había ciertas limitaciones a la capacidad de los libertinos que se manifestaban tanto en el Derecho Público como en el Privado:

En el Derecho Público: el *liberto* no tenía *lus Honorum* (derecho a ser elegido para cargos públicos). Además veía limitado el *lus Suffragii*, ya que aunque podía votar, lo hacía en una de las cuatro tribus urbanas.

En el *Derecho Privado*: el *libertoseguía* ligado a su antiguo amo, el *Patronus*, y esta vinculación determinaba una serie de deberes:

- Respetar al patrono, tributándole honor, *obsequium* y reverencia.
- Prestar determinados servicios al patrono si así estaba estipulado.
- No podía reclamar al patrono lo que le debiera sino lo que buenamente el *dominus* le daba.
- Los derechos de patronato pasaban a los hijos, si bien con ciertas limitaciones. El patrono tenía un derecho de tutela sobre los hijos *impúber* del liberto y la liberta.
- El patrono también tenía obligaciones con respecto al *liberto*:
- Prestarle alimentos siempre que no tuviese.
- No podía demandar al liberto si la condena fuese a muerte.
- Los pretores vigilaban que las relaciones de patronazgo no fueran abusivas. Con el principado se llega a equiparar los libertos con los ingenuos.

8. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ESCLAVITUD

La esclavitud se extinguía fundamentalmente por *manumisión* o por *disposición de Ley*.

8.1. Manumisión

Existían diversas clases de manumisiones, según la época, estas eran:

En la Monarquía y parte de la República: En esta época el derecho estaba integrado por pocos negocios jurídicos, era inflexible y rígido, donde la validez jurídica se obtenía mediante la solemnidad y la formalidad. Era un acto por el cual el dueño concedía la libertad al esclavo (y como efecto reflejo, le concedía también la ciudadanía).

Según *Gayo* existieron tres tipos de manumisiones:

- a) *Por vindicta*: Proceso ficticio por el cual un tercero, previamente acordado con el amo, comparecía ante el pretor reclamando al esclavo como hombre libre, para lo cual se le tocaba con una varita llamada *vindicta* y, al no defenderse el dueño, el magistrado confirmaba la ratificación del tercero y le otorgaba la libertad, basándose en la solemnidad requerida por la *in iure cessio*.
- b) *Por censo*: Era la inscripción del esclavo en los registros del censo, en la parte de la ciudadanía, cuestión que le otorgaba si libertad.

- c) *Por testamento*: Se daba una vez que el amo, al redactar sus últimas disposiciones, hubiese incluido el deseo de otorgarle su libertad a uno o varios esclavos.

A finales de la República, esta manumisión se deriva del Derecho pretoriano, pues reduce las formalidades y, hace valer la equidad y la buena fe. Se destacan las siguientes:

- *La declaración de libertad hecha ante amigos (manumissio inter amicos)*.
- *La declaración de libertad dada a través de una carta dirigida a su esclavo (manumissio per epistolam)*.
- *La libertad que se daba cuando el amo permitía que el esclavo se sentara a la mesa (manumissio per convii adhibititionem o per mensam)*.

Durante el principado: En esa época la Ley Junia Norbana (año 19 d. C.), concedió el estado jurídico de libertad a los manumitidos por el Derecho pretoriano. Se les concedía la condición de latinos Julianos.

Durante el Imperio Absoluto: La manumisión en esta época fue influenciada por el cristianismo de donde proviene su nombre de *Manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, que guardaba la declaración llevada a cabo por el amo en una iglesia, ante la presencia de los cristianos.

El emperador Justiniano extendió las formas de manumisión al concederle valor a las declaraciones del dueño, llamando filius al esclavo en actos públicos o declarándolo tutor, heredero o adoptado.

La distinción entre *Ius Civile* y *Ius Gentium* es también aquí, patente: A) *Manumisiones del ius civile (formas solemnes)*.

- *Manumisión vindicta*: Este procedimiento era el más práctico, donde el señor acompañado del esclavo y a veces de un tercero casi siempre un lictor, se presentaba en cualquier sitio, delante del magistrado y entonces tenía lugar la ficción de un proceso en reclamación de libertad, el tercero llamado *adsertor libertatis*, confirmaba que el esclavo estaba libre. El señor no hacía contradicción alguna y el magistrado consagra la afirmación del adsertor confirmando la libertad del esclavo y el pretor, basándose en el principio de que el que calla (cuando debe hablar) otorga, proclama solemnemente la libertad del esclavo. Así pues, se trataba de una forma de manumitir, modelada a imagen y semejanza de la antigua *actio sacramento in rem*. Es un proceso fingido conforme al ritual de la fórmula *in iure cessio* (transmisión de la propiedad). Más adelante el adsertor libertatis será sustituido por un *Lictor*.
- *Manumisión censu*: Con el consentimiento del señor, el esclavo es inscrito en los registros del censo, donde cada ciudadano tenía su capítulo. Este modo de manumisión es antiguo y data de la época de Servio Tulio, no pudiendo emplearse más que cada cinco años y en el momento de las operaciones del censo. Esta fórmula desapareció a finales de la República y se discutían si se adquiere la libertad en el momento de inscribirlo o cuando se publicase (cada cinco años).
- *Manumisión testamentaria*: Era la voluntad de un ciudadano expresada en su testamento, era obligatoria según la ley de las XII Tablas.

El testador podía dejar directamente a su esclavo diciendo en su testamento: *Stichus liber esto*. Entonces el esclavo era libre en cuanto el testamento produzca su efecto. Dentro de esa fórmula había dos variantes:

1. *Directa*: Cuando el propio testador decía: «Concedo la libertad a mi esclavo».
2. *Indirecta*: Cuando el testador indicaba expresamente a su heredero que debía manumitir al esclavo por medio de la fórmula *censu* o la *vindicta*. A veces esto se dilataba por parte del heredero y había una protección que obligaba al heredero a manumitir, de lo contrario, podía ser el propio pretor quien concediese la libertad al esclavo.

B) Manumisiones del *ius honorarium* (formas no solemnes)

Las manumisiones del *ius honorarium*, introducidas por Constantino, no eran solemnes y por ello, revestían una gran variedad, siendo las más frecuentes:

- a) *Inter Amicos*, manifestación expresa del dueño ante amigos.
- b) *Per Epistulam*, por una simple carta en la que manifiesta su voluntad de manumitir al esclavo.
- c) *Per Mensam*, admitiendo al esclavo en la mesa del señor. Las dos primeras eran equiparadas a solemnes por Justiniano pero exigían la presencia de cinco testigos. El problema radicaba en que al no observarse en estos casos las formalidades del *ius civile*, lo que se alcanzaba era una mera *Libertad* de hecho, que venía protegida por el pretor, en el caso de que el amo quiera privar al liberto de su libertad.

Con la *Lex Junia Norbana* (años 19 d.C.) se concedió la libertad a los esclavos manumitidos pero sin reconocerles el derecho de ciudadanía, sino solamente, la condición de latinos. Estos *Latini Iuniani*, tenían el *Ius Commercium*, pero en cambio carecían de la facultad de disponer de sus bienes por testamento -que pasaban al dueño que lo libertó-, de donde viene el dicho de que estos latinos viven como libres pero mueren como esclavos. Cuando la manumisión se hacía ante cinco testigos adquirían la libertad y la ciudadanía.

8.2. Por disposición de la Ley

Existían varios supuestos por los cuales se le daba libertad al esclavo sin manumisión:

- a) El Estado podía conceder al esclavo la libertad, por una conducta buena hacia el Estado o por haber prestado valiosos servicios.
- b) Aquel esclavo que era vendido con la condición de manumisión, si llegado el momento no se le manumitía, por disposición de Ley quedaba libre.
- c) La esclava que se vendía con la condición de que no se prostituyese, si se infringía esta norma, quedaba en libertad.
- d) Aquellos esclavos que fueron abandonados por sus dueños por estar viejos o enfermos.

Con el cristianismo aparecieron más condiciones de puesta en libertad de los esclavos.

Las manumisiones de esclavos en masa, que tuvieron lugar hacia fines de la República, hicieron que alcancen la ciudadanía romana elementos de procedencia exótica, que vienen a alterar el equilibrio demográfico. Augusto, exaltando los valores de la romanidad, pondrá fin a tal situación, en cuestión del abuso de las mismas, que conllevaba problemas sociales y raciales, derivando en el incremento de sangre extranjera y conductas impropias, entre otras. Este aparte del impuesto del 5% sobre

el valor del esclavo manumitido, crea ciertas leyes para proteger la mano de obra libre estableciendo una serie de limitaciones a la libertad de manumitir, que son las siguientes:

1. *Lex Fufia Caninia*: (2 a.C.) impuso la obligación de mencionar nominalmente en el testamento al manumitido y limitó el número de manumisiones en proporción al número de esclavos que tenía el dueño. (De 2 a 3, de 4 a 10, la mitad; de 11 a 30, un tercio; de 31 a 100, un cuarto y de 101 a 500, la quinta parte). Nadie podía manumitir a más de 100 esclavos. Esta ley restringía el número de manumisiones hechas por testamento y con este fin se determinó la necesidad de hacer las manumisiones nominativamente, identificando al esclavo por su nombre y limitando el número de esclavos que podrían manumitirse, haciéndolo proporcional al número de los que se poseyera,

2. *Lex Aelia Sentia*: (4 d.C.) exigía que el manumisor tuviese por lo menos 20 años y el manumitido treinta, salvo casos justificados que debían probarse ante el magistrado. También privaba de la ciudadanía a los manumitidos que hubieran sido castigados a penas infamantes, equiparándolos a los peregrinos dediticios. La ley consideró inválidas las manumisiones en fraude de los acreedores (manumitir para no pagar deudas con los esclavos). Esta ley prohibía a los amos a manumitir a sus esclavos menores de 30 años, exigiendo una edad de 20 años para el amo y, permitiéndola solo en el caso de que no se perjudicaran los acreedores del señor, pero sin embargo, los esclavos que hubiesen cometido delitos y se les manumitiera tendrían la condición de dediticios.

9. CONDICIÓN DE LOS MANUMITIDOS

Dentro del Derecho clásico encontramos tres clases de manumitidos o libertos:

9.1. Los libertos ciudadanos

Estos son los más favorecidos, adquiriendo al mismo tiempo la libertad y el derecho de ciudadanía. Sin embargo, eran por varias razones estaban en una situación inferior a la de los ingenuos. Eran los que disfrutaban de un derecho de ciudadanía limitado en virtud de no tener el *jusi honorum*, es decir el acceso a las magistraturas ni aún a los municipios, donde tampoco podían formar parte de la curia. En cuanto al derecho de voto solo lo ejercían los comicios por tribus; en el derecho privado tuvieron en un principio el *commercium* y el *connubium*, pero el matrimonio entre ingenuos y libertados, quedó por largo tiempo vedado, el *ius militae* (en sus orígenes). Estos tomaban el nombre de la *gens*, el nombre propio, el domicilio del manumitente y hasta la época de Augusto se les permitió el *connubium* con ingenuos. Su status civil estaba restringido a los *jura patronatus*, esto quiere decir, que el liberto tenía ciertas obligaciones para con su anterior dueño, estas son:

- La obligación de respetar al patrono (*obsequium*) y, a su descendencia agnaticia, que conservaba respecto a él un derecho de tutela.
- No podía ejercer acción penal contra su patrono y para demandarlo civilmente requería autorización del magistrado.
- Estaba obligado a ayudar al patrono y a los suyos en sus necesidades, cuestión modificada por una deuda alimenticia.
- Si moría sin descendientes ni herederos testamentarios, la herencia pasaba al patrono.
- Debía servicios especiales señalados mediante un contrato jurado en el momento de la manumisión.

- El patrono tenía ciertos deberes para con su antiguo esclavo, por ejemplo:
- Asistir y proteger a este, en lo referente a la administración de justicia.
- Ayudar material y elementalmente al liberto y a su familia.
- Abstención de acusaciones capitales y testimonios de cargo.
- Moderación en las exigencias de los servicios o trabajos.

9.2. Los libertos latinos junianos

Estos obtenían su libertad de un modo no solemne de *manumissio* o si el amo tenía sobre este una *dominica potestas*. Carecían de derechos políticos y del *jus connubium*, sin embargo se les concedió el *jus commercium*. No podían hacer ni heredar testamento.

Su condición era la misma que la de los latinos de las colonias. No tenían derechos políticos. En derecho privado tenían el *commercium*, pero no el *connubium*. La ley Junia Norbana les afectaba en ciertas incapacidades especiales, así que no podían:

- a) Ni testar a su muerte, volvían sus bienes al señor.
- b) Ni recoger una sucesión testamentario o un legado, a menos de hacerse ciudadanos a los cien días de la muerte del testador.
- c) Ni ser nombrados tutores testamentarios.
- d) Ni según la Lex Atilia, ser nombrados tutores en Roma por el magistrado.

Desde el reinado de Augusto y bajo los emperadores que siguieron les fue muy fácil a los latinos junianos mejorar su condición y adquirir la cualidad de ciudadanos. Para lo cual fue necesario.

1. Que a los treinta años cumplidos hubiese sido libertado de una manera no solemne, inter amicos,
2. Una concesión expresa del emperador podía también conferir a un latino la calidad de ciudadano, pero sin quitar al patrono sus derechos sobre la sucesión del libertado latino.
3. La ley Aelia Sentia, decidiendo que el manumitido menor de treinta años sería latino le concedía el siguiente favor: Si se casaba con una ciudadana o con una latina en presencia de siete testigos, ciudadanos romanos o púberes, asegurando que se casaba para tener hijos, podía presentarse al magistrado cuando el hijo tuviera un año de edad y reclamar la ciudadanía probando la existencia del hijo como causa de su matrimonio, *causam probare*, transmitiendo la ciudadanía a la mujer y al hijo si es que no la tenían.
4. En virtud de decisiones tomadas bajo la gestión de Tiberio, Claudio y Trajano, pudieron los latinos justinianos adquirir la ciudadanía, en varios casos en que hubiesen hecho algún servicio de importancia al Estado.

9.3. Los libertos dediticios

Fueron los manumitidos menos favorecidos: *pessima libertas*, asimilados a los peregrinos que se rindieron a discreción, no poseían ni derechos políticos, ni *connubium*, ni *commercium*. Además les estaba absolutamente prohibido internarse en Roma o en un radio de cien millas a la redonda, bajo pena de caer otra vez en la esclavitud y de ser

vendidos ellos y sus bienes. Eran esclavos que durante su cautiverio habían tenido una mala conducta. Obtenían la peor libertad, sin derechos políticos, del *ius connubium* y del *commercium*. La ciudadanía romana les estaba vetada para siempre.

10. RELACIONES DE LOS MANUMITIDOS CON EL PATRONO

Sea cual fuere la condición del liberto, sus relaciones con el patrono son las mismas, aparte de ciertas diferencias para el reglamento de su sucesión.

Siendo su antiguo señor a quien el libertado debía su existencia civil, debe estar con él en relación análoga del hijo con su padre, por tanto toma el nombre, origen y domicilio legal del patrono, y forman también parte de su gens.

Por otra parte, con motivo del agradecimiento que debía al patrono tenía que sujetarse hacia él, a ciertas obligaciones que constituyeron los *jura patronatus*, o derechos de patronato. Estos derechos pasaban también a los hijos agnados del patrono, y se pueden dividir en tres grupos:

- a) *Obsequium*: El patrono tenía derecho a respeto y consideración por parte del liberto, por ejemplo el liberto no podía seguir a su patrono sin autorización de un magistrado.

Le debía también alimentos en la necesidad. Esta obligación estuvo por mucho tiempo desprovista de sanción pero la ley *Aelia Sentia*, estableció penas contra el liberto ingrato.

- b) *Operae*: El señor hacía prometer ciertos servicios al liberto, bien fuera con ayuda de alguna estipulación o bien por juramento. Estos dos procedimientos hacían nacer la misma obligación sancionada por la acción *operarum*. Había dos clases:

1. *Las operae oficiales*: Consistía en los servicios domésticos, por ejemplo administrar los asuntos del patrono, cuidar su casa durante su ausencia y acompañarle en sus viajes. Estos servicios naturalmente se consideraban como debidos al agradecimiento, cesando esta obligación a la muerte del patrono.

2. *Los operae fabriles*: Tenía un carácter pecuniario, reservándose el patrono cierto número de jornadas de trabajo, según el oficio, arte o profesión del liberto. Podía ceder o arrendar este censo y pasar a sus herederos.

- c) *El patrono*: Tenía importantes derecho sobre la tutela y la sucesión del liberto.

11. ÚLTIMO ESTADO DEL DERECHO

Los modos de manumisión bajo Justiniano se hicieron numerosos.

La manumisión *censu*, entró en vigor en la época clásica y después cayó en desuso, pero Constantino admitió la manumisión en las iglesias por una declaración hecha delante del pueblo y en presencia de los sacerdotes. Además Justiniano dio plena validez a la voluntad de libertar, manifestada por carta o por *inter amicos*, y de otras maneras. Suprimió al mismo tiempo los *latinos junianos* y los *dediticios*, de manera que solo hubo desde entonces liberto ciudadanos. Más tarde fue más lejos, haciendo desaparecer toda diferencia social entre *ingenuos* y *libertinos*.

12. EL COLONATO

El colonato no era una institución de la época clásica, la palabra *colonus*, tenía otro sentido llamando así al propietario cultivador del suelo fuera de Roma o de las colonias o del arrendatario de la tierra de otro. Durante el Bajo Imperio la palabra *Colonus* significaba la condición del hombre libre atado a perpetuidad a la tierra de otro, para cultivarla a cambio de un pago en dinero o en especie.

En cuanto a los orígenes del colonato, se admite que se estableció poco a poco, bajo la influencia de varias causas:

1. El colono en la sociedad quedaba libre, ingenuo o libertino, según su condición anterior. Podía casarse, adquirir y hacerse acreedor o deudor, pero le estaba en absoluto prohibido enajenar sin el consentimiento de su amo, pues sus bienes garantizaban el pago del censo y del impuesto territorial, tampoco no podía tener ningún cargo público.
2. En cuanto al propietario del terreno de cultivo, trataba a su colono poco más o menos como si fuese un esclavo. Tenía que estar ligado a la tierra que cultivaba, prohibiéndole abandonarla. Si la tierra llegaba a venderse, el colono también con ella. El colono nunca podía perseguir en justicia al propietario, salvo en casos excepcionales.

- La condición jurídica de los colonos variaba según como se les consideraba en la sociedad, o en sus relaciones con el propietario del terreno:

- La condición del colono era perpetua, no pareciendo susceptible de cesar por una liberación, puesto que el colono no perdía su libertad.

- El colonato estuvo también en vigor bajo Justiniano, subsistiendo varios siglos en Occidente, después de la caída de la dominación romana.

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 *iussuffragii*, 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 *connubium*, es decir: el derecho de contraer legítimo matrimonio y así, pues, de adquirir los derechos familiares respectivos y consiguientes; y el *ius commercii*. 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 detentadores, ocupa los primeros siglos de la historia romana y se concluye tan solo en torno al año 300 a. C.

En contraposición a los ciudadanos, se hallaban los extranjeros o las *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 alicuius 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*.

En el año 212 d. C. el emperador Antonino Caracalla concedió, sin embargo, la ciudadanía romana a todos aquellos que estaban *in orbe romano*, quedando acaso excluidos solo 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*.



CAPÍTULO II

Status Civitatis

Para que un individuo fuese considerado sujeto de derecho en Roma era necesario 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, esta 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, solo aquellos para los cuales, además de la manumisión civil, hubieran sido aplicadas las disposiciones de la ley Aelia Sentia; al final, en el Derecho justinianeo, todos los esclavos así, pues, que hubieran alcanzado la libertad. Por concesión llegaban a ser ciudadanos los extranjeros a los cuales les 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 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 *connubium*, es decir: el derecho de contraer legítimo matrimonio y así, pues, de adquirir los derechos familiares respectivos y consiguientes; y el *ius commercii*. 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 detentadores, ocupa los primeros siglos de la historia romana y se concluye tan solo en torno al año 300 a. C.

En contraposición a los ciudadanos, se hallaban los extranjeros o las *civitas*, llamados en un principio *hostes*, y después *peregrinis*, los cuales estaban sometidos a su propio derecho nacional y completamente excluidos del *ius civile*.

Los peregrinos eran considerados súbditos de las provincias, y fueron distinguidos en dos categorías: *peregrini alicuius civitatis*, que eran considerados formalmente aliados, y, en condición inferior, los *peregrini dediticii*, que eran por lo general 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*.

En el año 212 d. C. el emperador Antonino Caracalla concedió, sin embargo, la ciudadanía romana a todos aquellos que estaban *in orbe romano*, quedando excluidos solo los peregrinos *dediticios* (*constitutio Antoniniana*). 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 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 justiniano, venido 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 interditio* y por la adquisición de otra ciudadanía.

1. LA CIUDAD (*Civitas*)

De acuerdo con el *status civitatis*, las personas se dividen en tres grupos: *cives*, *peregrini* y *latini*. Estas son las tres situaciones que se pueden dar.

Roma se entiende como una ciudad-Estado, da protección solo a los ciudadanos miembros de esa *civitas*: los *cives* o *quirites*. Durante la República, el territorio de Roma estuvo dividido en treinta y cinco tribus de las cuales cuatro eran urbanas y treinta y una rústicas. Cuando los habitantes de la Península Itálica fueron adquiriendo la ciudadanía, se fueron incorporando a una de esas treinta y cinco tribus, según donde se encontraran.

En ese período, Roma es Italia y forma una gran ciudad y todo lo que se encontraba fuera de ella, era considerado territorio peregrino. Después de la Constitución Antoniniana en el siglo III, se otorga la ciudadanía a todos los ciudadanos libres del

Imperio, (se discute si las provincias van a adquirir o no la ciudadanía). Por lo tanto hemos de hablar de Ager Romanus.

La Península itálica se irá convirtiendo en territorio peregrino, en Ager Romanus. Sus habitantes se encuentran casi todos en situación de peregrini. Más tarde, por la Constitución de Antonino Caracalla, como ya habíamos comentado, se va a conceder el carácter de cives a todas estas personas. De Estado-ciudad se pasa a monarquía universal.

La ciudadanía era como un status, una segunda situación para adquirir la plena capacidad jurídica; el primer escalón fue ser libres. Este status, no solo interesaba al Derecho Público, sino también al Derecho Privado. El individuo, como ciudadano, tenía derechos en cuanto al orden público y en cuanto a sus relaciones o contratos privados, que darían lugar a ese Derecho Privado.

1.1. Los cives

Existe un principio general, el principio de la personalidad del Derecho. Por eso hemos dicho que el Derecho Civil es el Derecho de los cives o Derecho de los ciudadanos romanos. Este principio de personalidad supone que un individuo tiene derecho y que ese derecho le sigue donde quiera que él se encuentre.

Algunos de los derechos que disfrutaban los Cives eran:

a) En el Derecho Público

- *Ius Honorum*: Derecho a ser elegido para ocupar un cargo de las Magistraturas. (Solo ciudadanos romanos).
- *Ius Suffragii*: Posibilidad de votar en las asambleas.
- *Participar en Legiones*: Derecho a participar en las legiones. (Solo los ciudadanos romanos).

b) En el Derecho Privado

- *Ius Comercii*: Derecho a adquirir y transmitir propiedad civil y ser sujeto activo y pasivo de relaciones contractuales o contratos. (Solo ciudadanos romanos, los demás con limitaciones).
- *Ius Connubii*: Derecho a contraer matrimonio y tener familia legítima. (Que dará lugar a la patria potestad, tutela, etc...).
- *Ius Actionis*: Posibilidad de denunciar y ser denunciado. Posibilidad de intervenir en un proceso civil.
- *Testamentifactio Activa y Pasiva*: Dejar o percibir herencias.

Activa: Otorgar testamento.

Pasiva: Ser herederos.

Cada ciudadano tenía su nombre, que identificaba de alguna forma una situación jurídica privilegiada. El nombre estaba compuesto por tres elementos:

- 1) *Preanomen* (que se identifica con el nombre de hoy) que lo distingue de los otros miembros de la familia.
- 2) *Nomen*, que será el nombre gentilicio o familiar.

- 3) *Cognomen*, que es la rama de la familia a la que pertenece dentro del gran grupo de las gens. Aunque a veces se confunde con el apodo que se pone también en tercer lugar. Ejemplo

Marco Tulio Cicerón Marco = Nombre; Tulio = Apellido; Cicerón = A veces apodo.

1.2. Los Peregrini

Eran aquellas personas que vivían dentro del territorio romano, pero que no son cives ni latini y no hay que confundirlos con los que vivían fuera y que se podían reconocer como *barbari* o bárbaros, que eran los extranjeros en sentido propio.

Los peregrini pueden ser de dos tipos: *Alicuius Civitatis* y *Dediticii*:

- a) *Alicuius Civitatis*: Perteneían a las comunidades que se sometieron a Roma o se anexionaron o incorporaron por los sistemas de federación o incorporación. A estas personas, Roma les reconocía su libertad. Se celebraban unos pactos o foedus con los que Roma pactaba con esa comunidad las condiciones por las que iban a regir, o bien por la Lex Civitatis, que era la ley que regiría esa comunidad, pero conservando sus propias leyes y organización política.

Los peregrini *Alicuius Civitatis* serán los que formaban parte de alguna ciudad preexistente a la conquista romana y a la que Roma dejaba su propia organización

- b) *Dediticii*: Fueron los que tiempos atrás lucharon contra el pueblo romano con las armas en las manos y luego, vencidos ya, se rindieron. Se les prohíbe vivir en Roma y en un radio de cien millas extramuros. Son fundamentalmente los cautivos de las comunidades que los romanos han vencido en alguna batalla y la anexión no es voluntaria sino como consecuencia de esta derrota (son hombres libres, no esclavos). En todas sus relaciones se van a regir por el *Ius Gentium*. En el año 212, con la Constitución Antoniniana se da la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, pero sin embargo hay discusión en cuanto si la ciudadanía iba a contar con los peregrini y los latini. Se cree que sí acogieron a los latini y a los peregrini *alicuius civitatis*, pero no a los peregrini *dediticii*.

- c) *Los Latini*: Constituyeron una situación intermedia entre cives y peregrini. Se les llamaba latini, a todos los habitantes del Lacio. Por razones técnicas, existió un pacto muy antiguo, incluso fueron aliados de Roma desde los orígenes prácticamente. Más tarde en tiempos de Casio, se llegó a firmar un pacto o alianza que se conoce como *Foedus Caosiano* o *Casiano*, y donde fundamentalmente se establecen las relaciones entre los ciudadanos romanos y las comunidades del Lacio. A estas personas se les considerará una serie de derechos que llegan casi a equipararse con la capacidad jurídica plena. Dentro de los latini se pueden distinguir tres tipos:

- *Prisci o Vetere*: Estos son los que surgieron después de firmar el pacto o foedus en el año 493 d.C. (De ahí, lo de Vetere; antiguos). Tenían una alianza muy antigua, y Roma les concedía una capacidad jurídica prácticamente plena. Los derechos que se le reconocen son los siguientes: *Ius Comercii*, *Ius Connubi*, *Testamenti factio*, *Ius Suffragii* (podían votar cuando se encontraban en Roma, en una tribu sacada a suerte).

- *Coloniarii*: Estos surgen con las disputas entre las ciudades federadas y Roma. Pero fundamentalmente, son los habitantes de las colonias que los romanos fundaron en el transcurso de su expansión. Tienen el *Ius Comercii*, *Ius Actiones*, *Ius Testamenti factio* e *Ius Sufragii*, pero no tienen el *Ius Connubi*.
- *Iuniani*: Estos fueron consecuencia de la *Lex Iunia Narbona* del año 19 d.C. Eran los manumitidos de forma no solemne. Adquirían la libertad, pero no la ciudadanía, por lo que se quedaban en situación de *latini*. Por la *Lex Aelia Sentia*, aquellos esclavos manumitidos que habían cometido penas infamantes, serían peregrini, no *latini*. Solo tenían el *Ius Comercii* y el *Ius Actiones*. No tenían el *Testamenti factio*, por lo que se dice que vivían como libres pero morían como esclavos, porque no podían testar.

Forma de adquisición de la ciudadanía:

La ciudadanía se podía conseguir de las siguientes formas:

- 1º **Por nacimiento**: Los que nacieran de matrimonio legítimo y padres ciudadanos. El hijo sigue la condición del padre. Se atiende fundamentalmente al momento de la concepción: aunque posteriormente, el padre perdiera la ciudadanía, el hijo seguirá siendo ciudadano. Si la unión fuera ilegítima, el hijo seguirá la condición de la madre, y se atenderá principalmente al momento del parto, aunque si la madre en algún momento fue libre, en favor del hijo y de la ciudadanía, el hijo será ciudadano. Estos fueron casos particulares.
- 2º **Por disposición de Ley o precepto legal**: Existían normas que se dictaban con objeto de beneficiar a un grupo de personas. Es decir, que se daba el caso, de que a alguna persona determinada se le concedía por una norma concreta la ciudadanía. Se llegó incluso a conceder la ciudadanía a algún peregrino, cuando este denunciaba a algún magistrado corrupto que era condenado por el delito denunciado. (*Lex Aelia Repetundarum*). En cuanto a los *latini*, se estableció una mayor variedad de posibilidades para adquirir la ciudadanía ya que la latinidad era una situación mucho más cercana y por lo tanto tenían mayores posibilidades de convertirse en ciudadanos. Por ejemplo, se permitió a los latinos que fueran a vivir a Roma, que, por el hecho de ser habitantes de Roma, se convirtieran en ciudadanos. Sin embargo debido a la invasión de *latini* a Roma, se dicta una ley, la *Ley Licinia Mucia*, que prohíbe la adquisición de la ciudadanía de esta manera. Otra forma que tuvieron los latinos de adquirir la ciudadanía, fue por la prestación de servicios militares y sociales. También por haber realizado servicios de magistrados o pertenecer a la curia de las ciudades en las que vivían. Hubo casos en los que se concedió la ciudadanía para poder contraer matrimonio y proteger así la natividad legítima.
- 3º **Por concesión del poder público**: Eran concesiones que se hacían a una persona en concreto, a un grupo de personas, a una ciudad o a una región, bien por el príncipe, bien por las comisiones que crean las colonias, por los generales victoriosos o por las comisiones de la república para beneficiar o premiar a determinadas ciudades. Ejemplo de esto es la Constitución Antoniniana.
- 4º **Por manumisión**: Todos los esclavos que eran manumitidos adquirían no solo la libertad, sino también la ciudadanía. Con la *Lex Iunia Narbona* y la *Lex Aelia Sentia*, se limitó la posibilidad de manumitir o se pusieron limitaciones a la forma de ser

manumitido, de manera que no se adquiría la ciudadanía sino que el sujeto se convertía en latini o peregrini según el caso. Con lo cual estamos admitiendo que por la manumisión se obtiene la ciudadanía excluyendo los casos de las leyes antes citadas.

CAPÍTULO III

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 nace 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 se fundamentaba 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 se llamaba *emancipatio*, de la potestad del ascendente del cual dependía. Si era hombre, era *paterfamilias* cualquiera que fuese su edad, aún desde el nacimiento y así, pues, independientemente de que tuviera o no hijos. Si era mujer, era considerada *caput et finis familiae suae*. Solo 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 *alios*, hubieran entrado en la familia subordinándose al jefe de ella; *potestas*, el poder sobre los esclavos y sobre los *filifamilias*, considerados libres en antítesis 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 así fueron los esclavos y los hijos de familia.

1. GENERALIDADES

Las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases: *alieni iuris* y *sui iuris*.

1.1. Alieni iuris

Eran las personas sometidas a la autoridad de otro, estaban incluidos los *filios* quienes a pesar de su nombre no tenían por qué serlo por línea sanguínea, sino que lo podían ser por estar bajo la potestas del páter. Estos no tienen capacidad jurídica plena. en el derecho clásico hay cuatro poderes:

- La autoridad del señor sobre el esclavo
- La *patria potestas*, que era la autoridad paternal.
- La *manus*, que era la autoridad del marido y a veces de un tercero sobre la mujer casada.
- El *mancipium*, que era la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. La *manus* y el *mancipium* cayeron en desuso bajo el gobierno de Justiniano.

1.2. Sui iuris

Eran las personas libres de toda autoridad y solo dependían de ellas mismas, también era la única condición que implicaba una capacidad jurídica plena.

El hombre *sui iuris*, era llamado *paterfamilias* o jefe de familia. Este título implicaba el derecho de tener un patrimonio y ejercer sobre otro las cuatro clases de poderes. El ciudadano *sui iuris*, los disfrutaba, cual fuere su edad y aunque no tuviera de hecho persona alguna sobre su autoridad.

La mujer *sui iuris*, llamada *materfamilias*, esté o no casada, siempre que fuera de costumbres honestas (Ulpiano refiere que este derecho de *materfamilias* solo se daba a la mujer casada, aunque este sentido no parece haber prevalecido), puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos. Pero la autoridad paternal, la *manus* y el *mancipium* solo pertenecen a los hombres.

En el Derecho Público, no se establecen diferencias entre el páter y los filios: ambos tienen el *Ius Suffragii* y el *Ius Honorum*. Las limitaciones, se encuentran en el campo del Derecho Privado, que se reconocía como un derecho del páter familia y todos estaban sometidos a él. De todas formas, con el transcurso del tiempo, se le permitió a los filios que tuviesen bienes y que los administrasen, pero los beneficios irían a engrosar el patrimonio del páter.

También se permitió que pudiesen tener obligaciones con miembros de la propia familia, que eran lo que se llamaban obligaciones naturales, que pudiesen contraer obligaciones con terceros, pero en caso de deudas, estos terceros no podían reclamar al filio, en tanto en cuanto este, estaba bajo la patria potestad de su páter hasta el momento en que él mismo no fuera páter. Existe una excepción en los llamados negocios *Claudicantia*, en los que el acreedor podía reclamar si se demostraba un enriquecimiento injusto por parte del hijo de familia deudor.

Tampoco se les permite a los *filios* comparecer en juicios. Aunque con el transcurso del tiempo lo podrán hacer, pero solo como demandados. Por tanto el Derecho Privado en Roma, solamente es pleno para el *sui iuris*.

A la muerte del paterfamilias, los descendientes varones inmediatos del difunto (hijos y nietos), se convierten en otros tantos paterfamilias.

Las personas que estuvieron sometidas a la patria potestad de un paterfamilias común, constituyen los *Agnados*.

La familia *Propio iure* es el grupo pequeño formado por el pater, hijos y nietos. La familia *iure Comune* son todas las personas que están unidas a un pater común.

2. DE LA FAMILIA

El concepto de familia en Roma era diferente del que nosotros tenemos hoy en día. No era una familia unida por lazos de sangre, sino un grupo de personas sometidas a la potestad de un jefe. Esa sumisión se podía adquirir de diversas formas. Una de ellas era por lazos de sangre. Dentro de la familia, el ciudadano podía encontrarse en dos situaciones: la de *sui iuris*, que era la que gozaba el pater y la de *alieni iuris*, que correspondía a todos los demás.

La palabra familia, aplicada a las personas, era empleado en Derecho romano en dos sentidos compartidos: familia y paterfamilias.

2.1. La familia o *domus*

En el sentido propio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único.

La familia comprende, pues el paterfamilias, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a la autoridad paterna y la mujer in manu, que está en una condición análoga a la de una hija (*loco filiae*).

La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal, la soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arreglaba a su manera la composición, podía excluir a sus descendientes por la emancipación; también, por la adopción, hacer ingresar algún extranjero. Su poder se extendió hasta las cosas, todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentraron en un patrimonio único, sobre el cual ejerció el solo durante toda su vida los derechos de propietario. En fin; el paterfamilias cumplió como sacerdote de dioses domésticos, las *sacra privata*, las ceremonias del culto privado, que tenía por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización, tuvo por base la preeminencia del padre, y en la que la madre no jugaba ningún papel; esto fue así desde el tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

2.2. El paterfamilias

El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paterna, o su manus, estaban unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*. Esta ligadura subsistía a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui iuris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o *domus*, que entre los miembros de las cuales estaban formadas. Todas estas personas se consideraban como pertenecientes a una misma familia civil: he aquí otro sentido de la palabra

familia, en cuyo caso, que es el más común, la familia se componía de agnados, es decir, el conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil.

Tenemos, por tanto, que precisar cuáles son los agnados, y desde luego también los padres que solo tienen la cualidad de cognados.

Los poderes del paterfamilias:

Eran ilimitados, podía matar a sus hijos, venderlos, exponerlos al peligro, podía tomar cualquier decisión por más rigurosa que sea sin apelación. El *alieni iuris*, no podía casarse sin su consentimiento, sus bienes o adquisiciones incrementan el patrimonio del padre, salvo su peculio.

Estos derechos cualquiera sea la edad del hijo, duraban toda la vida del padre. Sin embargo bajo el imperio se atenuaban: interdicción de la exposición de los hijos, y disminución del derecho de represión, el hijo de familia militar, adquiere la propiedad del peculio castrense y peculio cuasi castrense.

2.3. Constitución de la familia

La familia romana estaba constituida según el tipo patriarcal: El hijo es extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenece al paterfamilias.

El paterfamilias, jefe de la familia, aunque sea un recién nacido, es aquel que no está bajo la autoridad de nadie, es un *sui iuris*. Los que están bajo su autoridad son los *alieni iuris*. Estos se encuentran en la patria potestad (hijo, hija); en *dominica potestate* (esclavos); *in manu* (mujeres), *in mancipio*, (hijos).

La importancia de esta clasificación radica en que el individuo *sui iuris* era dueño de su persona física y tenía personalidad jurídica, así como su patrimonio, contrariamente el *alieni iuris* carecía de estos derechos.

La paternidad es la base exclusiva para el parentesco, a la muerte del paterfamilias, la *domus* se descomponía en otras tantas *domus* como hay personas convertidas en *sui iuris*, por el deceso del pater: herederos *sui*, pero todas quedan unidas por el parentesco civil que representa tantos grados como generaciones.

El círculo se agranda en cada generación: La *gens*, era un conjunto de personas que llevaban el mismo nombre, sin poder probar su parentesco y que se consideraban descendientes de un autor común.

3. DEL PARENTESCO

Las palabras parentesco y parientes han sido desnaturalizadas en nuestra lengua, separándose de su verdadero sentido etimológico y no tienen entre nosotros la misma significación que entre los romanos. Llamaban a estos últimos *pares*, *parentes*, al padre y a los ascendientes, a los que han engendrado (de *parere*, parir).

La expresión general más amplia y extensa del parentesco está en el Derecho romano que es la *cognatio* o cognación como el parentesco natural y el *agnatio*, como parentesco civil.

Esta división de las personas desde el punto de vista familiar está íntimamente ligada con la idea que los romanos tuvieron del parentesco, es decir los lazos que unen a los distintos miembros de una familia.

3.1. La cognatio (parentesco natural o de sangre)

Es aquel parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.

La cognación es el vínculo que liga a personas que se hallan unidas por una misma sangre o que la ley lo señala como tales.

Los que son cognados, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia, hay que tener el título de agnados.

En la cognación se distinguen las líneas y los grados.

La línea directa (línea recta), que era la serie de personas engendradas, ascendente (superior), si se la considera subiendo hacia las personas que han engendrado; descendente (inferior), si la considera descendiendo hacia las que han sido engendradas y la línea colateral (*transversa, obliqua, ex-transverso a latere*), es la de las personas que descienden, no ya una de otra, sino de un tronco común.

El grado era la medida de la cognación, la unidad de distancia en una y otra línea entre dos cognados; cada generación forma un grado.

La cognación sola, por sí misma, ya proceda de justas nupcias o de cualquier otra unión no introduce nadie en la familia, ni da ningún derecho de familia. El *iuris civile*, casi no se ocupa de esta materia, a no ser como motivo de las prohibiciones del matrimonio.

3.2. La agnatio (parentesco civil)

Es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los agnados, se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera. Hay que poner también entre los agnados a la mujer *in manu*, que es *loco filiae*.

La familia agnática comprendía:

- a) Los que estén bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe. La agnación existía entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción. Si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están agnados entre ellos, y agnados de su padre y de su abuelo paterno. Los hijos no son agnados de su madre, a no ser que esta sea *in manu*; de lo contrario, solo son sus cognados, por no tener nunca sobre ellos la autoridad paternal.
- b) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese. Cuando muere el jefe, los descendientes, ya unidos por la agnación, quedan agnados también entre ellos.
- c) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido. Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y éstos tiene hijos, estos hijos estarán agnados entre ellos.

La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque solo se transmite por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus agnados, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es un padre; es decir, en la familia de su padre u no es la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por vía de las mujeres.

Se comprende, por la enumeración de los agnados, que la composición de la familia romana era arbitraria y poco conforme al derecho natural, pues si la ligadura de la sangre existía casi siempre entre los agnados, la familia civil podía comprender también personas de sangre extraña, tal como los hijos adoptivos.

La madre estaba excluida, a menos que fuera *in manu*, extendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres. En fin, los hijos que emancipaba el jefe de la familia o entregaba en adopción cesaban de formar parte, puesto que dejaban de ser agnados. La reacción contra esta organización primitiva de la familia fue muy lenta.

El pretor fue el primero que se sintió inclinado a favorecer a los cognados, concediéndoles en varios casos los derechos de sucesión que el Derecho Civil solo reservaba a los agnados, entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las Constituciones imperiales, aunque solo fue bajo Justiniano, y después de la Novelas 118 y 127, cuando desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y cuando la cognación fue suficiente en lo sucesivo para conferir los derechos de familia.

El sistema jurídico familiar romano es un sistema patriarcal, pues si bien el sistema matriarcado fue conocido en la península itálica, por ejemplo entre los etruscos, también es cierto que propiamente en Roma solo se reconoce un sistema patriarcal, que tiene como base el parentesco única y exclusivamente por línea paterna, en consecuencia y desde el punto de vista de parentesco agnático, cada persona solo tendrá dos abuelos, es decir los paternos.

Siguiendo esta lógica, nos vamos a encontrar con que dos hermanos de distinto padre no serán considerados como tales agnáticamente, mientras que dos hermanos del mismo padre y de diferente madre, desde un punto de vista agnático si lo son.

Por tanto, la familia agnática romana estaba compuesta por todos los individuos que estaban bajo la autoridad de un pater familias, o sea por todos aquellos hijos nacidos de legítimo matrimonio o introducidos a la familia mediante adopción. Así por ejemplo los hijos de un matrimonio legítimo serán agnados entre sí y en relación con sus padres y sus abuelos paternos y con su madre, solo si ella está casada *in manu*.

En consecuencia los hijos de un hijo, serán agnados de su abuelo paterno, los de una hija no.

El Derecho Civil romano tendió en todos los casos a conceder prerrogativas a los parientes agnados, especialmente en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

La evolución hacia un reconocimiento de igualdad entre estas dos clases de parentesco fue muy lenta, y no es sino hasta la época justiniana, que desaparece de forma definitiva esta diferencia.

3.3. Vínculos de agregación natural y civil

Es preciso distinguir tres grandes términos en los vínculos de agregación entre los romanos: 1) La familia, a la que corresponde la agnación (*agnatio*), y el título de agnados (*agnati*); 2) La *gens* en cierto modo generación, genealogía a la que corresponden la gentilidad, el título de gentiles (*gentiles*), y 3) La cognación (*cognatio*), a la que corresponde el título de cognados (*cognati*).

Los dos primeros son de Derecho Quiritario y dependen de los vínculos del poder paterno o marital o de los vínculos de patronato de clientes o emancipados.

El tercero puramente natural, se halla fundado sobre los vínculos de la sangre, sin producir ningún efecto civil.

4. DE LA GENS Y LOS DERECHOS DE GENTILIDAD

Aparte de la familia existía también otra agrupación civil, llamada *gens*, cuyos miembros eran los gentiles. Cada *gens*, tenía su culto propio, *sacra gentilitia*, y su sepulcro; que todos los miembros de la *gens* llevaban el mismo nombre (*nomen gentilitium*), y que a la gentilidad había ligado derechos especiales de sucesión, de tutela y de curatela.

La *gens* es un elemento de la sociedad primitiva romana y que tiene vigencia en la época arcaica, según *Scevola* que cita a Cicerón define que eran necesarias cuatro condiciones para ser gentiles:

- 1) Llevar el mismo nombre.
- 2) Haber nacido ingenuos.
- 3) Que todos los antepasados sean ingenuos.
- 4) No haber sufrido nunca *capitis deminutio*.

La *gens* no es más que la familia en el sentido amplio, es decir el conjunto de los agnados, pero esta cualidad no pertenece en origen más que a las familias notables patricias. Los miembros de la *gens* cumplen las condiciones exigidas en la definición de Cicerón: son entre ellos agnados y gentiles.

La gentilidad no les concede en sus relaciones recíprocas ningún derecho más que la agnación. Pero es un título de nobleza que certifica la ingenuidad de la raza, formando el privilegio de las familias patricias.

La gentilidad cayó en desuso en la medida que las libertaciones se multiplicaban, las nuevas familias así creadas se hacían cada vez más numerosas, borrándose con el tiempo el recuerdo de su origen, mientras que las gentes primitivas se iban extinguiendo poco a poco y desapareciendo, absorbidas en la masa de un pueblo renovado continuamente.

5. LA PATRIA POTESTAD

La *patria potestas* es el poder del *paterfamilias* sobre los hijos sometidos al mismo. La patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes, que forman la familia civil o agnática. En consecuencia, esta patria potestad es ejercida por el ascendiente varón de mayor edad.

Este poder tiene en sus inicios un carácter absoluto y va evolucionando con el transcurso del tiempo.

5.1. Evolución histórica

1. En el Derecho arcaico: El pater tenía un absoluto poder sobre los hijos sometidos a su potestad. Poder que se tradujo en un grupo de facultades que se iban a mantener hasta la época del principado:

Estas facultades fueron:

- a) El *ius vitae necisque*: el pater familias tenía derecho de vida y muerte sobre los hijos, es decir, podía matar al hijo que cometiera un delito grave. La razón de este derecho se encuentra en que realmente la familia era considerada como un organismo estatal en miniatura donde el pater era el soberano absoluto. Sin embargo, esta facultad, se vio controlada por la ética social que actuaba

como freno a los abusos, llegándose a constituir una especie de tribunal familiar (*iudicium domesticum*), que decidiría sobre la culpabilidad del hijo, siendo dicho tribunal de carácter doméstico dentro del seno de la *gens* y sirviendo de freno a las posibles arbitrariedades del pater.

- b) El *ius vendendi*: el paterfamilias podía vender al hijo dentro y fuera del territorio de Roma. En caso de venderlo fuera de Roma, colocaría al hijo en situación de esclavitud no recuperando este hijo la libertad ni la ciudadanía romana aun cuando volviese a Roma. Si lo vendía dentro del territorio romano, el hijo caería en situación de cuasi esclavitud, pero la potestas quedaba latente (caso de que el hijo sea emancipado por el adquirente). Así el hijo una vez emancipado por el adquirente volvería a la potestas del pater, y solo si llegara a vender ese hijo por tercera vez, quedaría libre de la potestas del pater definitivamente. El hijo no podía venderse como esclavo en territorio romano, pero sí podía ser entregado *in causa mancipii*. La ley de las XII Tablas establecía que si un padre de familia vendía tres veces a su hijo, perdía la potestad sobre él (IV. 2b; Gayo, 1.132; Ep. Ulpiano, 10.1).

Estas ventas fueron utilizadas muchas veces para salir de la patria potestas.

- c) El *noxae deditio*: (*ius noxae dandi*): En caso de que el hijo cometiera un delito -o acto ilícito-, el pater podría asumir la responsabilidad de dicho delito o bien liberarse de la misma entregando el hijo a la víctima de aquel delito. El deber de piedad del padre hacia el hijo que inspiraba la legislación de Justiniano (D. 48.9.5) hizo que este emperador declare abolido este derecho.

2. **En el Derecho clásico** se mantienen las facultades que el derecho arcaico concedía al paterfamilias.
3. **En el Principado** aparecen limitaciones a dicho poder omnímodo del pater, toda vez que dicha época se caracterizaba por la intervención del Estado en las relaciones privadas.

Esta intervención tenía lugar por vía de la *cognitio extra ordinem*, que viene a limitar los abusos de la patria potestad e incluso el pater podía pedir a los poderes públicos el castigo del hijo.

Trajano permite la emancipación del hijo maltratado por el padre y Adriano castiga con la *deportatio in insulam* (destierro a una isla) al padre que injustamente mata al hijo.

4. **En la época Posclásica** la influencia del cristianismo va a ser notoria en las relaciones paterno-filiales, llegando a derogarse el derecho de vida y muerte y la *noxae deditio*, y limitándose al *ius vendendi*. La patria potestas a partir de aquí, se basará en la pietas.

5.2. Situación patrimonial de los *filii familias*

No solamente adquirimos por nosotros mismos, sino también por mediación de los que tenemos en potestad, mano o *mancipio*, también por medio de los esclavos sobre los que tenemos un usufructo; también por medio de las personas libres y de los esclavos ajenos que poseemos de buena fe. (Gayo, 2.86).

En la familia romana solo el paterfamilias tenía capacidad patrimonial, mientras que el *filius*, dado su sometimiento al pater, no tenía tal capacidad. La regla general es

que los sometidos pueden mejorar, pero no empeorar con sus actos la situación del patrimonio paterno.

Así el filius no podía ser propietario y las adquisiciones que realizase revertirían en el patrimonio del páter. Sin embargo, esta negación de la capacidad patrimonial del filius sufre una atenuación con la institución del *peculium*, masa de bienes o dinero entregados por el páter al hijo para que la administre y negocie con ellos. Pero el hijo no es el verdadero propietario de dichos bienes sino únicamente su mero administrador. A la muerte del filius, dicho peculio vuelve al páter, pudiendo el páter en vida del hijo revocar libremente el peculio cuando lo desee.

En la época justiniana, el peculio va a ser irrevocable, Justiniano establece el peculio como un auténtico patrimonio del filius, reconociéndosele en dicho sentido capacidad patrimonial.

5.3. Adquisición y extensión de la patria potestas causas naturales:

El efecto fundamental del matrimonio *iustumes* que los hijos legítimos que adquieren la condición del padre desde la concepción nacidos del mismo, estarán sometidos a la patria potestas del páter. Por otra parte dicha patria potestas no se extingue por el hecho de que los hijos lleguen a una determinada edad. Cuando muere el páter es cuando se constituyen tantas familias como hijos varones que no se hallen por otras causas civiles sometidos a la potestas de otro páter. Y el páter de cada una de las nuevas familias constituidas pasará a tener potestas sobre sus descendientes.

Causas jurídicas:

- La adopción tiene como consecuencia fundamental la adquisición por el adoptante de la patria potestad sobre el adoptado. Sin embargo, la adopción en Roma no tenía carácter privado —como en la actualidad— sino público, ya que interesaba a toda la comunidad.
- La *emancipatio* es una forma de salir de la potestas del páter. Se realizó mediante la triple venta del hijo. Justiniano derogó esa triple venta y sustituyó esa forma de emancipación por una declaración del páter ante el juez y en presencia del hijo quien también debía consentir.

5.4. Acciones adyecticias

El pretor en su edicto concedía varias acciones, con las que se podía demandar también al padre de familia por las deudas y negocios contraídos por los sometidos. De esta manera este no respondía en lugar del hijo o esclavo, sino conjuntamente con el hijo o esclavo. Los glosadores llamaron a estas acciones adyecticias, *actiones adiecticiae qualitatis*, porque se acumulan las acciones contra el hijo. Para evitar que las acciones contra el sometido no fueran eficaces por carecer de patrimonio propio, se demandaba al padre adyecticiamente, es decir, con una fórmula de transposición de personas, en cuya *intentio* aparecía el nombre del sometido y en la *condemnatio* el del padre de que debía pagar. El padre de familia se obliga solidariamente (*in solidum*) y puede ser demandado a causa de los negocios realizados por los sometidos con las siguientes acciones:

- *Actio quod iussu*: cuando el padre notificó al que contrató con el hijo o esclavo que este estaba autorizado para celebrar negocios con él;
- *Actio exercitoria*: cuando el padre pone al frente de un negocio marítimo o nave (*magister navis*) a un sometido a su potestad (*praepositus*);

- *Actio institoria*: cuando el padre pone al frente de su negocio terrestre (*institor*) a un sometido a su potestad;
- *Actio de peculio*: si el padre entrega un peculio al sometido, responde de las obligaciones que contraiga en la medida del activo del peculio;
- *Actio de in rem verso*: el padre responde de lo que ha conseguido, es decir, de lo que se ha enriquecido como consecuencia del negocio realizado por el sometido.

5.5. Caracteres de la potestad paternal

La potestad paternal, pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es una institución del derecho de gentes; es de Derecho Civil y no podía ser ejercida más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano.

El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo, que el interés del jefe de la familia. De este principio deriva las consecuencias siguientes:

- a) No se modifican a medida de este desarrollo, las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar;
- b) Solo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno;
- c) La madre no puede tener nunca la potestad paternal.

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Pero, a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vio también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal. Veamos cómo se fue cumpliendo este progreso.

1. **Derechos sobre la persona:** Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.

El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad está bien comprobado en infinidad de testimonios, aunque en tiempos de la República; al parecer, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. En cambio, bajo el Imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón Adriano castigó con la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra. Hacia el fin del II siglo de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia.

El emperador Constantino decidió que en todos los casos el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida.

El padre podía también mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía el beneficio de

adquisidor la autoridad especial llamada *mancipium*. De esta manera se encontraba el hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente, y sin dañar a su ingenuidad.

Por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor, en señal de garantía. Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus siervos pudieran prestar. El adquisidor se comprometía a libertarle al cabo de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo bajo la autoridad paternal.

El Derecho romano luchó contra esta práctica. La ley de las XII Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese liberado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola *mancipatio* produzca el mismo efecto.

En la época de Antonino Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita. Solo fue permitida al padre en caso de mucha necesidad, para procurarse alimentos. Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquiera manera que fuese, venta, donación o empeño. Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre, únicamente siendo indigente, y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo, abonándose al comprador.

Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica parece ser que solo se prohibió en el Bajo Imperio. Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo y Justiniano lo declara libre *sui iuris e ingenuo*.

Tales fueron los alivios aportados en los derechos del jefe de familia hacia la persona de los niños. Los romanos pusieron tal precio a la libertad, que en ninguna época el padre, aun teniendo el derecho de vida y muerte, podía en Roma hacer de su hijo un esclavo.

2. **Derechos sobre los bienes:** En la familia, y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios.

Todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al jefe, para quien es, lo mismo que el esclavo, un instrumento de adquisición, aunque el Derecho Civil no admite que le pueda hacer deudor.

Sin embargo, si en la familia solo existía un patrimonio, cuyo jefe era el amo, los hijos en autoridad se les consideraba como teniendo sobre sus bienes, que han contribuido a aumentar, una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, pero manifestándose a su muerte; entonces los recogían como bienes ya de su propiedad, a título de *heredes sui*.

Por otra parte, la regla por la cual los hijos de familia no podían tener nada en propiedad se modificó bajo el Imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fue casi derogado.

Todo lo adquirido por el hijo de familia, quedaba de su propiedad salvo los bienes cuya utilidad le cedía al padre, y que constituyeron para él un peculio (*peculium progetitium*), análogo al del esclavo.

El pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, como también lo permitía a los que hubiesen contratado con los esclavos, de ejercer su acción contra el jefe, cuando hubiese autoridad al hijo para contratar.

Fuera de estas relaciones con el jefe, el hijo de familia estaba en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el Derecho Civil. En virtud de su capacidad personal, puede también figurar en los actos jurídicos, obligándose además civilmente tanto por sus contratos como por sus delitos. Puede estar en justicia. La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos.

5.6. Fuentes de la patria potestad

Son aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un *alieni iuris*, respecto a un *sui iuris*, dentro de ellas tenemos: El matrimonio, la adopción y la legitimación.

A. EL MATRIMONIO

El matrimonio es una institución perteneciente al *ius civile*. La primera definición que del mismo se conoce se atribuye a *Modestino*, quien lo define así: *El matrimonio es la unión del hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano*.

Sin embargo, hemos de manifestar que lejos de nuestro actual concepto del matrimonio, este fue para los romanos una situación de hecho, una situación de convivencia entre dos personas de distinto sexo, para iniciar la cual no son imprescindibles formalidades legales, manteniéndose dicha situación por la *affectio maritalis* o intención continuada de vivir como marido y mujer.

El matrimonio en Roma, a diferencia de otros pueblos fue siempre monógamo.

El matrimonio estaba constituido por dos elementos, uno objetivo que consistía en la convivencia del hombre y la mujer, y otro subjetivo, que consistía en la intención de los contrayentes a considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama *affectio maritalis*, este se exterioriza por el *honor matrimonii*, es el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquel y gozar de la dignidad de esposa.

Se consideran como hijos legítimos aquellos nacidos después de 180 días contados desde la celebración de las *iustae nuptiae*, o bien dentro de los 300 días contados desde la terminación del matrimonio.

Para impugnar la legitimidad o no del producto nacido en las circunstancias anteriores, podía existir prueba en contrario por parte del marido, de los herederos de aquel o de la madre de la criatura, en el sentido de demostrar que no había existido relación carnal alguna entre ellos, ya fuese por viaje, por enfermedad, impotencia, etc.

Los hijos nacidos dentro de los plazos señalados quedarían automáticamente bajo la patria potestad del padre, con todas las obligaciones y derechos que tal

situación implica y fue adquiriendo cada vez más un carácter de reciprocidad. En el caso de las hijas, desde la época de Augusto, estas tienen derecho a que el padre les dé una dote en el momento de contraer matrimonio, dote que debe estar en relación directa con la fortuna y el rango social del *paterfamilias*.

a) Requisitos para contraer matrimonio:

- **Pubertad de los futuros esposos:** (para las relaciones sexuales) el ordenamiento jurídico romano exigía como edad mínima los doce años para las mujeres y catorce para los varones. Se entiende por ella la edad en la cual las facultades físicas de ambos cónyuges estén suficientemente desarrolladas para que les permita realizar el fin del matrimonio; esto es la procreación. En el hombre el hecho de llegar a la pubertad constituía todo un acontecimiento familiar y era un acto social de gran importancia, que acarrecaba consigo la celebración de una serie de ceremonias en la época del año en que se realizaban las fiestas en honor del dios Baco, permitiéndole por primera vez vestir la toga viril.
- **Capacidad jurídica:** El matrimonio era una institución del *Ius Civile*, por lo que los extranjeros no podrían contraer matrimonio, salvo que se otorgase por Roma alguna licencia especial a tal efecto a una persona determinada o bien a una comunidad. Las uniones de ciudadano y extranjero se conocían como *matrimonio iniustum*.
- **Connubium:** Para poder contraer matrimonio era imprescindible tener el *ius connubi*, situación que solo comprendía a las personas que tuviesen el *status libertatis* y el *status civitatis* (ser libre y ciudadano romano). Estas uniones se conocían como *matrimonio iustum*. La unión de personas que no tuviesen el *iusconnubi*, no tenía la consideración de matrimonio legal sino que era conocida como *contubernium*.
- **Consentimiento:** Los esposos habían de prestar su consentimiento no solo en el momento inicial sino que tenía que mantenerse la *affectio maritalis* (intención de seguir viviendo juntos). La mujer dependiente de un tutor, debía contar con la autorización imprescindible de este para contraer matrimonio. Si aquel o aquellos que contraían matrimonio no eran *sui iuris* debían contar además con el consentimiento del *paterfamilias* del que dependían. Sin embargo este requisito fue evolucionando con el transcurso del tiempo e incluso en la época de Augusto, con una legislación matrimonial de gran importancia, se estableció que si el *paterfamilias* negaba injustificadamente su autorización para tal matrimonio, los contrayentes podían solicitar del juez que supliese dicho consentimiento y si este lo otorgaba podía celebrarse el matrimonio. La jurisprudencia clásica fue negando importancia al consentimiento del pater, llegando incluso a entenderse que caso de que el padre no se opusiese expresamente a dicho matrimonio se entendía que consentía en el mismo, por el principio tantas veces utilizado en otras instituciones de que *el que calla, otorga*.

b) Efectos del matrimonio:

El matrimonio produce consecuencias jurídicas en varias esferas del Derecho. Se pueden analizar sus efectos desde varios puntos de vista:

- **Respecto a los cónyuges.** Los efectos más importantes del matrimonio respecto a los esposos eran: La esposa adquiere la posición y condición social del marido, entra a formar parte de su familia y sus hijos nacen ciudadanos romanos. La mujer debe

fidelidad al marido, en caso de relaciones extraconyugales puede ser repudiada y acusada de adulterio. Las subtracciones de la mujer a daño del marido no son punibles y no dan lugar a la acción de robo (*actio furti*).

Entre cónyuges no podía subsistir acción penal o infamante por el principio que se debían *mutua reverentia*.

Entre ellos eran prohibidas las donaciones durante el matrimonio para evitar poner a precio el afecto conyugal (*maritalis affectio*) y para que el cónyuge más generoso no se empobreciera para favorecer a otro. Los regalos y los obsequios estaban permitidos.

- **Respecto a los hijos.** Otro efecto del matrimonio era que los hijos *ex justo matrimonio*, son hijos legítimos y adquieren la ciudadanía romana del padre y son libres.

Los hijos nacen en condición de libres con todos sus consecuentes derechos civiles y políticos, están sometidos a la patria potestad, a la autoridad del padre, al cual deben *honor et reverentia*. No podían llamar a juicio a sus padres ni testimoniar en contra de ellos. Por último tenían la obligación de corresponder los alimentos a sus padres si eran necesitados.

- **Respecto al patrimonio.** En los primitivos tiempos todo el patrimonio de la esposa ingresaba al patrimonio del marido y todos los bienes adquiridos por la familia pertenecían igualmente al jefe de la familia. Por estar la mujer sujeta a su marido, en *manus* del marido, este tenía que responsabilizarse de las obligaciones por ella contraídas. Pero estaban excluidas de su responsabilidad las deudas, las obligaciones originadas por delito contraídas antes del matrimonio. El marido era el administrador de los bienes de la esposa. El *paterfamilias* no respondía con su patrimonio de las deudas contraídas por los hijos y por los esclavos.

La consecuencia más importante del matrimonio es la de que solo los hijos nacidos de *matrimonio iustum* quedaban sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias*.

Por la *Lex Minicia* se estableció que el nacido de matrimonio en que una de las partes no era ciudadano romano, tendría la condición del progenitor no ciudadano y solo cuando se pudiese demostrar que había existido un error en la condición del cónyuge extranjero, habiéndolo considerado romano, se prescindía de la capacidad jurídica de este (*connubium*) y se estaría a la condición del cónyuge ciudadano romano.

Los plebeyos y patricios no podían contraer matrimonio entre ellos, recién por la *Lex Canuleia* (445 a.C.) se permitieron dichas uniones.

Con la Constitución Antoniniana (212 a.C.) desaparece el impedimento de contraer matrimonio entre ciudadanos y extranjeros al concederse la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.

c) **Impedimentos a la validez del matrimonio:**

- **Ligamen:** Supone la existencia de un vínculo anterior (matrimonio) no disuelto. Ello es comprensible toda vez que el matrimonio romano era monógamo y si se contraía nuevo matrimonio sin disolver el anterior se incurría en delito de bigamia que se castigaba como delito público y con pena infamante.
- **Parentesco:** No podía contraerse matrimonio entre parientes consanguíneos en línea recta, abuelos, padres, hijos, nietos. En cuanto a parientes unidos en línea

colateral, tal impedimento no fue siempre igual. Inicialmente el impedimento se estableció en relaciones hasta el tercer grado (tío y sobrina). Sin embargo por razones políticas fue modificado y así: *Claudio contrajo matrimonio con su sobrina Agripina*.

- En cuanto al parentesco civil se impidió el matrimonio entre adoptante y adoptado. Asimismo se estableció un impedimento por razón de afinidad entre el padre y la viuda de su hijo, suegra y yerno.

En la época del Derecho cristiano se impidió el matrimonio entre cuñados.

Mujer adúltera: En virtud de la Lex Julia de adulteriis se estableció la existencia de impedimento para contraer matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, así como entre el raptor y la raptada. En cuanto a la mujer, y no ya por razón de adulterio, sino por razón de proteger a la prole, se prohibió el matrimonio a la mujer viuda que no hubiese pasado al menos 10 meses desde la muerte del marido. Prohibición que luego se extendió también a la mujer divorciada, que no podía contraer matrimonio hasta 10 meses después del divorcio, y todo ello, para evitar la paternidad incierta.

Hacemos una recopilación de lo que opinan los jurisconsultos de la época sobre este tema:

• **Impedimentos matrimoniales:**

Gayo. Institutas. I-58 A 63. Remisiones y comentarios.

Gayo, en I.58 comienza por advertir que en ciertos supuestos, explicados a posteriori, no es dable contraer nupcias, o sea que respecto de dichos supuestos el Derecho romano ha erigido los llamados "impedimentos nupciales o matrimoniales" los cuales han sido clasificados en: absolutos y relativos.

Lo antedicho comienza, textualmente, así:

(58) Sin embargo, no nos está permitido tomar por *uxor* a toda clase de mujeres; en efecto, hay algunas personas con las cuales debemos abstenernos de contraer nupcias.

Los obstáculos de los que habla Gayo reciben en la doctrina el nombre de *impedimentos*, los cuales se pueden clasificar en:

Absolutos:

El de ligamen, o sea estar ya casado.

Título 10: Mas contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos que se unen según los preceptos de las leyes, siendo púberos los varones y núbiles las mujeres, ya sean padres de familia, ya hijos de familia, con tal que, sin embargo, los hijos de familia tengan también el consentimiento de los padres bajo cuya potestad están. Pues que esto debe hacerse lo aconsejan así el derecho civil como el natural, de tal manera que deba preceder el consentimiento del padre por lo que se preguntó si la hijastra del loco podía casarse, o el hijo del loco tomar esposa; y como respecto del hijo había varias opciones, vino nuestra decisión por la cual se permitió que también pudiese el hijo del loco unirse en matrimonio aún sin la intervención del padre, en la forma expresada en nuestra constitución.

Impedimento de ligamen (Absoluto)

Tiene lugar cuando se han contraído nupcias y las mismas no han sido disueltas legalmente. La relación matrimonial constituida en primer término impide, en forma absoluta, la constitución de nuevo matrimonio. Los supuestos que comprende este impedimento se infieren de los siguientes puntos:

Con respeto a la fidelidad es también necesario abstenerse de ciertas nupcias. Así, por ejemplo, no es lícito casarse con la hijastra o con la nuera, porque ambas están en el lugar de hijas: lo que deberá entenderse, si fuera tu nuera o tu hijastra; pues si es todavía nuera, esto es, si aún está casada con tu hijo, no podrás además por otra razón casarte con ella, porque la misma no puede estar casada con dos; y del mismo modo, si aún es tu hijastra, esto es, si su madre está casada contigo, tampoco puedes tomarla por esposa, porque no es lícito tener al mismo tiempo dos mujeres.

Estaba igualmente prohibido casarse con su suegra o con su madrastra, porque se hallaba en el lugar de madre. Lo que también procede después de disuelta la afinidad, pues en otro caso, si aún es tu madrastra, esto es, si todavía está casada con tu padre, por el derecho común te está prohibido casarte con ella, porque la misma no puede hallarse casada con dos; y de igual manera, si aún es tu suegra, esto es, si su hijo está casado todavía contigo, también son imposibles las nupcias porque no puedes tener dos mujeres.

O el haber celebrado voto de castidad, así las vestales o en la Roma cristiana, por el nombre sagrado.

Mas si alguno de los que hacen profesión de vida monástica mereció la ordenación de clérigo, permanezca también conservando en pura la manera de vivir. Mas si abusara de haber sido hecho clérigo, y presumiera contraer nupcias, hallándose ciertamente constituido entre los clérigos en grado tal que le permita casarse (nos referimos a los lectores, porque a todos los demás les prohibimos en absoluto las nupcias a las sagradas reglas o contener concubinas, o pasar lujuriosamente la vida), sea de todos modos excluidos del clero, con el que confunde su primera manera de ser y la vida solitaria, y sea simple particular en lo sucesivo, sin que aspire a ingresar ciertamente en la milicia o en otro oficio, a no ser que quisiere quedar sujeto a las penas antes señaladas por nosotros, pero viviendo él reducido a sí mismo, y reconociendo cuán grande satisfacción habrá de dar por esto a Dios grande.

Título 6

Así, pues, queremos que cuanto por nosotros se ha dicho respecto a los venerables clérigos se observe también con relación a las diaconisas, amantes de Dios, de suerte que no sea creadas tales sin examen, sino que en primer lugar tengan edad, ni corta, ni plena, ni propensa por ello para pecar, y se hallen en edad media, teniendo según las divinas reglas cerca de cincuenta años, y obtengan de este modo la sagrada ordenación, o siendo vírgenes, o habiendo sido mujeres de un solo marido.

Porque no les permitimos ni a las que contrajeron segundas nupcias, ni a los que llevan una vida, no decimos reprehensible, pero de ningún modo sospechosa, que entran en el sagrado ministerio, y sea auxiliar en los adorable bautismos, y estén presentes a otros arcanos, que por ellos se ejecuten según ritual en los venerables ministerio. Pero si sobreviniera alguna necesidad, y aconteciere que fuese ordenado diaconisa una menos de la edad que hemos dicho, sea lícito ordenarla en laguna venerable casa de ascetas, y que habite en ella a fin de que no se halle mezcla con varones, ni habite a su arbitrio, sino que tenga por la muchedumbre allí reunida buen testimonio de vida

recogida y moderada. Más queremos también que las mismas diaconisas, que son presentadas para la ordenación, ora, viudas, ora vírgenes, o de los que llaman queridos, (porque utilizando tales nombres abruman sus vidas con maligna sospecha), sino que habiten o sola, o únicamente con sus padres e hijos, o hermanos verdaderos, o en unión de aquellos respecto de los que, si alguno se atreviere a sospechar alguna cosa mala, será él mismo considerado al mismo tiempo nocivo y quizá impío. Y si se dijera alguna cosa tal de alguna de ellas, que quiere ingresar en el orden de las diaconisas porque estuviere unida a alguno con apariencia ciertamente de buena denominación, pero de mala sospecha no es conveniente que semejante mujer sea en modo alguno llevada la ordenación de las diaconisas. Porque aunque ella haya sido ordenada, y hubiere hecho alguna cosas semejante, y estuviere unida a alguno con el susodicho nombre o apariencia, perderá ciertamente el diaconato, y tanto ella como él quedaran sujetos a esta ley y a las demás, que castigan a los corruptores. Mas es conveniente que todas las que son ordenas venerables diaconisas, sea amonestados al tiempo de la ordenación, y oigan los preceptos de los sagrados mandatos en presencia de los demás, que ya de antes son venerables diaconisas, a fin de que también ellas tengan el temor de Dios y la confianza inherente a los sagrados mandatos, pero abriguen el temor y se avergüencen de perder el sagrado orden, sabiendo que si cubriéndose de vergüenza hubieren pretendido la ordenación, o si abandonando el sagrado ministerio hubieren contraído nupcias, o hubieren elegido vida de todo punto diferente, quedaran ellos mismos ciertamente sujetos a la pena de muerte, y se aplicará sus bienes a la santísima iglesia o a los monasterios en que están. Mas los que se hubieren atrevido o a tomarlas por mujeres, o a corromperlas, quedaran también a la verdad sujetos a la pena de muerte, pero sus bienes serán aplicados al fisco. Porque si en las leyes de los antiguos les correspondía la pena de muerte a las vírgenes que eran requeridas por el error de ellos, habiendo sido corrompidas, ¿cómo no la determinaremos con más razón respecto a las que son para los que son planificados por Dios, nosotros que queremos que se conserve muy escrupulosamente por las venerables diaconisas la castidad que es muy principalmente ornato de las mujeres, pero que guarden lo que es decoroso para la naturaleza, y conserven lo que se debe al sacerdocio.

Relativos:

Tienen lugar cuando nos impiden casarnos con una o varias personas del otro sexo; por ejemplo: por razón de parentesco.

- Impedimentos relativos:

Por parentesco:

En Gayo 59 se explica el mencionado impedimento, textualmente, de la siguiente manera:

(59) Así, no pueden contraer nupcias ni existe el *conubium* entre aquellas personas que están la una respecto de la otra en las relaciones de descendencia o ascendencia como, por ejemplo, entre padre e hija, entre madre e hijo, entre abuelo y nieta; y si tales personas se unieran entre sí, se dice que han contraído nupcias nefastas (nefarias) e incestuosas. Y tampoco es esto así que aun siendo la adopción el origen del parentesco entre ascendientes y descendientes, los interesados no pueden casarse entre sí y el impedimento subsiste aún después de disuelta la adopción: así, yo no podría casarme con la mujer que ha comenzado a ocupar por adopción, -a mi respecto- el lugar de hija o de nieta aun cuando la emanciparan.

Título 10

Pero no nos es lícito casarnos con todas las mujeres, pues hay que abstenerse de las nupcias de algunas. En efecto están aquellas personas que entre sí ocupan el lugar de padres o de hijos, no pueden contraer nupcias, como entre padres e hijos, o entre abuelo y nieta, o madre e hijo, o abuela y nieto, y así hasta en lo infinito: y si tales personas se hubiesen unidos entre sí, se dicen que han contraído nupcias criminales e incestuosa. Y de tal modo es esto así, que aún cuando por la adopción hayan comenzado ha estar respectivamente en la situación de padres o de hijos no puedan unirse entre sí el matrimonio, de suerte que, aunque disuelta la adopción, subsista la misma prohibición. Así, pues, no podrás tomar por esposa, aunque la hubieren emancipado a la que por adopción comenzó a ser para ti hija o nieta.

Además, indica que sucede en caso de no cumplir con dicho mandato diciendo: y en caso de realizarse estas *nefarías et incestas nupcias*, se dice cometer *incestum*.

A fin de clarificar más aún el punto, remite al Título 39 del Digesto que, textualmente, indica lo siguiente:

Digesto –23 Título 2:

Capítulo: 39

No puedo tomar por mujer a la biznieta de mi hermano, porque estoy para ella en lugar de ascendiente.

Si alguno hubiese tomado mujer entre por los que la costumbre nos está prohibido tomarla se dice que comete incesto.

Capítulo: 54.

Y nada importa, que la cognación provenga o no, de legítimas nupcias, porque también le está vedado a uno tomar por mujer a la hermana nacida del vulgo.

Capítulo: 14

El hijo adoptivo, si se emancipara, no puede tomar por mujer a la que fue la mujer de su padre adoptivo, porque tiene la condición de madrastra.

También se han de tener en cuenta en este derecho las cognaciones serviles, así pues, el manumitido no tomará por mujer a su madre, y el mismo derecho rige también respecto a su hermana; y a la hija de su hermana. Lo mismo por el contrario se ha de decir para que el padre no pueda casarse con la hija, si hubieran sido manumitidos de la servidumbre, aunque se dude que él sea su padre. De aquí que el padre natural no puede tomar por mujer a la hija habida del vulgo, porque al contraerse los matrimonios se ha de atender al derecho natural y al pudor, y es contra el pudor, que tome por mujer a su hija.

Pero lo mismo que se ha establecido en las cogniciones de los esclavos, se ha de observar también en las afinidades de los mismos, por ejemplo, para que yo no pueda tomar por mujer, cual si fuere mi madrastra, a la que hubiere estado en contubernio con mi padre, y por el contrario, para que el padre no tome por mujer, cual si fuese su nuera, a la que hubiere estado en contubernio con su hijo, e igualmente, a la madre de la que alguno tuvo en servidumbre por mujer, cual si fuera su suegra, porque, si se entiende que hay cognición entre los esclavos ¿por qué no se entenderá que también hay afinidad? Pero tratándose de cosa dudosa es más acertado y prudente abstenerse de semejantes nupcias.

• **Institutas**

Título –1 Capítulo: 10

También respecto a las personas que se unen procediendo de un grado transversalmente de parentesco, hay cierta análoga prohibición, pero no tanto. Se hallan, pues, en verdad prohibidas las nupcias entre el hermano y la hermana; ya hubieren nacido de un mismo padre y de una misma madre, ya de uno de ellos. Mas si alguna hubiera comenzado por la adopción a ser para ti hermana, es verdad que mientras dura la adopción, no pueden existir nupcias entre tú y ella; pero cuando por la emancipación se haya disuelto la adopción, podrás tomarla por esposa; más si tú estuvieres emancipado, no hay ningún impedimento para las nupcias. Y así, es constante, que si alguno quisiera adoptar a su yerno, debe emancipar antes a su hija; y que si quisiese adoptar a su nuera, deberá emancipar primeramente a su hijo.

Se aclara que mientras para contar los grados de parentesco en la línea recta donde los unos van engendrando a los otros directamente, se asciende o se desciende siguiendo el orden sucesivo de procreación, para contar los grados en línea colateral primero hay que ascender al tronco común y luego descender. Así, por ejemplo: el hermano está en segundo grado, ya que el tronco común es el padre (primer grado) y luego el descendiente de dicho tronco otro grado (segundo grado) para hallar al hermano. En el caso de los primos, el tronco común es el abuelo (segundo grado), y como luego se debe descender dos, para hallar a los primos, éstos están en cuarto grado.

En G.61: se sigue haciendo referencia al impedimento que venimos explicando en último término. Textualmente dice:

(61) Así, las nupcias están prohibidas entre hermano y hermana, ya sea que hayan nacido del mismo padre y de la misma madre, o solo de uno de ellos. Si una mujer ha comenzado a ser mi hermana adoptiva, en tanto dure la adopción, entre ella y yo no pueden tener lugar las nupcias, pero si la adopción fuera absuelta por emancipación, entonces sí puedo tomarla por *uxor*; lo mismo ocurre si yo mismo fuera emancipado, ningún impedimento habrá para las nupcias.

A fin de clarificar y fundamentar lo antedicho dice que:

En Inst. I, 10, 2 (id. Dig. Gayo, 23, 2, 17,1) se agrega:

Capítulo 17:

La fraternidad adquirida por la adopción impide las nupcias mientras subsiste la adopción; y por lo tanto, podré tomar por mujer a la que mi padre adoptó y emancipó, e igualmente, si habiendo sido yo emancipado la hubiere retenido en su potestad, podremos unirnos en matrimonio.

1) Es pues constante que si alguien quiere adoptar a su yerno, debe estar emancipando a su hija: y si alguno quiere adoptar a su nuera, debe primero emancipar a su hijo.

(62) Es lícito tomar por mujer a la hija de tu hermano, uso que se introdujo por primera vez cuando el divino Claudio tomó por mujer a Agripina, hija de su hermano. Pero no es lícito tomar por mujer a la hija de una hermana: así está dicho en las constituciones imperiales.

Decimos “aparente” en virtud de lo que se explica en el comentario a G.62 que dice lo siguiente:

Según cuentan Suetonio y Tácito, Claudio debido a la mala suerte corrida en sus cuatro anteriores matrimonios, juró ante los pretorianos permanecer célibe. Pero seducido por Agripina, hija de su hermano Germánico, sobornó a los senadores quienes en la primera sesión propusieron dicha unión bajo pretexto que era esencial para el Imperio, y de dar así facultades a los demás ciudadanos para contraer iguales nupcias. Pero lo único permitido era, como lo dice Gayo en el texto, el casamiento a semejanza del contraído por Claudio, esto es del tío con la sobrina, pero no el del sobrino con la tía. El ejemplo fue seguido solo, según dice Suetonio, por un liberto y un Centurión.

Según los relatos citados, se trató de una decisión del senado, es decir de un senadoconsulto. No sabemos a qué constituciones imperiales se refiere Gayo. Ya en I, 9, 3 la prohibición inicial figura de nuevo, ya que con anterioridad la permisión de Claudio había sido suprimida. Ello ocurre con una constitución de Constancio y Constante, incluso con la sanción de la pena capital para quienes no observen el impedimento si bien algunos, piensan que dicha *capitalis poena*, no sería la muerte sino la *deportatio*. Luego, Arcadio y Honorio mitigaron esta pena.

(63) Tampoco es lícito casarse con la tía carnal, paterna o materna. Igualmente me está prohibido contraer nupcias con quien en otro tiempo fue mi suegra o mi nuera o mi hijastra o mi madrastra. Y decimos "en otro tiempo" porque si aún subsisten las nupcias a las cuales se debe aquel parentesco, entonces es por otra razón que no puedo casarme, ya que una mujer no puede, al mismo tiempo, estar casada con dos maridos, ni un varón tener al mismo tiempo dos *uxores*.

Los primos que están en cuarto grado de parentesco colateral, se pueden casar. Aquí remite a I. 1,10

Mas los hijos de dos hermanos o hermanas, o de hermano y hermana, no pueden unirse.

Del mismo modo, tampoco es lícito casarse con la tía paterna, aunque sea adoptiva ni con la materna, porque se hallan en el lugar de ascendientes. Por cuya razón es verdad, que está también prohibido tomar por esposa a la tía segunda, ya sea paterna o materna.

Gayo se refiere en el párrafo, después de la primera frase, al "impedimento de afinidad". Modestino (Dig. 38,10,4,3) define a los afines *affines*, *adfinediendo* que son los cognados del matrimonio y de la mujer, llamados así, porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí diversas, y la una se aproxima al fin de la otra cognación; porque la causa de unirse la afinidad proviene de las nupcias. Son pues, los casos:

- Del suegro con la nuera;
- De la suegra con el yerno;
- De la madrastra con el hijastro;

Alguien que había de casarse con su tío materno, le dio en dote cierta cantidad, y no se casó; se preguntó ¿podría acaso repetirla? Dije, que cuando se entregó dinero por causa torpe del que la da y del que lo recibe, deja de haber la condición, y que igualdad de delitos es mejor la condición del que posee; y que tal vez alguno, habiéndose atendido a esta razón, respondería que no deberá tener la mujer la condición. Pero que con razón se defiende, que en el caso propuesto la causa no fue tanto torpe, como nula, puesto que el dinero que se diese no podría convertirse en dote, porque no se dio por causa de estupro, sino de matrimonio.

1). Una madrastra dio a su entenado, o una nuera a su suegro, cierta cantidad por razón de dote, y no se casó; a primera vista parece que deja de haber la condición, porque por derecho de gentes se comete incesto; pero en este caso más bien fue nula la causa de dar la dote. Por consiguiente, compete la condición.

Se remite a D.23.2.12.3. Dice así:

Figura este caso: "Si después del divorcio, tu mujer ha procreado de otro una hija, esta no es ciertamente tu hijastra, pero para Juliano dice que deben evitarse estas nupcias; porque si ni la esposa del hijo es nuera, ni la esposa del padre es madrastra, habrías celebrado, sin embargo, mejor los que se hubieren abstenido de semejantes nupcias, unión.

Digesto 23 Título 2

Capítulo: 12

Si yo tuve una mujer, y después de repudiada por mí se casó con Selyo, a quien después abrogué, las nupcias no son incestuosas.

Si mi mujer se casara con otro después del divorcio, y tuviere una hija, opina Juliano, que esta no es ciertamente mi hijastra, pero que me deberé abstener de contraer nupcias con ella. Y continúa diciendo que:... a fin de que la mujer del hijo no fuera nuera del padre y la mujer del padre no fuera la madrastra del hijo; se obrará entonces mejor y conforme a las leyes absteniéndose de semejantes nupcias.

También se extendió la "afinidad" más allá del matrimonio válido. A los esponsales, al *contubernium* y al concubinato.

Existen otros impedimentos especiales, así:

Por considerar indecoroso el matrimonio se prohíben las nupcias de:

- Los senadores o sus hijos con libertas o mujeres de vida vil y torpe –leyes *Iulia et Papia Poppea*–; luego suprimiendo (Nov.117.6)
- El adúltero y la adúltera con sus cómplices
- El raptor y la raptada.
- Por considerar "dañosa" la unión hay impedimento:
 - * Entre el tutor y el curador y sus hijos con la pupila, antes de la rendición de las cuentas;
 - * Entre el magistrado de la provincia y la mujer nativa de su jurisdicción, hasta después de haber entregado el *oficium* que desempeñaba;
 - * Entre aquel o aquella que está unido o unida a un voto de castidad;
 - * Entre cristianos y judíos;
 - * La mujer viuda o separada no puede casarse antes de pasados los diez meses (época clásica), un año (época posclásica) de la muerte del marido o de la fecha del divorcio, para evitar duda de la paternidad de los hijos nacidos en este lapso.

Fuera de las potestas, podrían ser legitimados.

d) Legislación matrimonial de Augusto

Cuando Augusto accedió al poder, constató la existencia de un notable descenso tanto en la natalidad como en el número de matrimonios contraídos y como

remedio, creó una legislación matrimonial destinada fundamentalmente a un aumento de los matrimonios y por consiguiente de la natalidad.

Esta legislación estaba basada en la *Lex Julia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea Nuptialis* en las que se estableció que todos los romanos varones comprendidos entre los 20 y los 50 años deberían contraer matrimonio.

Incluso en casos de divorcio y viudedad deberían contraer nuevos matrimonios, y estos deberían ser fecundos, siendo además tales matrimonios premiados con privilegios como cargos públicos.

Se prohibió en esta época a los *ingenuos* contraer matrimonio con prostitutas o adúlteras, pero en caso de que se contrajesen, no serían considerados nulos sino *iustum*. Posteriormente Marco Aurelio tendría a dichos matrimonios por nulos.

e) Los esponsales

Son una promesa recíproca de contraer futuro matrimonio. En la época clásica dicha promesa no requería una forma especial, pudiendo romperse en cualquier momento la misma. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, fue evolucionando en la regulación de los mismos, y surgen las *arrhas sponsalicias*, que eran cantidades de dinero que se entregaban los prometidos en el momento de intercambiar su promesa.

Si alguno de ellos rompía su promesa, debía devolver el doble de las *arrhas* que el otro le había entregado y además perdía la suma que él mismo había entregado.

f) Celebración del matrimonio:

Como hemos manifestado, el matrimonio era una situación de hecho por lo que la celebración del mismo solo consistía en unos actos sociales que suponían el inicio de la vida juntos, que aun siendo importantes no eran imprescindibles para la consumación del matrimonio. Estos actos eran:

1. El acto de llevar el novio a la novia a su casa seguido del cortejo o comitiva.
2. La constitución de la dote era un acto social. Sin embargo, no hay que confundir los actos sociales de celebración del matrimonio, con los tendentes o encaminados a la obtención por parte del marido de la *manus*. En la época de la Roma arcaica e inicios de la clásica, suponía que con el matrimonio se adquiría la *manus* de la mujer, pero ya avanzada la época clásica se permitió también que pudiese existir el matrimonio *sine manu*.

Formas de obtención de la *manus*:

1. *Confarreatio*: Era una ceremonia de carácter sacro y que únicamente podían celebrar los patricios. Consistía en una ofrenda al Dios Júpiter por la pareja que iba a contraer matrimonio. Estos cogían conjuntamente un pan, en presencia de dos sacerdotes y diez testigos.
2. *Coemptio*: Era una forma propia del *ius civile*. Fue una aplicación de la *mancipatio* al derecho de Familia. Consistía en que comparecían el *páter*, el marido y la mujer. En este acto el *páter* traspasa la *potestas* al marido. Se utilizaba la *mancipatio* solo cambiando las palabras de la fórmula.
3. *Usus*: Consistió en la adquisición de la *manus* por el transcurso del tiempo. Supone una extensión de la norma de las XII Tablas de que la propiedad se obtenía por el uso continuado de la cosa. Por ello si se mantenía el ejercicio durante un año seguido

suponía la adquisición de *la manus* por parte de aquel. No era necesario ningún acto formal, pero la mujer podía evitar la adquisición de la *manus* por el marido ausentándose durante tres noches del domicilio conyugal, con lo que quedaba interrumpido ese *usus* y no se adquiría la *manus*.

g) Disolución del matrimonio

Existían cinco causas por las cuales podía disolverse el matrimonio:

1. Muerte de uno de los cónyuges.
2. Por *capitis deminutio máxima*, de cualquiera de los cónyuges. Al ser cautivo, el ciudadano romano pierde todos sus derechos, si bien, de acuerdo con el *ius postlimini* en caso de regresar a Roma después de la batalla, recuperaba todos sus derechos, sin embargo, al ser el matrimonio una situación de hecho, no se recuperaba. Era necesario en todo caso comenzar nuevamente la convivencia, estableciendo así una nueva situación de hecho.

Por tanto, la mujer del ciudadano cautivo podía volver a contraer matrimonio, no tenía que esperar el regreso del cónyuge. Con Justiniano, la esposa del soldado que no regresa de la batalla, debía esperar cinco años para iniciar un nuevo proceso matrimonial.

3. Por *capitis deminutio media*: como en el caso de la *deportatio*, se perdía la ciudadanía. Al desaparecer la ciudadanía se perdía también el *ius connubi*, lo que supondría también la extinción del matrimonio.
4. Por *capitis deminutio mínima*: la adopción del yerno o nuera, supone la disolución del matrimonio pues los cónyuges se hacen hermanos. Justiniano, para evitar la disolución del matrimonio, estableció que antes de realizar la adopción del yerno o nuera, se debía emancipar al hijo o hija con lo cual el matrimonio subsistía.
5. Por el *divorcio*: El matrimonio se disolvía cuando cesaba la intención por parte de los cónyuges de vivir juntos. En el derecho clásico no se requiere acto formal alguno, pero Justiniano estableció un régimen de justas causas que podrían dar lugar a diferentes tipos de divorcio:
 - a) Divorcio *justa causa*: Cuando existe una causa que justifica el divorcio. (Ejemplo: *para el hombre, el adulterio de la mujer o para la mujer la falsa acusación de adulterio*).
 - b) Divorcio *bona gratia*: Por causa que no implique culpa para ninguno de los cónyuges. (Ejemplo: *impotencia sobrevinida, cautividad, etc.*).
 - c) Divorcio *sine causa*: Cuando la decisión arranca de uno de los cónyuges sin que haya causa para ello. Esta forma de divorcio lleva aparejadas sanciones económicas, pérdida de la dote.
 - d) Divorcio *comuni consensus*: Cuando no exista justa causa pero si acuerdo de los cónyuges sobre el divorcio. Esta forma de divorcio fue prohibida por Justiniano, si bien con posterioridad Justiniano II volvió a admitirla.

h. Otras uniones de carácter marital

A. CONCUBINATO:

La unión estable del hombre y la mujer sin la recíproca intención de estar unida en matrimonio, era considerada por los juristas como *concubinatio*. En el caso de

personas que no tenían el *ius connubi*, su unión se consideraba como matrimonio injusto o como concubinato.

Son las concepciones y prácticas sociales, y la unión con determinadas personas de clase social inferior las que distinguían un matrimonio de un concubinato. La concubina no participaba -como la esposa- de la dignidad del marido ni entraba en su familia (*honor matrimonii*) y sus hijos no eran legítimos.

El matrimonio entre esclavos o con uno que sea esclavo se consideraba *contubernium* y solo se reconocían determinados efectos morales.

El concubinato adquirió efectos jurídicos como consecuencia de la legislación matrimonial de Augusto. La *Lex Julia de adulteriis* castigaba toda unión sexual fuera del matrimonio como *adulterium* o como *stuprum*, y enumeraba toda una serie de mujeres de clase social inferior, con las que se podían tener relaciones sexuales sin incurrir en las penas previstas para estos delitos.

La *Lex Papia Poppaea*, establecía que no podían ser considerados matrimonios aquellas uniones con determinadas mujeres, con las que se favoreciera la formación de concubinato. En la práctica, el concubinato se daba también con mujeres ingenuas. Los usos sociales y la intención con que se unían era lo que los distinguía del matrimonio.

- Contubernio:

Se llamaba así a aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo. No tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie y los hijos nacidos de tal unión seguían la condición de la madre no reconociéndose ningún parentesco de carácter agnático, sino únicamente un parentesco natural llamado *cognatio servilis*, existente entre padres e hijos por un lado y hermanos y hermanas por otro, esto con el objeto de que si llegaba a adquirir libertad, no se pudiese celebrar una unión matrimonial entre personas parientes en estos primeros grados, debido a estar en contra de la naturaleza.

- *Matrimonio sine connubio*:

Era aquella unión de carácter marital que se celebra entre personas que por alguna razón no gozaban del *connubium*, o cuando menos una de ellas no gozaba de él. Estas uniones fueron frecuentes entre peregrinos y en ningún caso eran considerados como uniones lícitas. Para su celebración, en términos generales se debía cumplir con los mismos requisitos que para las *iustae nuptiae*, pero no tenía los mismos efectos jurídicos ya que los hijos nacían *sui iuris*.

B. LA ADOPCIÓN

La adopción es una institución de Derecho Civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *iustae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia.

De esta manera hace caer bajo la autoridad paternal e introduce en la familia civil a personas que no tienen, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe.

La adopción solo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana. Contribuye al medio de asegurar la perpetuidad de las familias en una época donde cada una tenía su papel político en el Estado, y donde la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonra.

No pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos *ex justas nuptias*, la familia civil estaba expuesta a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones, o bien por la descendencia femenina, y entonces la adopción se imponía como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad.

Hubo dos clases de adopciones: 1) La adopción de una persona *sui iuris*, que es la *adrogación*; 2) La adopción de una persona *alieni iuris*, que es la adopción propiamente dicha.

1. De la *adrogación*. Es probable que la *adrogación* sea el género de adopción más antiguo. Sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma.
 - Formas: La *adrogación* solo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los comicios por curias, *populi auctoritate*.

Era un acto grave que hacía pasar a un ciudadano *sui iuris*, acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe. El Estado y la religión estaban interesados, puesto que podía resultar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado. Por eso era necesaria la información de los pontífices sobre la oportunidad de la *adrogación*. Si la opinión era favorable, la *adrogación* se sometía al voto de los comicios, y sancionada para su aprobación. Por tanto, solo podía tener lugar en Roma, donde se reunían las curias, y las mujeres excluidas de estas asambleas no podían ser adrogadas.

Hacia la mitad del siglo III de nuestra era, estas formas prescritas fueron reemplazadas por la decisión del emperador. Desde entonces, la *adrogación* se hizo por *rescripto* del príncipe. Este cambio fue verdadero bajo Diocleciano. Desde entonces, las mujeres también pudieron ser adrogadas, y esta adrogación lo mismo fue posible en provincias como en Roma.

- **Efectos.** El adrogado pasa por la autoridad paternana del adrogante y entra como agnado en su familia civil, no siendo más que el cognado de sus antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y la mujer que tenía *in manu*, siguen también la misma suerte. Y el adrogado participa desde entonces del culto privado del adrogante, Este cambio en su estado lleva consigo una modificación en su nombre: toma el nombre de la *gens* y el de la familia donde entra.

Finalmente, el adrogado, haciendo *alieni iuris*, adquiere su patrimonio del adrogante. Pero Justiniano decidió que el adrogante solo tuviera el usufructo de los bienes del adrogado.

- **De la adrogación de los impúberos:** Durante largo tiempo, los impúberos no pudieron ser adrogados, primero por estar excluidos de los comicios por curias, y después, porque se temía que el tutor favoreciese la adrogación para desembarazarse de la tutela. Sin embargo, como esta prohibición podía perjudicar los intereses de los pupilos, Antonio el Píadoso la hizo desaparecer. En virtud de una constitución de este emperador, el impúbero podía ser adrogado por *rescripto*, pero con garantías especiales, por ser incapaz de apreciar reflexivamente las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia.

Eran estas las condiciones:

- a) Los pontífices hacían una información con una severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si era honrado y si la adrogación podía ser ventajosa para el pupilo;
- b) Todos los tutores del impúbero debían dar su *auctoritas*;
- c) Para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el adrogante debía prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado, si este moría impúbero. Quedaba libre de este compromiso cuando el adrogado llegaba a la pubertad.

Los intereses del impúbero quedaban protegidos aún después de la adrogación. Desde el que se le hacía púbero, podía, si la adrogación no le era ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla, y recobrar con sus bienes la cualidad de *sui jure*. Además, el adrogado, aún impúbero, emancipado por el adrogante, sin motivo justificado, tenía derecho:

- a) A la restitución de su patrimonio en el mismo estado que estuviese antes de la adrogación; b) A la cuarta parte de la sucesión del adrogante; así lo decidió Antonino el Piadoso; y de ahí el nombre de *quaria Anionina, quarta Divi Pii*. Esta cuarta parte se le concedía también si, quedando bajo la autoridad del adrogante, había sido desheredado.

2. **De la adopción.**- La adopción es menos antigua que la adrogación, pues fue primero realizada como un procedimiento desviado, pero deducido de la ley de las XII Tablas, y por tanto posterior al año 304. Era también un acto de menor gravedad que no exigía la intervención del pueblo ni la de los pontífices, pues siendo el adoptado *alieni iuri*, no podía resultar ni la desaparición de una familia ni la extinción de un culto. Y, por último, la adopción se aplicaba lo mismo a las hijas que a los hijos, de donde se puede deducir que para el adoptante era un medio de hacerse con un heredero de uno u otro sexo, más bien que de asegurar la perpetuidad de su familia o de su *gens*.
 - **Formas:** La adopción se opera por la autoridad de un magistrado, *imperio magistratus*. Para esto son necesarias dos clases de operaciones: a) romper la autoridad del padre natural, y b) hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo:
 - a) Para obtener el primer resultado se aplica la disposición de las XII Tablas, que declara caduca la autoridad del padre si ha mancipado por tres veces a su hijo. Por tanto, el padre natural, con la ayuda de la mancipación, hace pasar a su hijo, bajo el *mancipium* del adoptante, que le manumite inmediatamente, como se ha comprometido, por un pacto de *fiducia*. Una segunda mancipación es seguida de una tercera manumisión. Después de la tercera mancipación queda rota la autoridad del padre natural, y el hijo queda *in mancipio* en casa del adoptante. El mismo efecto produce una mancipación para una hija o para un descendiente más lejano;
 - b) Con objeto de que el adoptante adquiriera sobre el hijo la autoridad paterna, en lugar del *mancipium* cede por una cuarta mancipación el hijo a su padre natural, yendo todos después delante del magistrado, donde tiene lugar la ficción del proceso; el padre adoptivo sostiene que tiene la autoridad paterna

sobre su hijo, y como el padre natural no lo contradice, el magistrado sanciona esta pretensión.

Bajo Justiniano se fueron simplificando estas formas de adopción. Quedaba consumada por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado.

- **Efectos:** En el Derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando en la familia civil del padre adoptivo adquiere este sobre él la autoridad paterna, siendo modificado su nombre, como si fuera en caso de adrogación.

La adopción no era sin riesgo para el adoptado, puesto que perdía el derecho de sucesión en su familia natural, unido a la cualidad de agnado; y además, si con el tiempo el padre adoptivo le mancipaba después de la muerte del padre natural, perdía también la esperanza de la herencia del adoptante. Para remediar este inconveniente, Justiniano realizó en el año 530 la reforma siguiente: En lo sucesivo, había que hacer una distinción:

- a) Siendo el adoptante un *extraneus*, la autoridad paternal continúa, el adoptado no cambia de familia; adquiere únicamente derechos a la herencia ad intestato del adoptante;
- b) Si el adoptante es un ascendiente del adoptado, seguirán mantenidos los antiguos efectos de la adopción, siendo, en efecto, menor el peligro para el adoptado, pues habiendo sido emancipado, queda unido el adoptante por un lazo de sangre, y el pretor lo tiene en cuenta para llamarle a la herencia.

• **Reglas generales:**

- 1 El adrogado debía consentir en la adrogación. En cambio, para la adopción, el consentimiento del adoptado, en su origen, no parece haber sido necesario, pues teniendo el jefe de familia el derecho de mancipar al hijo que está bajo su autoridad, podía también hacerle pasar a otra familia. Pero, acaso desde el Derecho clásico, y probablemente bajo Justiniano, era preciso que el adoptado consistiese en la adopción, o, al menos, que no se opusiera.
- 2 El adoptante tenía que ser mayor que el adoptado: era necesario que tuviera, por lo menos la pubertad plena, es decir, dieciocho años. También se exigía que el adrogante tuviese sesenta años.
- 3 La adrogación solo era permitida a los que tuviesen hijos bajo su autoridad. No era impuesta la misma condición al adoptante como el adoptado, puesto que este entraba generalmente como hijo en la familia adoptiva, pudiendo también entrar como nieto nacido de un hijo difunto, o de un hijo aún en vida, puesto que a la muerte del hijo difunto el adoptado caía bajo su autoridad.
- 4 Las mujeres, al carecer de autoridad paternal, naturalmente, no podían adoptar. Sin embargo, Diocleciano se lo permitió a una pobre madre que le habían muerto sus hijos, habiendo posteriormente más concesiones de este género. Pero esto solo era un reflejo de la adopción, pues el adoptado solo adquiere los derechos a la herencia de su madre adoptiva.
- 5 Los esclavos no podían ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo valía para el esclavo su manumisión.

- 6 En cuanto a los hijos nacidos fuera de la *justae nuptiae*, su adrogación fue permitida en el Derecho clásico sin ninguna restricción; pero el emperador Justiniano hizo una excepción para los hijos naturales nacidos del concubinato pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos, suprimió la legitimación por matrimonio subsiguiente. Justiniano conservó esta defensa. Bajo este emperador, le era permitido al padre hacer uso de la legitimación por matrimonio subsiguiente o rescripto, lo cual atenuaba los desastrosos efectos de esta prohibición.

C. LEGITIMACIÓN

La legitimación es el instituto por medio del cual, se coloca al hijo natural en la misma condición jurídica del hijo legítimo.

Se trata de una función muy humana de la ley que tiene la finalidad de facilitar a los padres, la regularización de una situación anormal. Este instituto designa los medios que permiten favorecer la unión regular y adquirir la patria potestad al padre sobre los hijos naturales nacidos fuera del *legitimum matrimonium*.

El Derecho romano conocía tres formas de legitimación: *per subsequens matrimonium*, *per oblationem curiae* y *per rescriptum principis*.

Fuera de estas formas, en verdad se encuentran además algunos casos específicos de reconocimiento legítimo, como por ejemplo cuando el emperador confería la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos reconociéndose *ipso iure* la patria potestas sobre sus hijos o cuando una persona se casaba creyendo erróneamente que el cónyuge se beneficiaba del *ius connubium*; si de esta unión nacía un hijo se permitía al padre probar su buena fe y entonces el matrimonio quedaba convertido en legítimo, los hijos eran declarados legítimos y adquieren la ciudadanía y el padre obtiene la patria potestas sobre ellos.

1. Legitimación per subsequens matrimonium:

Esta forma exigía el requisito de que el hijo naciera de personas entre las cuales fuera posible el matrimonio. Por esto, en primer lugar, no podían ser legitimados los hijos incestuosos y adulterinos; en segundo lugar, no podían obtener la legitimación los hijos nacidos de padres o madres imposibilitados a contraer matrimonio por alguna prohibición legal o temporánea como el hijo nacido de un gobernador que tiene una concubina en provincia o de un senador con una mujer de condición libertina o de fáciles costumbres. Además esta forma de legitimación imponía para su validez, la constitución de una dote por acto escrito con el fin de comprobar claramente la intención de realizar *iustae nuptiae*.

La legitimación por subsiguiente matrimonio, fue creada por el emperador Constantino y fue sancionada como institución regular por Justiniano. Confería la misma condición jurídica del legítimo con todos sus efectos y daba derecho al legitimado de entrar como agnado en la familia del padre.

2. Legitimación por oblación a la curia

La *oblationem curiae*, era otro procedimiento de legitimación, pero sus efectos no eran tan amplios como la legitimación por subsiguiente matrimonio. Solo confería la condición de agnado del padre, bajo cuya patria potestas caía, pero el legitimado no pertenecía como agnado en la familia. La legitimación *per oblationem Curiae*, fue instituida por Teodosio II, el año 412 d.C. El padre podía pedir la legitimación del hijo inscribiéndole como curiata en la provincia. Los emperadores necesitaban de

ellos porque eran los recaudadores de los impuestos, y se responsabilizaban con su patrimonio de las cobranzas. Los emperadores buscaban aumentar el número de estos funcionarios y por estos motivos ofrecían al padre la facilidad de la legitimación del hijo natural ingresando en las curias.

3) La legitimación por rescripto del príncipe:

Fue instituido por Justiniano. El padre tenía facultad de legitimar al hijo natural, dirigiéndose al emperador. Dicha legitimación por *rescriptum principis*, se podía pedir cuando el cónyuge había fallecido o se había casado con otro. El príncipe después de comprobado que el padre no tenía hijos legítimos concedía la legitimación con todo sus efectos. También el padre estaba autorizado a pedir la legitimación en su testamento y los hijos legitimados por testamento, a la muerte del padre tomaban la condición de legítimos herederos.

Había que tener presente para que la legitimación tuviera efecto se necesitaba el consentimiento del hijo natural, en cuanto no se podía legitimarlo contra su voluntad.

5.7. Extinción de la patria potestad

Entre las causas que ponían fin a la autoridad paterna se puede distinguir los acontecimientos fortuitos; *casus*, y los actos solemnes, dependiendo de la voluntad del jefe de familia.

a) Acontecimientos fortuitos:

1. La muerte del jefe de familia, su reducción en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía. Entonces los hijos sometidos directamente a su autoridad se hacen *sui iuris*, sin perder sus derechos de agnación.

Si el jefe de familia tenía bajo su autoridad al hijo y al nieto, solo el hijo será *sui iuris*, pero tiene además la autoridad paterna sobre el nieto.

Cuando el padre estaba cautivo, la suerte de los hijos quedaba en suspenso.

Si volvía de su cautiverio, era admitido, en virtud de los *ius postliminii*, que no han cesado nunca de estar bajo su autoridad, y que los bienes adquiridos durante este intervalo van a engrosar el patrimonio paterno. Caso de morir en poder del enemigo, los jurisperitos decidieron, sin titubear, que los hijos serían *sui iuris* desde el día de su cautiverio, quedando como su propiedad las adquisiciones hechas desde esta época.

2. La muerte del niño, *alieni iuris*, su caída en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía: Si era hecho cautivo o volvía, y se consideraba que la potestad paterna no había sido nunca interrumpida merced al *postliminium*; o moría en el campamento enemigo, y ella quedaba rota el día de su cautividad.
3. De la elevación del hijo de familia a ciertas dignidades: En el Derecho antiguo, el hijo sacerdote de Júpiter y la hija vestal fueron los únicos que escaparon del poder paterno. Bajo Justiniano se producía el mismo efecto cuando hijo de familia era nombrado patricio, obispo, cónsul, prefecto del pretor o cuestor del palacio, aunque conservando, sin embargo, sus derechos de agnación.

- b) **Actos solemnes:** Eran la entrega en adopción y la emancipación. Ya hemos visto que la entrega en adopción en la época clásica rompe la autoridad del padre natural;

pero bajo Justiniano únicamente ocurre de esta manera, cuando el adoptante es un *extraneus*. Solo hablaremos aquí de la emancipación.

La emancipación.-Era el acto por el cual el jefe de familia hacía salir al hijo de su potestad haciéndole *sui iuris*. Los caracteres primitivos de la emancipación se modifican profundamente en la época clásica. De verdadera decadencia donde estaba, llegó a ser después un gran beneficio.

En su origen, el jefe de familia investido de autoridad paterna tenía el poder de echar al hijo de su familia, haciendo uso de su autoridad paterna para castigarle como culpable de crimen o de resistencia hacia él. Pero de esto no resultaba ningún efecto jurídico, puesto que el padre no podía romper la potestad paterna por su propia voluntad, y por tanto, el Derecho no le ofrecía manera alguna de alcanzar este fin. La ley de las XII Tablas que proclamaba la ruptura de esta potestad cuando el padre hubiese mancipado por tres veces a su hijo vino a suministrar el medio para ello.

El padre que quería hacer salir a un hijo de su autoridad lo mancipaba a un tercero de buena voluntad, *coemplionator*, que se comprometía por un pacto de *fiducia* a *manumitirle* después en seguida. Una segunda mancipación siempre era seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera mancipación ya quedaba rota la autoridad paterna y el hijo manumitido era *sui iuris*.

Tratándose de una hija o de un descendiente más lejano, bastaba con una sola mancipación seguida de manumisión. Este procedimiento tenía un inconveniente, que era el de hacer pasar al tercero, con relación al emancipado, el papel de patrono, confiriéndole en detrimento del padre los derechos de tutela y de herencia que le estaban unidos. Cuando quería remediarse esto, el tercero se comprometía por un pacto de *fiducia* a volver a mancipar al hijo a su padre después de la tercera mancipación. Entonces, estando el hijo in mancipo era cuando el padre le manumitía, reservándose el papel de patrono. Este pacto tomaba el nombre de *mancipatio*, a causa de las *mancipationes*, que servían para realizarlo.

La emancipación tenía graves consecuencias para el emancipado. Excluido de su familia civil, sufría una *capitis deminutio* de donde resultaba para él la pérdida de sus cualidades de agnado y *gentilis*, con los derechos de sucesión que conferían.

Ya únicamente estaba unido a su antigua familia por la cognación, aunque también era verdad que, hecho *sui iuris*, podía en adelante un patrimonio; pero siendo impúbero, se le daba por razón de su edad un protector, es decir un tutor. Esta ventaja estaba muy lejos de compensar los inconvenientes de la emancipación.

En el comienzo del Imperio mejoró bastante la condición del emancipado. Por una parte la gentilidad cayó en desuso, perdiendo las antiguas familias patricias su prestigio y su papel político.

La exclusión de la familia civil no tiene el mismo carácter de decadencia. Y, por otra parte, el pretor llama a los hijos emancipados a la herencia del padre de familia, con derechos iguales a los de los hijos que quedaban bajo la autoridad paterna; por tanto, la emancipación ofrece ciertas ventajas, permitiendo al emancipado quedarse con todo lo que adquiere; es más, puede considerarse como un beneficio. Fue en este aspecto como quedó en vigor esta institución bajo el Imperio, y subsistía aún en tiempos de Justiniano.

Además, el hijo en potestad no podía forzar al jefe de familia para que le mancipara, y por su parte, debía consentir, o al menos no oponer contradicciones.

En cuanto a las formas para la emancipación, en la época clásica se empleaba aún el procedimiento antiguo. El emperador Anastasio fue el primero que, en 502, estableció una nueva forma de mancipación, no exigiendo la presencia del hijo, y permitiendo manciparle aun estando ausente: fue el *rescripto del príncipe*, insinuado, es decir, transcrito con las diligencias del magistrado, sobre registros públicos. Justiniano, aunque dejando subsistir el procedimiento creado por Anastasio, simplificó las formalidades de la antigua emancipación, suprimiendo las mancipaciones y permitiendo además al padre mancipar al hijo con una sencilla declaración delante del magistrado competente. En estas nuevas formas de mancipación ya no era necesaria la intervención de un tercer *coemptor*; el padre lleva siempre el título de patrono, conservando los derechos que de él emanan.

5.8. Potestades caídas en desuso bajo Justiniano

A. MANUS

La *Manus* es un poder que da al marido una autoridad sobre la mujer igual a la que tiene el padre sobre los hijos. La *manus* era una de las instituciones más antiguas de Roma, la figura del matrimonio siempre estuvo ligada a la *manus* pero a partir de las XII tablas esta se pudo celebrar con *manus* o sin *manus*.

En la época de Justiniano existen solo matrimonios *sine manu*. El matrimonio está precedido de noviazgo (*Sponsalia*). El matrimonio *sine manu* se disuelve por el divorcio.

La *manus* es la autoridad que se tiene sobre una mujer casada, la cual es normalmente ejercida por el marido, pero si este es una persona *alieni iuris*, la ejercerá la persona que tiene la *patria potestad* sobre él; es decir, su padre.

Si el marido vivía ininterrumpidamente con su mujer durante un año, este hecho le daba el derecho de ejercer la *manus* sobre ella.

En todos los matrimonios en los que se hubiese celebrado conjuntamente con él la figura de la *manus*, cualquiera de los tres medios señalados, la mujer. Podía extinguirse de la misma forma en que se extinguía la *patria potestad*.

El matrimonio *sine manu* no tiene ninguna formalidad jurídica, es únicamente una situación de hecho reconocido por el derecho, fundado en el consentimiento mutuo de los esposos y la vida en común. Se distingue del concubinato por ciertas formalidades nupciales exteriores (fiestas, sacrificios, constitución de dote).

A la mujer casada *sine manu*, el marido no la hereda, pero más tarde el pretor corrige esta situación. En los dos matrimonios la dote es entregada por la mujer o por el dotante al marido para sostener las cargas del matrimonio.

En cuanto en el matrimonio *in manu* es considerada como la hermana de sus hijos; en el matrimonio *sine manu* no existe ningún parentesco agnático, pues la madre y sus hijos pertenecen a familias diferentes: son únicamente *cognatus*.

El poder *manus* se disolvía, según parece, subsistiendo el matrimonio, por medio de la emancipación de la mujer, porque estando en *manus* era asimilada en cierto modo a una hija; y, principalmente, por el divorcio.

La *manus* también es la potestad organizada por el Derecho Civil y propia de los ciudadanos romanos, solo puede ejercerse sobre una mujer casada.

Esta autoridad se hizo muy rara hacia el fin de la República en la época de Justiniano paso al desuso.

1. Clases de manus:

La *manus* o poder del marido sobre la mujer se adquiere de tres maneras:

- a) **El usus:** Es el método más antiguo para establecer esta figura, y se establecía por el simple transcurso del tiempo. Esta deja de existir en el primer siglo de la era Cristiana. Habiéndose establecido en la ley de las XII Tablas se adquirían por el uso, es decir por la posesión no interrumpida de un año (*usucapio*), se aplicó este modo de adquisición a la mujer, y al efecto, era adquirida por su marido y entraba en su poder, cuando después del matrimonio la había poseído durante un año sin interrupción (*velut annua possessione usucapiebatur*). Si la mujer quería evitar esta posesión, necesitaba interrumpirla, separándose de la habitación conyugal tres noches consecutivas (*usurpatio trinoctii*).
- b) **La confarreatio:** Era llevada a cabo única y exclusivamente por los patricios. Consistía en una ceremonia de carácter religioso. Delante del gran pontífice, el *Flamen Dialisy* ante diez testigos, se pronunciaban solemnes palabras, ofreciéndose un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter Farreus, en esta celebración se usaba el pan de trigo de donde le viene su nombre, celebrándose siempre con grandes solemnidades. La *confarreatio* no solo producía el poder manus, sino que además hacía a los hijos habidos en los matrimonios en que intervenía capaces de ejercer ciertos cargos sacerdotales, motivo por que se presume que estaba reservada a los patricios, esta *manus* dejó de existir en el primer siglo de la era cristiana. Fue muy poco practicada durante la época de Tiberio, cayendo en desuso. En el caso de divorcio si la *manus* había sido establecida por *confarreatio* era necesaria una ceremonia contraria llamada *difarreatio*.
- c) **La Coemptio:** Era la forma más usual entre los romanos para establecer la *manus* y consistía en una venta ficticia hecha por el *paterfamilias* al futuro marido, siempre y cuando se tratase de una mujer sujeta a patria potestad; es decir, *alieni iuris*. Era, según se afirma, una forma de matrimonio plebeyo (*coemptio*) y por adquisición por prescripción (*Usus*).

Existían otras dos autoridades a las que podía encontrarse sujeto un *alieni iuris*. Estas eran las *manus* y el *mancipium*, instituciones que si bien fueron muy frecuentes -sobre todo la *manus*- en los primeros siglos de Roma, en el Derecho Justiniano no tuvo ninguna relevancia, y se hablaba de ella como mera referencia histórica.

En la época de Constantino apenas se conocía ya la *coemptio*, que finalmente cayó en desuso. En la de Justiniano ya no se hablaba del poder *Manus*. La mujer que se casaba no perdía sus vínculos ni derechos en su familia natural, ni entraba en la del marido con cuyos miembros solo se relacionaba por lazos de la afinidad.

2. La manus en el matrimonio:

Existían tres requisitos básicos que eran:

- a) El consentimiento de los esposos (en los orígenes no fue necesario) y de las personas que los tienen en su poder, si son *alieni iuris*. Augusto, por la ley de

Julia, prometió al menor casarse con la autorización del magistrado en caso de rechazo injustificado del *paterfamilia*.

- b) La edad legal (14 años para los hombres y 12 para las mujeres).
- c) El *connubium*, o sea el derecho de contraer una *iusta nuptiae* (ausencia de impedimentos debidos a una desproporción de rango social o consideraciones políticas, o parentescos o alianza hasta el sexto grado). Son, pues impedimentos, en unos casos absolutos y en otros relativos.

B. MANCIPIUM

El *mancipium* era una autoridad del Derecho Civil que podía pertenecer a un hombre libre sobre otra persona libre y que dependía a la vez de la autoridad paterna. Todo *paterfamilia* podía dar en *mancipium* aún hijo, mujer, nieto, esclavos o toda persona que estaba bajo su autoridad, esto se hacía por un precio determinado o para garantizar el pago de una deuda, el *mancipium* estuvo reglamentada por las XII Tablas que puso limitaciones a la *manus* y así un hijo mancipado tres veces quedaba fuera de la autoridad del *paterfamilia* y se convertía automáticamente en *sui iuris*, tratándose de una hija o un nieto, esto ocurría después de dos mancipaciones. La situación de la persona mancipada era semejante a la del esclavo (*loco servi*), estaba sometido a la autoridad de quien ejercía la *mancipium*. La diferencia básica que existía entre un esclavo y una persona dada en *mancipium*, era el que no perdía la libertad y seguiría siendo ingenua, así como también estaría siempre en posición de la ciudadanía. Justiniano hizo inútil su aplicación, los principales casos en los que se había que ejercer la *mancipium* eran:

- El jefe de familia pobre confería con frecuencia a un tercero la *mancipium* sobre su hijo, mediante un precio o a título de garantía.
- Cuando el hijo *alieni iuris* había causado por delito algún daño a otro, el padre podía cedérselo, mancipándole a la parte lesionada, a este abandono se le llamo *noxal*.

1. Formalidades de la *mancipium*

Gayo describe de la siguiente manera: "se exige el concurso de ocho personas, púberes y ciudadanos romanos y del libre *pens* y de las cosas numerosas (hombre que lleva la balanza), era necesaria la presencia del comprador y la del vendedor. En el lugar estaban reunidos la cosa, la balanza de cobre y un lingote del mismo metal".

2. Emancipación

La Emancipación era el acto Jurídico en virtud del cual el *paterfamilia* renunciaba voluntariamente a la patria potestad sobre sus hijos.

Aplicada primitivamente, según se cree en casos excepcionales, a título de pena, privaba al hijo del derecho de familia, originalmente sé estimó un castigo pero se modificó después constituyendo una institución favorable a los *alieni iuris*. Para que se produjera la emancipación era necesario que el padre natural, libertara del *mancipium* al hijo, a este acto se le denomina Emancipación el cual significa literalmente Liberación del *mancipium* (*in mancipium*).

La emancipación consistía también en sustraer a los hijos del dominio paterno, según el cual el padre que mancipa tres veces al hijo varón, a un nieto o a una hija seguidas de otras *manumisiones per vindictam* perdía la patria potestad sobre la persona

puesta en *mancipium*. Anastasio permitió la emancipación por *prescripto* imperial, que se hacía llegar a manos de un magistrado en cuyo poder se depositaba. A esta forma se le dio el nombre de emancipación Anastacia, los hijos nacen libres de un padre *in mancipio*.

Tenía un inconveniente el de la pérdida de los derechos de sucesión pero esto fue después reparado por el derecho pretoriano al reconocerle un *Bonorum possessionem*, se hizo costumbre que el emancipado recibiese un peculio.

2.1 Formalidades de la Emancipación

El adquirente cogía con la mano (*manu capere*) un mueble o un esclavo y pronunciaba las palabras sacramentales. Anunciaba el precio y golpeaba con un lingote de metal la balanza afirmando que el bien es propio, según el derecho *quiritario* luego remitía el lingote al vendedor como pago del precio, ya que en aquel tiempo era desconocida la moneda.

6. TUTELA

La *tutela* era una institución del *Ius Civile* que tenía como función la protección de las personas que no estando bajo la patria *potestas* no podían defenderse por sí mismas.

Era el poder de un tercero que actúa a favor de los impúberes y de las mujeres *sui iuris*. La tutela se les atribuía a las personas incapaces que se convierten en *sui iuris*, entonces se hacía necesaria la presencia y defensa de esta autoridad a la que se denominaba Tutela y se les daba atribuciones especiales.

En el Digesto, en un fragmento de Paulo, este afirma que Servio Sulpicio define así la tutela como: "El poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a afecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad o de su sexo, y que no puede defenderse por sí mismo". (*Vis et potestas in Capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem summa se defendere nequit, jure civile data ad permisa*), se le denominaba cabeza libre por que la tutela solo se ejercía sobre las personas libres.

En esta organización se encontraban unidos los intereses de la familia y la del incapaz. Si la impúber tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de suma importancia para los miembros de la familia civil, llamados a heredarle a la muerte de este, por eso las XII Tablas, dando satisfacción a este doble interés confiaba la tutela a los agnados de los impúberes.

Si eran *alieni iuris*, su protector era el jefe de familia a quien estaban sometidos y las leyes nada tenían que hacer con ellas. Pero si eran *Sui iuris*, entonces se hacía necesario que estas proveyesen a su defensa que estaban en efecto sometidas a cierta autoridad que se consideraba como una prolongación de la potestad paterna.

6.1. Carácter de la tutela

La tutela hacía las veces de patria potestad cuando esta terminaba, mientras que la familia romana conservó su institución patriarcal, el carácter de la tutela era el de una constitución civil, que se estableció en salvaguarda de las conveniencias de los agnados y de los gentiles, herederos *ab intestado* (sin testamento) del impúber, convenía confiarle a los que tuvieran mayor interés en la conservación de los bienes de este, es decir a los miembros de la familia quienes la ejercían sin responsabilidades.

6.2. Clases de tutela

- a) **Tutela legítima:** Era la forma más antigua que surgió junto a la sucesión legítima o *ab intestato*, contemplada en las XII Tablas. Esta ley confirió la tutela, igual que la herencia, al pariente varón y púber más próximo o, en su defecto, a los gentiles. Si existían varios agnados del mismo grado, eran designados tutores todos.

Como herederos *ab intestato* del liberto, eran tutores de este el patrono o sus hijos. El tutor *legitimus* tenía la facultad de transferir la tutela a otra persona (*tutor cessicius*) mediante una *in iure cessio*, aunque la titularidad siguiera siendo del tutor legítimo, ya que si moría o se incapacitaba el nuevo tutor, volvía al cedente. Si moría este último pasaba la tutela al que le sucedía en la herencia y el tutor cesionario la perdía.

El tutor legítimo no podía cesar ni ser removido de ella. Al finalizar su gestión puede darse una acción contra él por el doble del daño que haya ocasionado a los bienes del pupilo: *Actio Rationibus Distrahendis*.

La tutela legítima era diferida por la ley (*quae ex lege aliqua descendit*) y más especialmente, la que procedía directamente de la ley de las XII Tablas a falta del tutor testamentario, Justiniano al crear un nuevo sistema de sucesiones *ab intestato* modificó los principios de esta tutela y desde entonces los derechos de la familia aventajaban a los de la familia civil. La tutela era otorgada al pariente más próximo, esa ley llamaba al ejercicio del cargo a los agnados o cognados y era diferida a la madre o al abuelo del impúber, y a falta de estos la recurrían los gentiles del impúber con derecho a tales funciones y por tanto la tutela debía serles concedida. Esta tutela desapareció con el *ius gentilitium*, o sea fue reemplazada por nombramiento del tutor por el magistrado.

Los fundamentos de esta tutela se hallaban en la vocación de los agnados a la herencia del impúber *sui iuris*, según el principio general de que donde se hallaba el beneficio de la sucesión, allí debía estar también la carga de la tutela, y se suponía que la sucesión debía ser un estímulo para administrar mejor los bienes del pupilo, los llamados a este ejercicio eran los propios interesados.

- b) **Tutela testamentaria:** Era la diferida en testamento. El fundamento legal de esta tutela consistía en que siendo una especie de prolongación de la autoridad paternal, del derecho de constituirla (*dare tutorem*) era considerado un privilegio.

También se podía designar tutor para un hijo póstumo siempre que hubiese entrado en la potestad del testador, si hubiera nacido durante la vida de este.

Era necesario que el impúber sea contemplado por el *paterfamilias* en el testamento ya sea como heredero o como beneficiario de un legado.

Se admite la validez que se hace del tutor fuera de testamento o sin observar la forma legal. Se admitió que el tutor testamentario pudiera renunciar a la tutela mediante un acto de *abdicationis tutelae*; en época de Cicerón, solo se aplicó a las mujeres.

El tutor testamentario que cometía fraude en la gestión de los bienes del pupilo podía ser separado de la tutela mediante el ejercicio de una acción pública (*accusatio suspecti tutoris*). El derecho de nombrar un tutor testamentario era solo atributo de la potestad del jefe de familia, que a la muerte de este se hacían *sui iuris* en la época clásica se tenían también en cuenta los sentimientos del testador, estaban excluidos los peregrinos y los *dediticios*, en virtud por una incapacidad dictada por la ley Junia.

Se dieron las siguientes soluciones:

- Habiendo nombrado el padre un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser confirmado por el magistrado sin información alguna.
- Siendo la madre la confirmación, solo tiene lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor.
- Si es el patrono del impúbero y aún un extraneus, el magistrado debe confirmar también
- el nombramiento, pero después de la información y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, ha sido instituido heredero por el testador.

Se les concedía el derecho de nombrar tutores testamentarios solo a los ciudadanos romanos, podían gozar de este beneficio de sus hijos nacidos en juntas nupcias, carecía de este derecho la madre, los ascendientes maternos, el padre que hubiere emancipado y el hijo producto de un concubinato. Podía ser nombrado toda persona que tuviese derecho de intervenir en la facción de un testamento, también los hijos de familia que tenían 25 años, pues estos eran *sui iuris* estaban actos para ocupar cargos públicos. El tutor debe ser designado por su nombre y en una forma imperativa.

No podían ser nombrados:

- Los locos, los mudos y los sordos, antes de su restablecimiento.
 - Los latinos junianos, según una disposición especial de la ley *Junia Norbana*.
 - Las personas inciertas hasta la época de Justiniano.
 - Las mujeres, por ser consideradas incapaces de desempeñar funciones públicas. Justiniano reglamenta el derecho de la madre y de la abuela.
- c) **Tutela dativa:** Es el nombramiento del tutor efectuado por el pretor, en los casos en que faltaba el tutor legítimo y testamentario.

Esta forma de tutela fue introducida por la *Lex Atilia* (210 a.C.). Por ella el pretor urbano, asistido por los tribunos de la plebe, nombraba un tutor (*tutor atilianus*) para el pupilo que no lo tuviera. El emperador Claudio encomendó esta función a los gobernadores. Según la constitución de Marco Aurelio y Lucio Vero se crea un pretor especial encargado de esta misión, el *praetor tutelarius*. En derecho justiniano, se atribuyó el nombramiento de tutor al *praefectus urbi* o al pretor en la ciudad, y en las provincias a los presidentes, magistrados locales u obispos.

Esta nueva forma de tutela reformó profundamente la institución pupilar que se considera ahora como una función pública que no se podía rehusar si no existían determinadas causas justificadas (enfermedad, ancianidad, residencia alejada u ocupación absorbente, enemistad, etc.).

Se establecen importantes limitaciones a las facultades de disposición del tutor y se garantizan los derechos del pupilo mediante una caución que prestaba el tutor testamentario de indemnizar los perjuicios que ocasionase al patrimonio del pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*). Este tenía un crédito privilegiado contra los bienes del tutor.

Esta tutela fue designada en los tiempos de Justiniano, por el prefecto y por el Pretor de Constantinopla, según su jurisdicción respectiva y previa sumaria investigación.

- d) **Tutela fiduciaria:** Esta tutela fue prescrita por Justiniano y en las *Institutas* dice: "El padre emancipador, tutor del hijo emancipado, muriendo antes de la pubertad de ese hijo, habría podido nombrar un tutor testamentario y aunque estrictamente no fuese válido semejante nombramiento, sin embargo, se había confirmado entonces se daba como tutor a las personas que antes de su emancipación habían sido agnados".

Esta tutela no precedía de las XII tablas sino que era consecuencia de *mancipaciones* ficticias con cláusulas fiducia.

Esta se presentaba a su vez en dos situaciones:

1. A la muerte del padre emancipador, los hijos *agnados* quedan tutores fiduciarios de su hermano impúbero.
2. En caso de emancipación de un impúbero, el *manumisor extraneus* que le libertó representa el papel del patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor fiduciario porque existe entre él y el jefe de familia un pacto de *fiducia*.

6.3. Funciones y responsabilidad del tutor

Su función no realmente la de cuidar a la propia persona tutelada sino la de administrar el patrimonio de esta *negotiorum gestio*, (Consiste en la gestión de los negocios del pupilo, especialmente en los menores de siete años- que realiza el tutor en nombre propio y también la administración de sus bienes. Aunque el pupilo sea el titular de su patrimonio *res pupillares* el tutor tiene la posesión de los bienes, dispone de ellos y actúa en juicio como actor o demandado), y la asistencia a los actos del pupilo mediante la interposición de su autoridad *auctoritatis interpositio*, (era el acto complementario realizado por el tutor para dar eficacia al negocio realizado por el pupilo mayor de siete años. Mediante la presentación de su *auctoritas* el tutor coopera para dar validez o eficacia jurídica al acto del pupilo. La jurisprudencia admitió que el pupilo pudiese negociar su patrimonio sin la intervención del tutor, pero no disminuirlo o asumir deudas).

La intervención del tutor en los negocios del menor (*negotiorum gestio*) se realizará por diversos cauces según se trate de impúberes, *infantia maiores* o *infans*, siendo por tanto el régimen de facultades limitadas o de amplias facultades según se trate de unos o de otros.

Sin embargo la actuación del tutor con el patrimonio de su pupilo no está exenta de responsabilidad, razón por la cual al hacerse cargo de la tutela el tutor realizaba una *stipulatio* por la que se comprometía a que el patrimonio del pupilo quedaría a salvo, respondiendo en un principio solamente por dolo en su gestión, y más tarde incluso por culpa. Así podría llegar a exigirse al mismo hasta el doble del valor de los perjuicios causados en su gestión al pupilo.

Si bien el tutor era responsable de su gestión, él mismo también podría reclamar los gastos que al mismo se le hubiesen producido por la administración de dicho peculio, en definitiva, los gastos realizados en el ejercicio de la tutela, y tal reclamación la efectuaba en virtud de un *iudicium contrarium* (*actio tutelae contraria*).

En concreto, la responsabilidad del tutor se exige por el ejercicio de las siguientes acciones:

- Actio de rationibus distrahendis: en los supuestos de tutela legítima tenía carácter penal y con ella se conseguía el doble de lo defraudado por el tutor. La jurisprudencia la extendió analógicamente a las otras formas de tutela;

- *Accusatio suspecti tutoris*: en los casos de tutela testamentaria. Consiste en una acción pública en la que cualquiera podía actuar como acusador contra el tutor;
- *Actio tutelae*: aplicada originariamente a la tutela dativa se generaliza después para toda clase de tutela; era una acción de buena fe e infamante con la que se perseguía la conducta dolosa del tutor contraria a la *fides*. El tutor respondía originariamente por dolo, pero al final de la época clásica responde también por culpa o negligencia en la administración de los bienes del pupilo.

6.4. Tutela de las mujeres púberes

La *tutela mulieris* respondía al carácter del primitivo ordenamiento militar, centrado sobre la autoridad del *paterfamilias* y configurado en torno a la *potestas*, que este ejercía sobre los miembros del grupo. Excluida la mujer de la potestad familiar en el régimen patriarcal y limitada su actuación al seno de la familia, estuvo siempre sometida a la *potestas*, a la *manus* o a la tutela; facultades que traían consigo la gestión y disposición definitiva de los bienes de la mujer.

La tutela venía a ser un medio de suplir la *potestas* del *paterfamilias* o la *manus* del marido sobre la mujer. Actuaba mediante el testamento o por la ley, que llamaba a los agnados o gentiles, sucesores en definitiva de la potestad y titularidad familiar. A medida que la antigua comunidad familiar se disgrega y se produce una paralela liberación de la mujer en todos los órdenes, el régimen de la *tutela mulieris* pierde su razón de ser.

La legislación imperial y la jurisprudencia van arbitrando una serie de medidas que reducen su eficacia práctica y su aplicación.

En la época republicana se admitió que el marido mediante la práctica de la *optio tutoris*, diese en su testamento la facultad a la mujer de elegir el tutor y la jurisprudencia ideó el recurso de la *coemptio tutelae evitandae* causa para llegar al mismo resultado.

Después de muchas transformaciones, superados los límites formales y sustituida la finalidad protectora de la mujer por otras disposiciones en favor de ella, la intervención del pretor en el nombramiento del tutor llega a desaparecer (La tutela de la mujer es mencionada por dos constituciones de Diocleciano que declaran que no es necesaria la intervención del pretor para el nombramiento de tutor por la mujer).

Existió además la posibilidad de que el tutor de la mujer fuese el propio marido.

Las mujeres que no estaban bajo la patria potestad, ni bajo la *manus* del marido, se hallaban en tutela perpetua. La mujer en principio estaba siempre bajo la tutela de una persona, puesto que su capacidad estaba limitada para llevar a cabo determinados actos que pudieran comprometer su patrimonio. Esta tutela cae en desuso en el periodo imperial; en la época de Augusto se le concede lo que conocemos con el nombre de *ius liberorum*, es decir, la circunstancia de que la mujer ya no es más representada por alguien, aunque todavía con limitaciones, en el siglo V, esta tutela desaparece de forma definitiva.

- **Fundamentos:** Según la antigua organización patriarcal de la familia romana, la familia debía reposar bajo la soberanía del hombre, era preciso evitar que la mujer interviniese en los negocios públicos porque llegaría a disminuir la autoridad de los hombres. Los jurisconsultos de la época clásica la atribuían a su ligereza

e ignorancia en el manejo de los negocios públicos, pero este motivo apenas era aparente, pues la verdadera causa consistía en el pensamiento político informador de la familia y de la sociedad romana. Por consiguiente, su tutela como la de los impúberes varones, en los primeros tiempos del derecho romano, fue una precaución de desconfianza y no un apoyo a su natural debilidad. Llegó sin embargo un tiempo en que se modificaron las costumbres. Las leyes Caduciaras de Augusto comenzaron libertando de ella a la ingenua que tuviera tres hijos y a la manumisa que tuviera cuatro. En el tiempo del cristianismo fue criticado y la hicieron desaparecer.

- **Clases:** A imitación de los impúberes varones había tres especies de tutela para la mujer a imitación de los impúberes varones, es decir la testamentaria legítima y la dativa.

- a) **Las testamentarias:** El padre y el marido designaban un tutor a la mujer púber, el marido podía concederle el derecho de escoger su propio tutor.

El padre tenía la facultad de elegir un tutor y de excluir a sus agnados y gens, escogiendo fuera de ellos.

- b) **Las legítimas:** A la muerte del padre los agnados tenían como tutor a los tíos paternos, esta tutela podían desempeñarla los sordos, los mudos, y los impúberes. Claudiano suprimió esta tutela.

Las hijas de familia, a la muerte del padre tenían como tutor a sus hermanos o tíos paternos y las mujeres que enviudaban, a sus propios hijos.

- c) **Las dativas:** Era la designada por el magistrado a falta del tutor legítimo o testamentario, creada para proteger al incapaz sin tutor, era pedida al magistrado por el heredero.

6.5. Aspectos normativos del tutor como administrador

El tutor estaba obligado a velar por la conservación de los bienes que se le había encomendado con la predisposición de dar cuenta de los actos que le hicieran responsables, la ley le trazaba sin embargo la línea de conducta y estas eran las siguientes obligaciones.

- Vender desde el momento en que se hacía cargo de la administración, todas las cosas del pupilo susceptibles de perecer, casas, esclavos, objetos de lujo.
- Cobrar los créditos y pagar las deudas menores, ciertas y exigibles.
- Depositar en un lugar determinado las cantidades que percibiera e invertir, dentro de los seis meses las que recibió al iniciar la tutela y al término de esta, pagar los correspondientes intereses por todas aquellas que no empleara. El magistrado indicaba el modo de invertir los capitales. Los actos que estaban prohibidos al tutor eran:
- Hacer donaciones o por causa de muerte, salvo los obsequios de costumbre y manumisiones a no ser que hubiese justa causa, que sea aprobada por un consejo (dentro de la ley).
- Enajenar (pasar o tramitar a otro), los inmuebles edificados o no, por excepción podía enajenar, salvo con licencia del magistrado y con previa investigación.

6.6. Valor de los actos de tutela

El pupilo en sus relaciones con terceras personas podían desconocer todos los actos practicados por el tutor fuera de los límites de sus facultades pero jamás debía demandar su nulidad; al contrario, debía reconocer como buena fe.

El pupilo en sus relaciones con el tutor, podía pedirle a este cuenta de los daños que le cause por acto o por omisión. Como en los tiempos primitivos la tutela era una carga gratuita, el tutor conforme a derecho, no era responsable sino por causa de dolo y culpa lata.

Posteriormente tenía que responder ya que estaba obligado a velar por los intereses del pupilo.

6.7. Derechos del tutor

El magistrado escogía un pariente a fin del pupilo, esta persona podía rechazar el cargo salvo decisión contraria del magistrado y que hubiese sido señalado en testamento, en ese caso si se negaba perdía las liberalidades que se le asignaba. El tutor solo se encargaba de administrar los bienes del pupilo pero usándolos en provecho de este, y para este ejercicio se les concedía una doble función:

a) La *Gestio Tutoris*: La gestión del tutor era una especie de mandato el tutor se encargaba de la administración de los bienes pupilo y tenía los siguientes derechos:

- Realizar toda clase de contratos, solemnes o no solemnes, reales o consensuales.
- Todos los actos de adquisición.
- Procedía como si fuera dueño de los bienes pero lo hacía en beneficio de este, exceptuaba se de esta facultad *senatus consulto* de la época de Séptimo Severo, la venta de los muebles.

b) La *auctoritas tutoris*: Era el complemento de capacidad que el tutor, mediante su presencia y su voluntad daba al pupilo para hacer válidos los actos practicados por él. Para ello era indispensable que el tutor se haga presente con el pupilo y el tercer interesado en el acto, y por medio de palabras solemnes da la voluntad de prestar la *auctoritas*. En el tiempo de Justiniano se exigía siempre la presencia.

6.8. Capacidad del pupilo

Los romanos clasificaron a los impúberes en relación a su capacidad en tres categorías como corresponde a su desarrollo mental y estas fueron:

- La de los infantes (*infans*), no podía hablar, asociar palabras y comprender su alcance en cierta medida, eran aquellos que no habían llegado a los siete años. Mientras que este era *infans* se le consideraba como loco (*furiosus*), incapaz, por consiguiente de ningún acto jurídico.
- La de los próximos a la infancia (*infantiae proximi*), es decir los más próximos a la infancia que a la pubertad, podían hablar pero no comprender plenamente el alcance de sus palabras. El impúber no era responsable de sus delitos pero gozaba ya de su capacidad para practicar por si solo todos los actos lícitos que hicieren mejor su condición y con la autoridad de su tutor.
- La de los púberes próximos (*pubertati proximus*), esto es más cercanos a la pubertad que a la infancia, éstos tenían la inteligencia de sus palabras y de sus

hechos (*jam aliquen intellectum habent*), era la más extensa que la del pupilo *infantiae proximus*.

6.9. Fin de la tutela

La tutela termina por causas personales provenientes del pupilo (*a parte pupili*) o del tutor y son las siguientes:

Por parte del pupilo en los siguientes casos:

- Por su muerte.
- Por llegar a la pubertad.
- Por sufrir una *capitis deminutio* (esclavitud, pérdida del derecho de la ciudadanía, *adrogación*). Por parte del tutor:
- Por su muerte.
- Por una *capitis deminutio* (máxima, media, mínima).
- Por su excusa o remoción.
- Por término de la condición bajo las que estableció la tutela.

7. CURATELA

La ley de las XII Tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los *furiosi* y la de los *pródigos*; más tarde y a título de protección, fue extendida a los *mente capti*, los sordos, a los mudos y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden: Se daba curadores a los menores de 25 años y en ciertos casos a los pupilos.

Los locos y los pródigos solo tenían curadores legítimos, los curadores eran nombrados por los magistrados de la misma manera que los tutores, por cuya razón se les llamaba *honorarii*. No existían curadores testamentales y sin embargo sí el jefe de familia designaba alguno, el pretor confirmaba esta elección.

Era un cargo público que se obligaba a una persona designada por la ley o por el magistrado a dirigir la administración de los bienes de otra persona *sui iuris* por lo general púber e incapaz de ejercer por sí sola sus derechos.

7.1. Clases de curatela

- a) **Curatela de los locos:** Según las XII Tablas los únicos locos que podían estar en curatela eran los *furiosi*, es decir los que tenían momentos lúcidos, se excluía de ella a los demás porque una persona que estaba en demencia perpetua no podía realizar ningún acto jurídico. La curatela establecía al principio únicamente en provecho de la familia de los *agnados*, no se aplicaba sino a los que pudiendo intervenir en actos de derecho, eran capaces de comprometer los intereses de sus herederos. El derecho pretoriano la extendió a los sordos, a los mudos y a los atacados de insania permanente.
- b) **Curatela de los pródigos:** En la legislación romana se le denomina pródigos solo a los que malversaban los bienes recibidos, *ab instestado* de sus descendientes paternos, para esto era necesario juzgar incapaz de administrar su patrimonio, que le pusieran en estado de interdicción judicial.

La interdicción no era cautelar todos los bienes del pródigo sino únicamente aquellos que, por motivo de su muerte, corresponderían según el orden legal de

las sucesiones a los agnados, la interdicción se aplicaba entonces nombrándose los curadores por el pretor en los casos siguientes:

- A todos los que encontrándose en las condiciones previstas por la ley de las XII Tablas carecían de agnados y gentiles y cuyo curador se encontraba incapacitado.
- A los ingenuos que derrochaban los bienes paternos, recogidos por herencia testamentaria.
- A los manumitidos que, empezando a crearse una familia no poseían bienes paternos.
- A todos los que disipasen sus bienes de cualquier procedencia que fueran así, esta institución tomó un carácter no solo de interés familiar sino también social.

c) Curatela de los menores de veinticinco años: Como al comenzar la pubertad de los varones en Roma, a los 14 años, debía concluir por precepto de la ley la tutela, siendo aún adolescentes sin experiencia ni rectitud bastante en el juicio para dirigir la administración del patrimonio, creyéndose útil prolongar la protección.

Una ley de República, la lex Plaetoria, fijó la plena capacidad jurídica en los 25 años; y según eso el individuo era mayor si había pasado de esta edad y menor si era lo contrario.

Marco Aurelio la hizo general para todos los que se encontraban en esas condiciones. Por esto el menor podía tener un curador permanente, pero solo en el caso de que lo solicitara. Había sin embargo, tres casos en que de una manera indirecta podía exigirse el nombramiento del curador:

- En la rendición de cuentas de la tutela.
- Al hacer un pago al menor.
- En los litigios judiciales referentes a su persona e intereses; en estos casos el tercer interesado, procurando ponerse a cubierto en virtud del beneficio de la restitución *in integrum*.

d) Curatela de los pupilos: El impúbero en tutela podía, por excepción, tener un curador en los casos siguientes:

- Si el tutor sostenía un proceso con su pupilo, en el tiempo de las acciones de la ley era necesario un tutor especial; pero bajo el procedimiento formulario, era suficiente nombrar un curador, cuya regla existía aún en tiempos de Justiniano.
- Si el tutor había hecho admitir una excusa temporal era necesario durante este intervalo nombrar un curador en su lugar.
- Mostrándose el tutor incapaz, aun siendo fiel, se le unía un curador.

7.2. Atribuciones del curador

Para determinar las atribuciones de la curatela era preciso establecer antes la extensión de la incapacidad de las personas sometidas a ella.

- Los furiosos eran reputados como capaces en sus momentos lúcidos (*intermissionis tempore*), y absolutamente incapaces en los demás.
- Los pródigos, mientras que su interdicción no se suspendiera por un decreto del magistrado, eran reputados incapaces para proceder solos en todos los actos que podrían hacer peor su condición; y con plena capacidad, en todos los que la mejoraban.

- Los menores de edad no tenían capacidad para enajenar o hipotecar sus inmuebles sin autorización del magistrado; excepto los casos en que el emperador les concediera la dispensa de edad (*vaenia etatis*).

Las atribuciones del curador fueron las siguientes:

- La de administración como esencial y características del cargo, sus facultades eran amplias y comprendían hasta la enajenación, salvo que se tratase de predios rústicos o suburbanos.

- El consentimiento (*consensus*) por el que autorizaban los actos de las personas en curatela; pero solo en el caso de que dicha persona fuera menor y procediese por su cuante. El consentimiento se asemejaba a la *auctoritas tutoris*; pero entre ambos había mucha diferencia.

7.3. Garantías dadas contra el curador

- Dar caución al asumir su cargo, con las mismas formalidades que aquellos.
- Estaba sujeto a la acción de *crimen suspecti curatoris*, que podía interponerse contra él por menor, el pródigo o terceras personas.
- Debía rendir cuentas no en virtud de una acción especial, como en la tutela, pues solo se le consideraba como un simple gestor de negocios, sino de la *actio negotiorum gestorum directa*, ejercida solo a título útil.
- En caso de insolvencia del curador, las personas en curatela podía perseguir a sus fiadores (*fideyusores*), y gozaban también del beneficio del privilegio (*privilegium*), como en la tutela, que se convirtió en hipoteca legal.
- La acción subsidiaria contra los magistrados por su responsabilidad en la designación de la persona del curador.
- Este por su parte, tenía derecho de hacerse indemnizar sus gastos por medio de la acción *negotorum gestorum* contraria.

7.4. Fin de la curatela

La curatela acaba como la tutela:

- Por muerte, pérdida de la libertad o de la ciudadanía o la adrogación de la persona sujeta a ella.
- Por muerte del curador, máxima y media disminución de cabeza; y solamente en la curatela legítima, por la mínima.
- Por la cesación de la causa que la motivo como: locura, interdicción, minoría o concesión de la *vaenia etatis* de los menores.

CAPÍTULO IV

Capitis Deminutio

Era la disminución de cabeza, se le llamaba así a la pérdida de cualquiera de los tres elementos constitutivos del Estado, era como la muerte civil, cierta especie de muerte con relación al derecho (pérdida jurídica), como son: la libertad, la ciudadanía y la familia.

Según Gayo: "La disminución de la cabeza es semejante a la muerte", (*capitis deminutio morti coaequatur*), es decir que la personalidad jurídica primitiva se extingue y se levanta en su lugar, un hombre nuevo (*novus homo*). Desaparecen todos los derechos de carácter civil, pero subsisten los derechos naturales, que estas no pueden ser extinguidas.

1. PÉRDIDA Y VARIACIÓN DE ESTADO

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 (*civili ratione capitis deminutio morti coaequatur*).

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 de todos los derechos que habían fundamentado su esencia en el *ius civili*; 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 justiniano se acabó por eliminarlos completamente.

Tampoco la expresión *capitis deminutio* debe traducirse simplemente por disminución de la capacidad: en efecto, en un principio, no significaba otra cosa que disminución de una cabeza, pero luego, al aplicarse a la persona individual, eventualmente significó disminución en cuanto a la capacidad.

Así, cuando un ciudadano romano caía prisionero del enemigo, el conjunto de hombre libre experimentaba *una disminución en una cabeza* (un miembro menos en el grupo), y también el interesado sufría *una disminución en su capacidad* (perdía la libertad). Como se ve, hay una coincidencia de los dos sentidos de la expresión *capitis deminutio* en lo que atañe a la libertad y a la ciudadanía.

En cambio, en el ámbito de la familia no se daba esa coincidencia: cuando una persona se emancipaba, la familia sufre una *capitis deminutio*, pero el emancipado no sufría una disminución de capacidad, sino todo lo contrario.

En la realidad, la idea romana de capacidad no es única o rígida, sino que viene determinada en relación con el *Status Libertatis*, *Status Civitatis*, *Status Familiae*. *Status* no era capacidad jurídica, sino más bien, una posición, una situación jurídica. Se puede decir que la plena capacidad jurídica viene dada por la concurrencia de tres requisitos que se determinan por los tres *status*: ser hombre libre, ser ciudadano romano y ser persona *sui iuris*, es decir, no estar sometido a la potestad de otra persona.

2. CLASES

Los jurisconsultos caracterizan según su gravedad la *capitis deminutio* calificándola de máxima, media o menor y mínima.

2.1 La *Capitis Deminutio* Máxima

Era la consecuencia de la pérdida de la libertad, y quedaba reducido a la condición de esclavo, situación que llevaba implícita la pérdida de la ciudadanía y de su situación familiar. El que experimentaba esto dejaba de existir jurídicamente.

2.2 La *Capitis Deminutio* Media o Menor

Era la consecuencia de la pérdida de la ciudadanía romana (*civis*), pero seguía siendo libre y perdía los derechos de familia. La persona dejaba de existir conforme al derecho de gentes (*jure gentium*). Este renacía según el derecho de gentes.

2.3 La *Capitis Deminutio* Mínima

Era la menor de todas, consistía en la pérdida de los derechos de familia, conservando la libertad y la ciudadanía romana. Eran aquellos casos en que una persona pierde los derechos que poseía dentro de su familia, conservando sin embargo la libertad y la ciudadanía. Esta situación se presentaba cuando la persona pasa de *sui iuris* a *alieni iuris* bien porque se da el caso de una adrogación o del matrimonio *cum manu*, de una mujer y finalmente, cuando un hijo es dado en *mancipium*. Justiniano conservó a la máxima y media disminución todos sus efectos; no así a la mínima, pues habiendo hecho desaparecer el antiguo concepto de la familia civil.

3. LA INFAMIA

Todo ciudadano romano podía ser acusado de infamia a causa de haber cometido un acto indebido. La infamia era resultante de una decisión del censor, de una disposición legal o de un edicto del pretor. La persona que sufría la infamia veía automáticamente

restringidos los privilegios de que gozaba en la sociedad de acuerdo con su situación particular, además se veía impedida de realizar determinados actos jurídicos, como ser procurador en un juicio, testigo de actos públicos, así como ejercitar acciones populares y desempeñar cargos en el gobierno.

Podían ser acusados de infamia por un censor: el perjurio, el intemperante o la persona que hacía indebida ostentación de un lujo excesivo.

Hacia el fin de la República y bajo el Imperio, leyes penales tales como la *Lex Iulia repetundarum*, la *Lex Iulia de vi* y otras, tachaban de infames a los condenados en materia criminal. Esta infamia tiene por consecuencia graves incapacidades, pues no podían ser ni senadores, ni decuriones; su acceso a los cargos públicos les estaba prohibido en absoluto, como también estaban incapacitados de ser jueces y testigos.

Mediante el edicto de un magistrado podía caer en infamia aquella persona civilmente condenada por bigamia, por mala fe en un juicio o bien por dedicarse a determinado tipo de profesión que no era bien vista; tal sería el caso de los comediantes o de los gladiadores.

La infamia resultante de una ley o de un edicto del pretor duraba lo que la vida de la persona misma. Sin embargo, no podía ser sufrida por sus herederos aunque las consecuencias podían suprimirse merced a una decisión del senado o del emperador.

El edicto del pretor negaba a ciertas personas el derecho de pedir en justicia (*postulare*), por otras, o de constituirse en *cognitor* o en *procurator*. Entre las causas de esta pérdida de ese derecho se pueden señalar: las condenas criminales y ciertas condenas civiles que implican la mala fe del demandado; las faltas de inmoralidad, como la bigamia; el ejercicio de ciertas profesiones, estas personas además de la incapacidad de que estaban afectadas por el edicto, no podían ejercer acciones populares.

Se terminó por considerar como tachadas de infamia las personas de esta manera indicadas en el edicto del pretor, aplicándoles las mismas prescripciones que a las que ya estaban declaradas infames por la ley.

La infamia que resultaba de la ley o del edicto duraba hasta la muerte. Sin embargo, los efectos podían ser borrados por una decisión del senado o del emperador.

4. IUS POSTLIMINII

En los casos que una persona libre era tomada prisionera y por lo mismo caía en la esclavitud, pero logra escapar y volver a su hogar, gozaba del *Ius postliminii*, es decir, mediante una ficción, su situación de hombre cautivo desaparecía retroactivamente desde un punto de vista jurídico, de manera que su situación sería la que tenía antes de su cautiverio: si era hijo de familia vuelve a quedar como si jamás hubiera salido de la patria potestad y, si por el contrario, era jefe de familia, su situación permanecería como si nunca se hubiesen interrumpido sus derechos.

El principio anterior se rompe en relación con el matrimonio; esto es, si alguno de los esposos era hecho prisionero, esta circunstancia disolvía el vínculo matrimonial, no siendo retroactivos los efectos del *postliminio* para la reanudación del vínculo. A partir de Justiniano, el cónyuge libre no podrá contraer nuevo matrimonio sino hasta transcurridos cinco años y siempre que no se tuvieran noticias del cautivo.

Esta situación no se presentará si ambos cónyuges son hechos prisioneros conjuntamente y se considerará legítimo a los hijos nacidos durante el cautiverio.

5. 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, aún, la capacidad jurídica. De tales causas, que cambiaron en el curso de la historia del derecho romano, recordamos las siguientes:

5.1. Edad

Era fundamental la distinción entre “impúberes” y “púberes”. Las mujeres se consideraban púberes a la edad de doce años; los hombres a los catorce, 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 *infantiae 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 solo 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 *infantiae* 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 licitud 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. 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.

5.2. 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 solo algunas incapacidades entre las cuales recordamos la de ejercitar la *patria potestas* 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.

5.3. Agnación, cognación y afinidad

El estado de familia, el parentesco y la afinidad llevaban a diferentes limitaciones de la capacidad, ampliadas en el *status familiae*.

5.4. 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 siquiera adoptar. Los enfermos dementes (*furiosi*) si tenían intervalos lúcidos podían durante estos realizar actos válidos, pero normalmente se hallaban privados de toda capacidad de hacer y juntamente a sus propios bienes estaban sometidos a un curador.

5.5. 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 el *infantiae maior* podía, sin embargo, adquirir.

5.6. 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.

5.7. Libertad

Los *libertos*, aunque poseyeran la ciudadanía, no gozaron hasta pasado mucho tiempo de todos los derechos políticos, ni pudieron contraer matrimonio con ingenuos. Estos últimos 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.

5.8. 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. 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 contraer matrimonio.

Desde la edad posclásica 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 profesional 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 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 posclásica, perdieron, sin embargo, su efectividad en el derecho justiniano.

5.9. Colonatus

En la edad posclásica, 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 treintenal; 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.

5.10. Intestabilitas

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, desde la edad postclásica, aún la de hacer testamento. Esta última consecuencia viene dispuesta también para los autores de todo escrito difamatorio.

5.11. Infamia

El menoscabo del honor y la mengua 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 solo por ser sino también *pro certis personis*, o hacerse en él representar. Las personas castigadas por esta incapacidad se llamaban *infames* o *ignominiosae*. Tan solo, 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 bigamos; 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. 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.

5.12. 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.

5.13. Otras causas

En el derecho *quiritario* 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 desaparecieron 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 estos pagada. En el derecho justiniano queda solo esta última categoría, disponiéndose por otra parte que la duración de tal sumisión no pudiera sobrepasar los cinco años, durante los cuales el *redemptus* permanecía vinculado como en prenda.

6. EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS O NATURALES

Las personas individuales acaban por la muerte, o por una extinción puramente jurídica, cual es la pérdida de la libertad; porque en el Derecho romano cuando se es esclavo, no hay ya persona, al menos según el origen del Derecho romano y en las relaciones privadas de señor a esclavo.

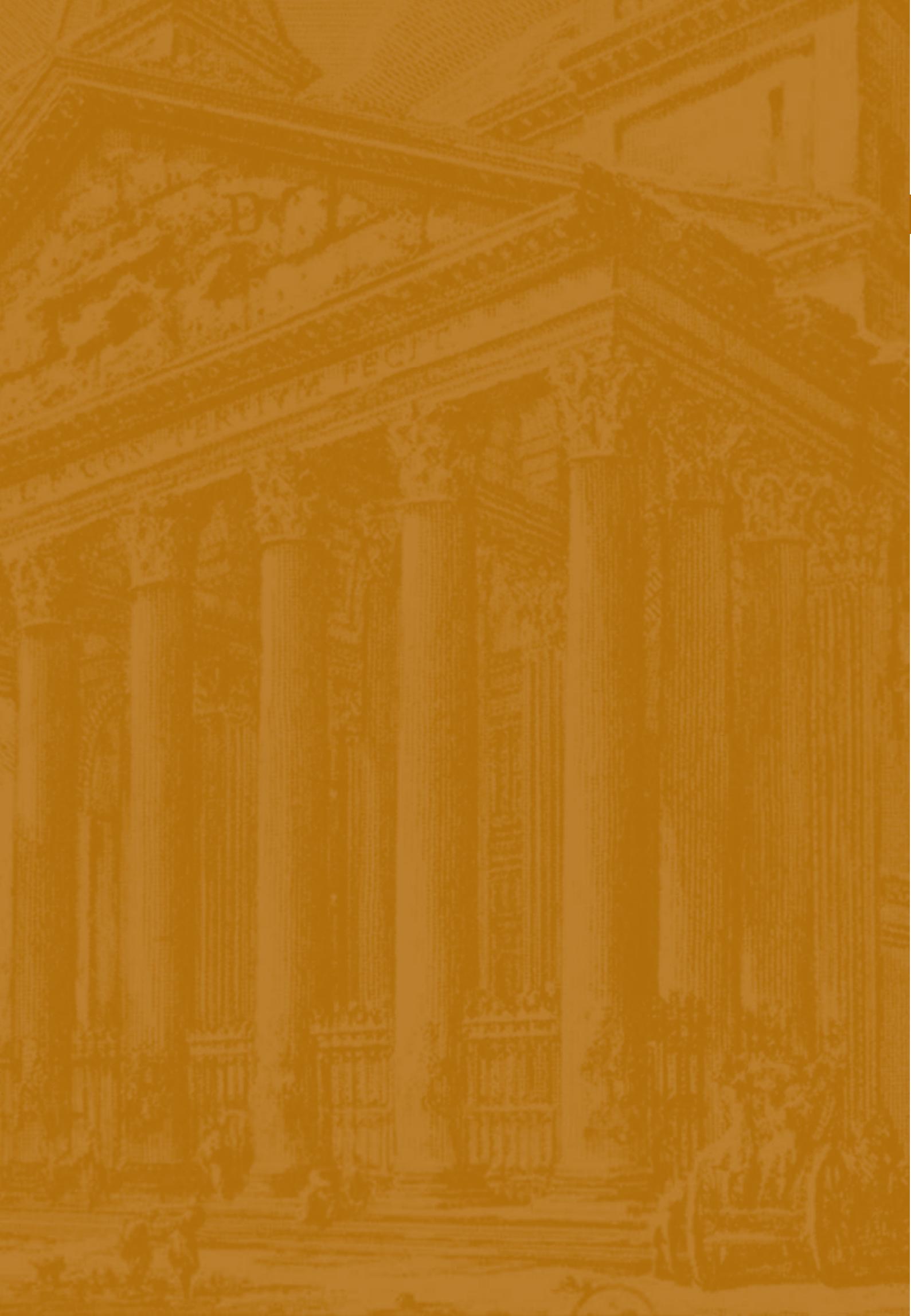
Sin embargo en lo que respecta al Derecho romano, sucedía una cosa particular y era que la muerte del individuo ordinariamente no hacía desaparecer su personalidad jurídica, pues pasaba a sus sucesores testamentarios o legítimos.

En el Derecho romano una vez probada la existencia de una persona, no se presumía nunca su muerte y por consiguiente, tenía la obligación de justificarla a quién interesaba. No es siempre posible, la prueba del fallecimiento de una persona, el Derecho llegó a prever esta dificultad, estableciendo presunciones más o menos fundadas.

El caso más grave de presunción es el relativo a la muerte de dos personas que sucumbieron en una catástrofe y llamadas recíprocamente a sucederse, importando, por tanto, determinar quién de ellas ha muerto primero.

Cuando estas personas perecían al mismo tiempo y no podía determinarse cual de ellas muriera antes, había que distinguir, pues si la duda existía respecto a personas extrañas entre sí, se presumía murieron al mismo tiempo; pero si la duda era entre padres e hijos, se reputaba que el impúbero había muerto antes que el padre y que el púbero muriera después, sin diferencia en el género de muerte.

También se estableció, aun cuando se trataba de personas que no eran, respectivamente padres e hijos, y la adquisición del derecho de una estaba por su naturaleza, sujeta a la condición de haber muerto la otra, no podía invocarse este derecho sin demostrar la muerte anterior de la segunda; pero si una persona había recibido de otra una cosa, cuya adquisición definitiva dependía de no haberse revocado el acto durante la vida, se suponía muerto antes el donante.



TÍTULO TERCERO

PERSONAS MORALES O JURÍDICAS

Al lado de los seres humanos o personas físicas, el Derecho romano reconocía también las personas morales, que no tienen existencia material y solo son ficciones jurídicas, abstracciones, a las que sin embargo el ordenamiento jurídico les reconocía cierta capacidad de derecho.

La personalidad moral pertenecía tanto a las asociaciones o reuniones de personas que tenían intereses comunes, tales como el Estado, los ciudadanos en general, ciertas corporaciones, las sociedades constituidas para el arriendo de los impuestos y la explotación de las salinas o de las minas de oro y plata, como a las obras, a los establecimientos de utilidad pública o de beneficencia, tales como los templos, los hospicios o asilos de diversa naturaleza y las iglesias, bajo los emperadores cristianos.

Hubo un período largo en el que las personas morales se constituyeron por ellas mismas sin intervención de los poderes públicos. Pero al final de la República habiéndose mezclado algunas asociaciones en los asuntos políticos ejerciendo una influencia al parecer peligrosa, los emperadores suprimieron un gran número de ellas, y se estableció un nuevo principio, el de que una persona moral no podría existir en lo sucesivo, nada más que en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una Constitución imperial. Algunas veces se les concedía la autorización de antemano y de una manera general, para ciertas categorías de asociaciones, siendo autorizadas de esta manera por un senadoconsulto las asociaciones funerarias.

La persona moral tiene un patrimonio propio. Sus bienes no están indivisos entre los miembros de la asociación, son propiedad del ser moral, tiene sus créditos propios y sus deudas también propias, a las cuales queda extraño cada uno de sus miembros, y respecto de las cuales no podía ser perseguido en sus bienes personales. El ejercicio de los derechos pertenecientes a la persona moral se confiaba bien a sus esclavos o bien a una especie de curador.

Como tienen una existencia independiente de los individuos que la componen, las personas morales no pueden apenas tener fin nada más que por la suspensión de la autorización que le dio vida o tratándose de sociedades, por el fin de la explotación que tiene por objeto.

En el Derecho romano, se reconoció capacidad jurídica no solo a la persona individual (física), sino también a entes colectivos como fueron los municipios, las colonias, *collegias*. Se consideran entre otras las siguientes: El pueblo (*populus*), o la república (*respublica*); posteriormente el príncipe, considerado, no ya en su persona individual, sino en su cualidad, toda magistratura, considerada de la misma manera, los municipios (*municipia*), u otras ciudades; las curias de diversas ciudades (*curiae*), el tesoro del pueblo (*aerarium*), al que se agregó posteriormente el del príncipe (*fiscus*), que acabó por absorber al primero; la herencia yacente (*haereditas jacens*), es decir que no ha sido todavía adquirida por algún heredero y que entre los romanos, hasta esta adquisición, tenía la máscara del difunto (*personam defuncti sustinet*), el peculio que según expresión de *Papirio Fronto*, es semejante a un hombre, los templos y los diversos colegios de pontífices paganos; las iglesias y las diversas órdenes del clero cristiano que los reemplaza; los conventos, los hospicios y fundaciones piadosas; en una palabra, todas las comunidades, universidades, colegios y corporaciones (*universitas, corpus, collegium*), forman otras tantas personas abstractas, que solo existen por creación del Derecho y que lo mismo que las personas individuales, pueden ser sujeto activo o pasivo de los derechos.

Sin embargo, el Derecho romano no dio ninguna definición ni denominación en la que se pudieran abarcar todas estas colectividades o entidades. Los juristas modernos llaman a estas figuras personas jurídicas, personas abstractas o sociales. La expresión que mejor define este tipo de entidades es la persona jurídica. Esta definición es moderna. En cuanto a la cuestión doctrinal que se plantea sobre la naturaleza, deudas y bienes pertenecen a la asociación.

Las fundaciones son la afectación de un patrimonio destinado a un determinado fin. Son fundaciones los patrimonios afectos a fines privados, en cuyo caso, su finalidad era ajena a toda idea de lucro y perseguía un objetivo asistencial u hospitalario. Este tipo de establecimientos de beneficencia fueron desarrollados por el cristianismo.

CAPÍTULO I

Corporaciones o Asociaciones y Fundaciones

1. CORPORACIONES O ASOCIACIONES (*universitates personarum*)

Las corporaciones o asociaciones eran grupos de personas que se unían para un objeto determinado, y a las cuales el Estado otorgaba los derechos de persona. Estas corporaciones eran en término genérico comprensivo de toda clase de asociaciones de personas físicas, con tal que el Derecho Público y las leyes del Estado reconozcan a las mismas el carácter de personas jurídicas.

Dentro de las corporaciones o asociaciones, se distinguen tres grupos de tipo corporativo o asociativo: *El Estado, la civitatis, los collegias*, siendo estos últimos asociaciones privadas y voluntarias.

1.1. El Estado

También se le conoce como *populus Romanus o República*. Tiene un significado de Derecho Público, es un ente colectivo que en el Derecho Privado resulta titular de derechos y obligaciones, ya que el Estado, tiene un patrimonio, esclavos, vende, compra, alquila, recibe herencias y legados, etc. Además de un poder soberano es un colectivo que tiene actividades que fundamentalmente ahondan en el Derecho Privado y concretamente en el aspecto económico, pues realiza contratos, arrienda sus tierras, manumite esclavos. Es un ente que por todas sus funciones tiene que verse regulado por el Derecho Privado.

Sin embargo, la nota característica más importante del Estado es su soberanía. Hoy se distingue perfectamente el Estado como ente soberano de gobierno y como ente sujeto de actividad privada que realiza contratos, vende, etc. En tiempos de Justiniano, el Estado se fue personificando económicamente en el fisco, que empezó siendo el patrimonio privado del emperador, y más tarde se une con el público y pasan a formar uno solo que constituirá el Tesoro del Estado. Con lo que el

fisco se presenta como una persona jurídica que encaja dentro del Derecho Privado, aunque, si lo estudiamos bien, vemos que mejor responde a una fundación, ya que es una masa de bienes destinada a un fin.

1.2. La *Civitas*

Era el órgano al que pertenecían los municipios y las colonias. Su organización es análoga a la del Estado. Tenía unos estatutos escritos, llamados *Lex Municipia* o *Lex Colonna*. Estas personas jurídicas representan la organización estatal de los municipios y de las colonias, por lo que su organización es prácticamente similar a la de este. (Gozan de recaudación propia).

La capacidad jurídica patrimonial tiene alteraciones con el transcurso del tiempo, en aumento respecto a este. En general, se puede decir que tenían bienes propios, en los que incluían tierras y esclavos, y se les permitía celebrar contratos de compraventas, arrendamientos, representados por los magistrados que los gobernaban. A partir del siglo I d.C., se les permitió recibir legados de los súbditos, y en tiempos de Justiniano, también se les permite que recibieran usufructos, es decir, el disfrute de las rentas o bienes de propiedades por un plazo de tiempo acordado.

1.3. Los *Collegia*: (*Sodalitas*)

Corporaciones privadas y voluntarias, creadas para la consecución de un determinado fin. Existieron desde muy antiguo en Roma: los colegios sacerdotales, gremios profesionales, asalariados del Estado, asociaciones funerarias y de cuidado de sepulturas. A partir del Principado, se exigía un mínimo de tres socios, agrupados para un fin lícito, y con unos estatutos escritos (*Lex Collegii*).

Los juristas modernos no tienen claro si estas organizaciones necesitaban una autorización o reconocimiento para su puesta en marcha, y si, además, existía necesidad de una declaración expresa por parte del poder público referida a la personalidad jurídica de la sociedad. En cuanto a la primera, ya desde la *Ley de las XII Tablas* se viene reconociendo la libertad del derecho de asociación, (Para formar asociación era necesario: un mínimo de tres individuos (con plenos derechos), un Estatuto (o *Lex Collegii*) y que la Asociación tenga un fin lícito, pero limitando está a que se acreditase que su fin fuera un fin lícito. Una vez acreditado esto, se aprobaba la asociación.

La *Lex Iulia*, no se sabe si procede del triunvirato de César o del principado de Augusto, en la que se disuelven todos los *Collegia* existentes, con pocas excepciones, y se dictan las disposiciones a cumplir para poder crear algunos nuevos. De todas formas, los que tenían fines religiosos no fueron disueltos, y, por otra parte, se sabe que los que se permitieron a partir de esta *Lex Iulia* lo fueron con carácter general, no uno a uno, y siempre que cumplieran con las normas generales en vigor. Se autorizaron los que tenían finalidades de carácter funerario. En el caso de aquellos que no cumplieran los fines establecidos, o la legalidad vigente, eran cerrados por la autoridad. En cuanto al reconocimiento de su personalidad jurídica por parte del poder público mediante declaración específica, se puede decir que ello no ocurrió, y hasta el período postclásico no se distingue responsabilidad ni personalidad jurídica de la asociación diferente a la de sus miembros, es decir, que hasta esa época existe confusión entre la responsabilidad jurídica de estos y la del propio Colegio. Es solo a partir de aquí, que ya se diferencia la personalidad y los atributos jurídicos de la asociación de la de cada uno de los miembros que la componen.

En esta época posclásica, con Marco Aurelio, se permite a estas sociedades manumitir esclavos y, con el proceso formulario y el desarrollo del Derecho Honorario, se les autoriza a defenderse jurídicamente con tal sociedad, representada por una o varias personas físicas. (Pues hasta estas fechas, la defensa era de todos y cada uno de sus miembros, al no reconocerse personalidad jurídica al Colegio en sí).

En cuanto a la organización, estos *Collegia* tenían parecida estructura a la de las entidades públicas: el conjunto de sus asociados se llama *Populus Collegio*. A los cargos directivos se les conoce como *Ordo Collegii*, y luego estaba la *Lex Collegii*, los Estatutos. A la masa de sus componentes no directivos, se les denominaba la *Plebe Collegii*. La extinción o disolución de la Sociedad se producía por la muerte de los socios, su renuncia, o por la consecución de los fines previstos, o, por último, por la autoridad cuando se vulneraba la licitud de los fines propuestos (*Actor*: era el representante legal de la Asociación en los juicios). Los litigios afectaban solamente a la Asociación como persona jurídica, no a los particulares. *Sindico* era el representante permanente. Como las ciudades, los colegios tenían bienes comunes y caja común.

2. LAS FUNDACIONES (*piae causae*)

Las fundaciones eran institutos civiles o eclesiásticos encaminados a un objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto (iglesias, monasterios, hospitales (*noxocomia*), hospicios de ancianos (*gerontocomia*), hospicios de recién nacidos (*brephotroiphia*), hospicio de huérfanos (*orphanotrofia*), hospicio de pobres (*ptochotrphia*), hospicio de viajeros (*xenodochia*). También se considera como persona moral el mismo patrimonio de las fundaciones constituido por el conjunto de los bienes y derechos que sirven de medio para obtener el objeto útil a que la fundación está encaminada.

Podrían hoy definirse como la adscripción de una masa de bienes a un determinado fin. Las normas por las que se rigen vienen impuestas o dictadas por el fundador. Sin embargo, en este sentido podemos decir que el Derecho Clásico no conoció las fundaciones.

Lo que hacían era atribuir, por medio de un acto intervivos (una donación, compraventa) o *mortis causa* (herencia, legado o testamento), un patrimonio que quedaba sujeto al fin deseado a una determinada persona. Preferentemente, esa persona era una corporación, considerando el cumplimiento de un fin como una carga impuesta al patrimonio. Con esto, se lograba la misma finalidad que creando una persona jurídica más.

Poco a poco, se fue teniendo la tendencia de mirar a las personas que recibían el patrimonio como meros administradores, lo que se hizo más notorio en la época del Cristianismo. Sin embargo, podemos decir que ni siquiera en la época de *Justiniano* se puede hablar de personalidad jurídica respecto a estas fundaciones. Dentro de estas, se distingue la *Hereditas lacens*.

Los romanos no lo reconocían, pero permitieron que esa serie de bienes actúen como una personalidad jurídica.

3. LA HERENCIA YACENTE (*Hereditas lacens*)

Algo semejante a las fundaciones ocurre con la herencia yacente (Caudal hereditario entre la muerte y la aceptación de la herencia). Es la herencia del fallecido que no ha sido aceptada o *adida* por el instituido heredero, y que es un patrimonio sin dueño (*Hereditas lacens*). Sin embargo no está completamente equiparada a las otras personas jurídicas o morales.

La herencia, en el período de tiempo entre la muerte y su repartición, puede tener aumentos o disminuciones, pero no se le reconoce capacidad jurídica plena, sino que se actúa como si fuese una persona.

Cuando los llamados a la herencia son herederos extraños o voluntarios puede darse un espacio de tiempo entre la delación o llamada y la aceptación. En este espacio de tiempo, los juristas dicen que la herencia estaba yacente. También se considera yacente la herencia en tanto no nace un heredero suyo póstumo o no se cumple la condición impuesta al *suus* en el testamento. En estos casos, a diferencia de la herencia vacante que nunca tendrá heredero titular, la yacente no tiene heredero pero espera tenerlo.

En la concepción que los juristas tienen de la herencia yacente encontramos también la tendencia a considerar el patrimonio hereditario como una entidad económica e independiente, igual que el peculio y la dote. Se trata de una construcción doctrinal, mediante el recurso a la analogía, pero no de una ficción, ya que la ficción solo la introducía la ley, el pretor o el príncipe, por vía de imperio, pero no la autoridad de los juristas. El esclavo, comprendido en la herencia yacente, actuaba en lugar del difunto y podía ser instituido heredero por otra persona y estipular y recibir bienes.

En interés de los acreedores se podía nombrar un *curator*. En otros casos se recurría a la persona del futuro heredero, aunque sea incierto, porque para él se adquirían los derechos y se ejercitaban las acciones.

4. EXTINCIÓN DE LAS PERSONAS MORALES

En cuanto a las personas de pura creación legislativa, engendradas por el Derecho, acaban de la misma manera. La existencia de las universidades y demás corporaciones se halla siempre bajo el poder de la ley, que puede pronunciar su disolución. Acaban también con el objeto para el que habían sido formadas o con los individuos que las componían cuando no quedaba ninguno.

CAPÍTULO II

Otras Circunstancias que influyen en el Derecho de las Personas

Independientemente de la capacidad civil, las leyes romanas consideraban en los hombres ciertas cualidades y circunstancias que sin alterar su estado, diversificaban su posición y modificaban sus derechos.

Las aludidas circunstancias o situaciones no privaban al sujeto de su capacidad para tener derechos u obligaciones, aunque sí para poder ejercitarlos, razón por la cual distinguieron los comentaristas, la capacidad jurídica propiamente dicha, de la capacidad de obrar, y eran de muchas clases.

Así el *indicatus* o *addictus*, el deudor insolvente entregado al acreedor; las *personae in mancipium*, que eran libres, pero vendidas dentro de Roma por el *paterfamilias*; *statu liber*, o esclavo vendido bajo condiciones o términos no cumplidos, o el *homo liber bona fide serviens*, esclavo erróneamente de otro; los *glebae adscripti*, colonos adscriptos perpetuamente a la tierra, el *redentus ab hostibus*, rescatado al enemigo por precio de terceros sin resarcimiento.

Pero más específicamente las cualidades o circunstancias a que nos venimos refiriendo son las siguientes:

1. SEXO

Respecto a esta causa modificativa de la capacidad jurídica, el Derecho Privado establecía limitaciones en la capacidad jurídica de la mujer. En el Derecho Público, las mujeres estaban absolutamente excluidas de todos los derechos. Y en el privado, en los tiempos primitivos estaban siempre al poder de sus padres o maridos, y si las circunstancias hacían que fuesen libres, *materfamilias*, se hallaban sujetas a tutela perpetua. Posteriormente esta tutela perpetua se fue alterando en la república hasta desaparecer, y los adelantos de la civilización fueron también aumentando la

consideración a las mujeres. pero siempre quedaron muchas distinciones legales, aun cuando en el Derecho Privado se distinguían de los hombres en varias cosas, pues, por ejemplo, las mujeres llegaban a la pubertad mucho antes que los hombres, y aunque por regla general, los derechos de ambos sexos eran iguales, aquellas gozaban de algunos privilegios así como también tenían incapacidades.

2. EDAD

Es una de las circunstancias que más influye en la capacidad de obrar de los derechos, ya que el negocio jurídico, para que exista, precisa una intención o voluntad desarrolladas plenamente, y la ley, racional y prudente, exige que se exteriorice debidamente la intención de aquel que realiza un acto de derecho para poder producir este sus efectos naturales.

Eran los hombres respecto a esta cualidad, según Derecho de Roma, o *impúberes*, que no habían logrado todavía la aptitud para procrear, púberes, plenamente capaces de toda clase de negocios jurídicos, y que tenían tal condición a los 14 los varones y a los 12 las mujeres.

Dentro de los impúberes eran considerados como *infantes*, hasta la edad de los siete años, sin distinción de sexo, *qui fari non potest*, siendo seres absolutamente incapaces de realizar actos jurídicos, careciendo de eficacia sus declaraciones, no pudiendo ser sujetos activos de delito y obrando respecto a su patrimonio su tutor, sin *sui iuris*, o su *paterfamilias*, si son *alieni iuris*. Desde los siete hasta los catorce años eran los varones impúberes y las mujeres hasta los doce cumplidos, dividiéndose, respecto de unos y otros, los años intermedios en próximos a la infancia, *impúberes infantiae maiores*, y próximos a la pubertad, *impúberes pubertati proximi*, según se acercaban más a los siete o a los catorce o doce, respectivamente, el próximo a la infancia puede realizar por sí actos que le reporten beneficios en su patrimonio, valiéndose del tutor, ejercitando este su *auctoritas*, y no pudiendo realizar tal impúber ni aún con la asistencia de su tutor determinados actos, como el matrimonio o el testamento. El próximo a la pubertad respondía de algunos actos delictivos, debiendo hacer efectivas las responsabilidades de los mismos dimanantes.

Se decían púberes o menores de edad, desde los catorce a doce años respectivamente, varones y mujeres, hasta los veinticinco, en que principiaba la edad mayor, pero se distinguen a su vez en dos categorías: los púberes menores de 25 años, *minoris viginti quinque annis*, y los púberes mayores de esta edad, *maiores viginti quinque annis*, que si bien en el antiguo Derecho tenían todos plena capacidad, vistos los inconvenientes de tal medida quedó reducida su capacidad al matrimonio y al testamento, necesitando valerse para los demás actos de un curator, y resultando que en definitiva, solo los púberes mayores de 25 son plenamente capaces.

Existe también la vejez, que libertaba de todos los cargos públicos y principiaban en los setenta años cumplidos.

3. ESTADO DE SALUD O ENFERMEDAD

Figura la enfermedad como una de las importantes causas modificativas de la capacidad de obrar, pues el hombre debe tener conciencia de sí mismo y ser ente de razón y si sus facultades físicas o mentales sufren por cualquier motivo una modificación ello modifica la capacidad civil de la persona o sujeto.

La presunción *iuris tantum*, que el Derecho establece, es de conceder a todas capacidad civil y considerarlas normales y perfectas, con actitud física y psíquica bastante para disfrutar y ejercitar derechos, de modo que siempre ha hecho falta una prueba en contrario de la citada presunción.

El estado de salud o enfermedad unas veces impide la relación del acto, afectando entonces a la capacidad de derecho, o también en otras ocasiones limita el ejercicio de los derechos suspendiéndole mientras dure la enfermedad.

El Derecho romano atribuyó a la enfermedad la misma consideración de causa modificativa de la capacidad de obrar. La sanidad del cuerpo puede faltar, por enfermedad propiamente dicha, *morbis*, o por efecto del cuerpo, *vitium*.

Atendiendo los romanos a los dos elementos que integran el organismo humano, clasificaban las perturbaciones por razón del cuerpo y del espíritu. Distinguían por el primer elemento los impotentes, castrados, sordos, mudos, sordomudos y ciegos y los que estaban afectados de una enfermedad perpetua y con relación a las enfermedades mentales, comprendían a los furiosos, locos, dementes y pródigos.

4. RELIGIÓN

Era la religión que se profesaba otra causa de modificación de la capacidad civil, que en la época pagana no afectaba la capacidad jurídica relativa al Derecho privado, y si tan solo en el Derecho público, en su esfera penal, por el derecho de coerción de los magistrados de la época imperial de las persecuciones contra los cristianos.

Pero proclamado el cristianismo como religión oficial, ya se ven en el Derecho romano bizantino numerosas limitaciones impuestas en el Derecho privado a que están afectos los paganos, herejes, apóstatas y judíos, de tal modo que la capacidad civil plena estaba reservada para los cristianos ortodoxos. A los que no lo son, se les prohíbe tener esclavos cristianos, se les señala incapacidades para celebrar matrimonio, no pueden adquirir por testamento, y hasta incluso ser testigos en las vías de recurso o procedimientos judiciales.

5. CONDICIÓN DE LAS PERSONAS

Influían también en los derechos el orden a que uno pertenecía, la dignidad de cada uno estaba revestido, el estado y la profesión que ejercía.

Así, numerosos privilegios pertenecían a los militares, sobre todo en materia hereditaria. Por otro lado, eran infames de derecho los actores, los usureros y los deudores cuyos bienes habían sido vendidos públicamente. Estaban tachados con una infamia secundaria, *levis nota*, los hijos de los actores, los manumitidos y sus hijos, los que ejercían ciertas profesiones mal reputadas y las personas de condición ínfima, o *plebi*, en sentido restringido.

6. DOMICILIO

La noción de domicilio se determina por la residencia legal o jurídica de cada uno, el pueblo donde se suponía que estaba siempre, y era aquel en que la persona residía de ordinario y en donde tenía sus bienes, familia o su ocupación diaria.

Se diferenciaba el domicilio de la residencia, pues esta, siendo habitual de la persona, es el lugar donde ella está, a menos de ser llamada a otra parte, resultando la residencia un simple hecho de permanencia, mientras que si se trata de saber cuál es el domicilio de una persona, es necesario preguntar dónde está el centro de sus negocios, su principal establecimiento.

En general, toda persona tiene un solo domicilio, a excepción de los vagabundos, que no tienen ninguno; pero se tienen dos domicilios si se poseen al mismo tiempo dos establecimientos en lugares diferentes, sin que se pueda decir cuál de ellos es el principal.

Existía un domicilio de origen, que es el que la persona adquiere por virtud del nacimiento y que para los hijos legítimos es el del *paterfamilias*, y para los ilegítimos, el de su madre. Y también había un domicilio necesario, si era forzosa la residencia en cierto punto y otro voluntario, que era el que la persona adquiría a su voluntad. En consecuencia para fijar un domicilio voluntario se requería que la persona se estableciese realmente en un lugar y tener la intención de permanecer en él hasta que razones particulares le moviesen a dejarlo; en otro caso el domicilio fuese necesario

o legal, que algunas personas lo tuviesen en un lugar determinado, porque la ley presumía que allí tenía su establecimiento principal.

Tales eran los desterrados, en el lugar de su destierro; o los deportados y relegados, allí donde cumplían su pena; los soldados, en el punto donde están de guarnición; los funcionarios públicos, en donde ejercían sus destinos, siendo vitalicios e inamovibles; conservando su antiguo domicilio al lado del domicilio legal: las mujeres casadas, en el de sus maridos; los hijos de familia, o impúberes bajo potestad, en el de sus padres, a no ser que se hubiesen establecido en otra parte con el consentimiento de aquellos; los impúberos *sui iuris*, en el de la persona encargada de su educación y por último, los enajenados, en la casa de su curador.

7. PARENTESCO

La idea de parentesco, *cognatio*, supone un lazo o vínculo entre dos personas que descienden la una de la otra o bien de un tronco común. En el primer caso, forman entre sí los parientes lo que se llama línea recta o directa, la que se denomina ascendente o superior cuando se contaban solo las personas de quienes procedía una persona dada, y descendente o inferior si se contaban solo las que descendían de la misma. En el segundo caso se formaba la línea colateral u oblicua, *línea transversa vel obliqua*, y los parientes que sin descender unos de otros procedían de un tronco común se llamaban colaterales.

Se habla también de grado, es decir, de la distancia que existe de un pariente al otro, determinándose según el Derecho romano, por el principio de que cada generación formaba un grado, y, por consiguiente, dos parientes, distaban tantos grados entre sí cuantas generaciones era preciso contar hasta unirlos con el tronco común.

Los romanos utilizaron para designar el parentesco, según el grado y la línea, diversos nombres, en relación a las personas a quienes se hacía referencia, así, *páter*, padre, *mater*, madre; *avus*, abuelo; *proavus*, bisabuelo; *abavus*, tatarabuelo; *avia*, abuela; *proavia*, bisabuela; *abavia*, tatarabuela; *filius*, hijo; *filia*, hija; *nepos*, nieto; *pronepos*, biznieto; *abnepos*, tataranieto; *abnepos*, cuarto nieto; *frater*, hermano; *soror*, hermana; *patruus*, tío; *amita*, tía paterna; *matertera*, tía materna.

8. AFINIDAD

Figura esta relación, llamada afinidad, *affinitas*, como parental en cierto modo, constituida por el vínculo existente entre cada cónyuge y los parientes del otro; la afinidad requiere de un lado un matrimonio válido y de otro un vínculo de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero; y supuestas estas condiciones los parientes de cada cónyuge vienen a ser parientes del otro y así los parientes del marido vienen a ser afines de la mujer, y los de esta del marido.

Se designaba la afinidad con diferentes nombres, según el grado de consanguinidad, tales como *socer*, suegro; *socrus*, suegra; *gener*, yerno; *nurus*, nuera; *vitricus*, padrastro; *noverca*, madrastra; *privignus*, hijastro; *privigna*, hijastra; cuyos nombres, lo mismo que los de cognación, se han conservado en la actualidad.

No existe afinidad entre el marido y la mujer, pues la relación conyugal es una relación *sui generis* distinta del parentesco y de la afinidad. Por último fundada la afinidad en un matrimonio y en un vínculo de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero, debe cesar con este matrimonio y con este parentesco. Siempre los impedimentos para el matrimonio no se revelan entre los afines, sino después de la disolución del matrimonio, ya que no tienen objeto mientras el matrimonio subsista, puesto que una segunda unión es imposible a causa de la prohibición de la poligamia.

9. CONSIDERACIÓN CIVIL

Consistía la consideración civil, en el juicio formado acerca de un ciudadano, al objeto de que su honor no estuviese manchado por alguna nota infamante y la integridad de aquel honor constituía el denominado *status illaesa existimationis*.

Sin la existimación no podía gozarse de la plenitud de todos los derechos civiles y políticos y podía perderse enteramente, como sucedía siempre en los casos de capitis disminución máxima o media, porque era consecuencia del carácter ciudadano. Las alteraciones que podía sufrir la existimación eran de tres clases: infamia de derecho, infamia de hecho o torpeza y la nota leve, (*infamia turpitudinis*, *levis nota*). Todas estas especies de infamia se comprendían también en la calificación de la torpeza y en ciertos casos podía borrarse y restablecerse la existimación en su integridad, por el senado, por el emperador, por el pretor, por transcurso del tiempo y según las circunstancias.

Respecto a la primera de ellas eran infames todas las personas expresamente designadas como tales en las leyes o en el edicto del pretor a causa de su profesión vergonzosa o de algún delito. Las personas señaladas con esta nota eran infames pero había que distinguir dos especies de casos.

En unos se incurría en infamia inmediatamente, sin necesidad de juicio ni de condenación judicial, tan solo por el hecho de haber cometido el delito o abrazado la profesión infamante, infamia de derecho inmediata, y en este caso estaban los que por precio salían al teatro o a los combates, los que comerciaban con la prostitución, las mujeres públicamente prostituidas, los sodomitas voluntarios, los mayores de edad que quebrantaban una transacción jurada y libremente consentida, los usureros, los polígamos, las viudas que se casaban antes de cumplir el año de luto, los tutores que antes de la mayoría de edad de sus pupilas se casaban con ellas o casaban a sus hijos, quienes quedaban también infames, las adúlteras cogidas in fraganti, los deudores insolventes que no hacían voluntariamente cesión de sus bienes y los soldados privados del servicio con ignominia.

Otras veces la infamia era consecuencia de la condenación judicial, infamia de derecho inmediata, hecha en virtud de algún delito, como sucedía en todos los delitos públicos ordinarios y algunos de los extraordinarios, como también en algunos delitos privados, especialmente el hurto, la rapiña e injuria, incurriendo también en infamia los que eran condenados por razón de algunos contratos que tienen por base la confianza y que por tal causa se llaman *famosum*, como son el mandato, la tutela, la sociedad y el depósito.

La infamia de hecho o torpeza, *tórpido*, tenía lugar en los casos en que, aunque ni la ley ni el pretor declarasen la infamia, lo hacían las costumbres y la opinión pública, a causa de la torpeza de la vida o de la profesión y sus efectos eran casi los mismos que los de la infamia de derecho.

Por lo que afecta a la *levis nota* o nota leve, recaía sobre los emancipados y los hijos de los que trabajan en el teatro y sus efectos eran hacer nula la institución de heredero que alguno hiciese en favor de estas personas y en perjuicio de sus propios hermanos. Según el Derecho antiguo, las mujeres que tenían nota leve no podían casarse con los senadores ni con sus hijos, aunque después esta prohibición fue suprimida por Justiniano.

Todas estas especies de infamia se comprendían también en la calificación de torpeza y en ciertos casos podía borrarse y restablecerse la existimación en su integridad, ya por el senado, ya por el emperador, ya por el pretor y aún algunas veces por el transcurso del tiempo, según las circunstancias.



LIBRO SEGUNDO

DE LAS COSAS



TÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

CAPÍTULO I Las Cosas y su Clasificación

1. CONCEPTO DE COSAS

El estudio de los *Derechos sobre Cosas* o *Derechos Reales* comienza con el concepto de Cosa.

Dos términos nos interesan particularmente: *bona* (bienes o patrimonio) y *res*(cosa).

Ulpiano explica que el término *bona* se emplea en una acepción natural y otra civil:

- *Natural*: en el sentido de cosas que son susceptibles de producir una utilidad.
- *Civil*: en el sentido de patrimonio (es decir, como el conjunto de bienes y derechos, valuables en dinero y que se atribuyen a una persona).

Y aunque en el lenguaje jurídico se habla tanto de bienes como de cosas, el jurista suele preferir este segundo término.

El término *res* tiene en el derecho de cosas tres acepciones fundamentales:

1. *Res*: significa ocasionalmente patrimonio, aunque el pretor suele más bien hablar de *bona*.
2. *Res*: objeto de derecho incluye tanto las cosas corporales como las incorpóreas. Gayo considera:
 - Res Corporales las tangibles: como un fundo, un esclavo, un vestido, un objeto de oro o de plata y, en fin otras muchas.
 - Res Incorpóreas las intangibles, incorpóreas, como son las que consisten en derechos: la herencia, un usufructo o las obligaciones de cualquier clase.
3. *Res*: en su sentido más estricto es únicamente la cosa corporal concreta e independiente susceptible de proporcionar una utilidad económica y, como tal, ser objeto de derecho. Hay que tener en cuenta que los romanos incluyen en tal consideración a los esclavos.

En el sentido jurídico, cosa es todo ente o porción limitada del mundo externo al sujeto, al que el pensamiento social ha reglado las condiciones de aprovechamiento o enseñoramiento para evitar o solucionar los eventuales conflictos de intereses entre los sujetos.

El vocablo latino *res* aparece usado en dos sentidos:

1. El *sentido restrictivo* coincide, aproximadamente, con la definición anterior de cosa en la materialidad o corporeidad.
2. El *sentido de menor relevancia*, en el que se comprenden no solo las cosas corporales sino también otras incorpóreas que aparecen reducidas a los *iura*, o derechos, tanto los reales como los personales.

Aparte de la distinción entre *res* corporales y *res* incorpóreas los juristas romanos establecieron otras diferencias que se referían:

- a) A la condición jurídica fundamental, o sea a la aptitud o susceptibilidad absoluta o relativa de ser objeto de relaciones patrimoniales.
- b) A diferenciaciones impuestas por concepciones o estructuras de la primitiva sociedad romana.
- c) A características o particularidades que el pensamiento social subraya especialmente, de manera tal que dan lugar a tratamientos o regímenes jurídicos distintos.

La palabra cosa (*res*), comprende todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad y el jurisconsulto solo estudia las cosas en su relación con las personas, desde el punto de vista de los beneficios que les pueden prestar. Estas relaciones se llaman derechos y tienen más o menos fuerza. La persona que puede disponer de una cosa a su capricho, enajenarla y hasta destruirla, tiene el derecho más completo, que es el derecho de propiedad.

2. CLASES DE COSAS

Según las Instituciones de Justiniano todas las cosas se dividían en dos categorías: las primeras se encontraban colocadas fuera del patrimonio de los particulares y eran las cosas que su naturaleza misma hace insusceptibles de apropiación individual, por ejemplo, las pertenecientes a una nación o a una ciudad, o ciertas cosas que pueden ser apropiadas, pero de las cuales nadie se ha apoderado todavía. Las segundas por el contrario, formaban parte del patrimonio de los particulares. Esto era, como una comprobación de hecho que se sobrepone a la materia, puesto que se aplicaba a todas las cosas sin excepción, pero no era nunca una verdadera división, porque carecía de aspecto jurídico.

2.1. *Res Extra e Intra Comercium*

- *Res extra commercium* se denomina a las cosas que no eran susceptibles de tráfico patrimonial;
- *Res intra commercium*: son las cosas que podían ser objeto de tráfico patrimonial.

La *res extra commercium*, a su vez podía ser sustraída del tráfico patrimonial por el Derecho Divino (*res divini iuris*) o por el Derecho humano, (*res humani iuris*).

Según Gayo, esta era la división capital de las cosas, también la más antigua a causa de la influencia que la religión y los pontífices ejercieron sobre el Derecho primitivo de Roma. Pero a medida que su prestigio iba disminuyendo, esta división fue perdiendo también importancia, y si Gayo la cita como la principal, las Instituciones de Justiniano no la mencionan.

- **Cosas *Divini iuris*:** Se consideraban como pertenecientes a los dioses, y se colocaban bajo su protección, se las llamó también *res nullius*, porque ningún ser humano podía apropiárselas. Comprende la siguiente división:
 - a) *Res sacrae*: Para el paganismo, las cosas sagradas son los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses superiores por una ley, un senadoconsulto o una Constitución. Para el cristianismo son las iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos, siguiendo los nuevos ritos.
 - b) *Res religiosas*: Son los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas. Estas cosas difieren de la *res sacrae* en que están dedicadas a los dioses inferiores *manes* (sepulcro + pequeño edificio), es decir a los muertos que los antiguos divinizaban. Solo podía haber *res religiosas*, fuera de las ciudades, porque estaba prohibido por superstición, más que por razón de salubridad pública, hacer inhumaciones en el interior de las ciudades. Las *res religiosas*, estaban fuera del patrimonio de los particulares y eran inalienables, lo mismo que la *res sacrae*, sin embargo los miembros de una familia o de una *gens* tenían el derecho de ser enterrados en una misma sepultura, transmitiéndoles también este derecho a sus herederos.
 - c) *Res sanctae*: (*consagratio*) Están imperfectamente traducidas por cosas santas, en realidad se trata de cosas que están protegidas contra los atentados de los hombres por una sanción penal. Por esta razón se las llama *sanctae*. Tales eran los muros y las puertas de las ciudades. Su violación llevaba consigo una pena capital.
- *Cosas *humani iuris**: Todas las que no sean de derecho divino tienen que ser de derecho humano o profano y se subdividen a su vez:
 - a) *Res publicae*: Son las cosas del *Populus Romanus* que se reservan al uso como de todos los ciudadanos, estas son las vías públicas, vías pretorianas o consulares, los puertos y las corrientes de agua, que nunca se consumen, *flumina perennia*; las que se secan en verano, *torrentia*, están en el dominio de los particulares.
 - b) *Res communes*: Cosas cuya propiedad no pertenece a nadie y su uso es común a todos los hombres. Son el aire, el agua corriente, los ríos, los mares, de donde resulta la libertad de la pesca y de la navegación. Los romanos añaden las orillas del mar, que son una dependencia. Las orillas del mar son pues cosas comunes. Sin embargo se puede elevar en ellas una construcción con la autorización del pretor, quien debe examinar si el interés de la navegación podía sufrir algún daño. La construcción pertenece a quien la edificó, pero si se destruye el terreno de la ribera es común, pues recobra su libertad por una especie de *postliminium*.
 - c) *Res universitatis*: son las personas morales, tales como las ciudades, las corporaciones; pueden tener cosas de su pertenencia, pero que por su destino no sean objeto de propiedad individual, y se aplican al uso común. Tales son los teatros, las plazas, los baños públicos.
 - d) *Res privatae*: Fuera de las categorías precedentes, las cosas eran *res privatae* o *singulorum*, es decir que componían el patrimonio de los particulares, los cuales

podían adquirirlas y transmitir a otros la propiedad. Se las llamaba también *bona*, porque constituían el bienestar y la riqueza de las personas. En la época clásica se les daba la calificación de pecunia. Pero en el origen de Roma, la palabra pecunia parece que solo tuvo un significado más reducido, pues se aplicaba a los animales que iban en rebaños, pecus los cuales formaban una parte considerable de la fortuna privada. Después se extendió a la moneda valorada al peso, consistente en lingotes de cobre gruesos y desiguales marcados con la efigie de un buey o de una oveja y más tarde a las piezas de monedas, que ya no se pesaban, pero en cambio se contaban, *pecunia numerata*. Y por último terminó por designar todos los elementos del patrimonio de los particulares, conservando por otra parte un sentido más estrecho que la palabra *res*, que comprende todas las cosas, incluso las no susceptibles de propiedad privada.

2.2. *Res Mancipi - res nec Mancipi*

En el Derecho romano clásico existe otra diferenciación que es fundamental, entre las cosas:

Res Mancipi: Necesidades del grupo familiar primitivo: el fundo itálico, los animales de tiro y carga, los esclavos y las más antiguas servidumbres rústicas. Para su transmisión se requiere la *mancipatio* o la *iure cessio*.

Res nec Mancipi: Todas las demás cosas. Para su transmisión basta con la *traditio*. Esta diferenciación entre cosas *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, fue abolida en tiempo de Justiniano.

La distinción tiene gran importancia histórica y práctica. La especificación deriva de *mancipium*, denominación arcaica de la potestad del *paterfamilias* sobre las personas y sobre las cosas, e indica que en la edad más antigua las *res Mancipis* eran las únicas que podían ser objeto de propiedad, acaso gentilicia. Eran *res Mancipi* las cosas que tenían el máximo valor en la economía agrícola de la primitiva Roma, esto es, los fundos y las casas situados en el suelo itálico o análogo, los esclavos, los animales de tiro y de carga, las cuatro servidumbres rústicas más antiguas *iter, via, actus, aqueductus*.

Para la adquisición de ellas eran necesarias las formas solemnes de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, o bien, en el derecho clásico, con referencia solo a las cosas corporales, la *usucapión*.

Por otra parte, las mujeres no podían alienarlas sin la *auctoritas* del tutor. Todas las otras cosas eran *nec Mancipi*, comprendidos los fundos y las casas situadas en las provincias. Para adquirirlas bastaba la simple transmisión del poseedor (*traditio*). Esta distinción permaneció en vigor en toda la época clásica, sin que tuviera lugar modificación alguna en el conjunto de las *res Mancipi*, las cuales continuaron siendo consideradas por el derecho como las *res pretiosiores*, no obstante que los valores económico-sociales se hubieron profundamente modificado en el curso del tiempo. Venidas a menos las diferencias entre el suelo itálico y el provincial, caídas las formas solemnes de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, Justiniano abolió expresamente la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y la sustituyó por la de *res immobiles* y *res mobiles*.

2.3. Cosas muebles e inmuebles

Esta distinción que se fue afirmando en el curso de la edad clásica y que por la contraposición entre *fundus* y *coeterae res* en materia de usucapión tenía especial relevancia hasta en las XII Tablas, alcanzó gran desarrollo en la edad postclásica,

cuando para la adquisición de los inmuebles, sitios en cualquier parte, se fueron introduciendo nuevas formas públicas y solemnes, basadas especialmente en la escritura y en el registro en los archivos públicos.

2.4. Cosas consumibles y no consumibles

Las primeras son aquellas que el uso normal destruye (*res quae usu consumuntur*), como los víveres y el dinero; las segundas son aquellas que por el uso normal no se destruyen, aunque si se pueden deteriorar, como los vestidos.

2.5. Cosas fungibles y no fungibles

Las cosas fungibles son las que *pondere numero mensurave constant*, y que debido a los usos del comercio, pueden ser sustituidas por otras cantidades del mismo *genus* por ejemplo, víveres y monedas. A ellas se contraponen las cosas no fungibles, esto es: que tienen una propia individualidad (*species, corpus*) y que no pueden ser subrogadas con otras.

2.6. Cosas divisibles e indivisibles

Jurídicamente se llamaban divisibles las cosas que fraccionadas en partes físicas o ideales conservaban la misma función económico-social de la totalidad, por ejemplo un fundo o una casa. Indivisibles son aquellas *quae sine interim dividi non possunt*, que no pueden dividirse, por ejemplo como una piedra preciosa o una estatua.

2.7. Cosas simples y compuestas

Siempre sobre un criterio económico-social estaba fundamentada la distinción entre las cosas simples, por ejemplo un esclavo, una viga, una piedra, que constituyen una unidad orgánica e independiente (*corpora quae uno spiritu continentur*), y las cosas compuestas que resultan de la suma de varias cosas simples. Las cosas compuestas a su vez se subdividen en *corpora ex cohaerentibus* y en *corpora ex distantibus*, según que la suma nazca de una conjunción mecánica de cosas diversas, como para una nave, un armario, un edificio, o bien por un vínculo ideal que hacía considerar diferentes cosas homogéneas como una cosa única, por ejemplo el rebaño, objeto de relaciones jurídicas en una totalidad (*universitas rerum*, le llamaron los justinianos), cuya identidad permanece aunque se renueven sus partes *singulare*.

2.8. Cosas principales y accesorias

De dos cosas conjuntas se consideraba como principal aquella que determinaba la función del todo; accesorio era la subordinada, como el marco al cuadro, la piedra preciosa al anillo. Respecto a las accesorias regía el principio *accessorium sequitur principale*. En las cosas accesorias se distinguen las partes y la pertenencia de ellas. *Pare*, era cualquier elemento esencial a la *perfectio* de la cosa, como las llaves de la casa o las estacas de la viña. El concepto de pertenencia, todavía no elaborado del todo en esa época y ni siquiera en el derecho justiniano, refiérase especialmente al *instrumentan fundi*, que comprendía el conjunto de las cosas destinadas a la gestión económica del fundo, del cual en algunos negocios seguía su suerte, como por ejemplo en el usufructo y en el arrendamiento.

En una noción más amplia de accesoriedad entran también los productos de la cosa (*fructus*) y los gastos realizados para el sostenimiento de ella (*impensae*).

Los frutos se llamaban: *pendientes*, si todavía estaban adheridos a la cosa productora; *separados*, si se hallaban separados; *percibidos*, si habían sido recogidos; *percipiendi*,

si se debían aún producir o recoger; *exstantes*, si estaban todavía en posesión del poseedor de la cosa; *consumpti*, si consumidos, transformados o enajenados. No se consideraban entre los frutos los hijos de la esclava, que correspondían al propietario de esta antes que al usufructuario. A los frutos naturales les eran equiparados (*loco fructum, pro fructibus*) los réditos conseguidos por una relación jurídica sobre la cosa (arrendamiento, mutuo, etc.), llamados frutos civiles.

Los gastos se dividían en necesarios, útiles y superfluos, según que estuvieran destinados a conservar la cosa, a aumentar el rédito o a embellecerla. En torno a los gastos sobre la cosa (*lii rem*), eran considerados distintos los invertidos para conseguir los frutos, en orden a los cuales regía el principio *fructus intellegentur deductis inipensis*. Eran *in rem*, según Justiniano, solo los que aportaban una *perpetua utilitas*.

3. COSAS INCORPORALES

Los jurisconsultos limitaron las cosas incorporales a los derechos susceptibles de estimación y que representan un valor pecuniario de la fortuna de los particulares. Tales son los derechos reales, como la propiedad y el usufructo, los derechos de crédito; la herencia, es decir el conjunto de derechos que componen el patrimonio de una persona muerta, considerados abstracción hecha de las cosas corporales que son el objeto de ella.

El hombre también está investido de ciertos derechos con relación a otras personas sobre las cuales puede ejercer una autoridad más o menos enérgica. Tales son los derechos de potestad, de tutela, etc. y se los llama derechos de familia. Estos derechos, no tienen valor pecuniario y quedan fuera del patrimonio.

Los derechos que se cuentan en el patrimonio se dividen en dos clases: los derechos reales y los derechos de crédito u obligaciones. Esta distinción tiene para la ciencia del derecho una importancia capital y ninguna legislación los ha separado con tanta claridad como el Derecho romano, no solamente en la observación exacta de sus caracteres diversos sino también por la manera de constituirlos y las acciones destinadas a sancionarlos a continuación estudiaremos detalladamente estas instituciones:

1. El Derecho real es la relación directa de una persona con una cosa determinada, de la cual aquella obtiene un determinado beneficio, con exclusión de todas las demás. Como tal se puede tener acceso al derecho de usar un campo y percibir los frutos, es decir el derecho de usufructo. El Derecho de crédito es una relación de persona a persona que permite a una de ellas llamada acreedor, exigir de la otra, llamada deudor, determinada prestación.

Por su naturaleza diversificada resulta la existencia de las siguientes diferencias:

- a) El Derecho real, siendo un derecho sobre una cosa, existe en beneficio de una sola persona, hacia y en contra de todas, sin imponer a nadie otra necesidad que la de respetarlo y no impedir su ejercicio, esto, es una pura abstención. El derecho de crédito, que es un derecho contra una persona, permite al acreedor exigir un hecho del deudor; pero solo este deudor está personalmente obligado a satisfacer una prestación determinada.
- b) La persona que adquiere un derecho real sobre una cosa no tiene nada que temer, aunque se hayan constituido después de otros derechos iguales sobre

la misma cosa en beneficio de otras personas, o bien si el propietario de la cosa llegara a hacerse insolvente, pues su derecho siempre quedaría completo. En cambio sucede lo contrario con el derecho de crédito, pues el deudor que se haya obligado con un acreedor, puede hacerlo también con otros y estos derechos de crédito, nacidos sucesivamente, tienen todos ellos la misma fuerza. Por eso, si el patrimonio del deudor no basta para pagar a todos los acreedores, el derecho de cada uno sufre y disminuye en una reducción proporcional,

- c) El dominio de los derechos reales es menos amplio que el de los derechos de crédito. El derecho real, que coloca a una persona en relación directa con una cosa, solo puede tener por objeto una cosa con existencia actual. El derecho de crédito, por el contrario, solo es una relación entre dos personas; tiene por objeto un hecho, un acto que el deudor debe cumplir en un término más o menos lejano, y para esto no es indispensable que la cosa debida al acreedor exista en el preciso momento que se creó el derecho; es suficiente con que exista cuando el deudor tenga que ejecutar su obligación. En una palabra, el derecho de crédito puede tener por objeto una cosa futura.
2. El Derecho romano ha sostenido enérgicamente la separación de los derechos reales y de los derechos de crédito, desde el punto de vista de su creación y de su transmisión. El contrato, es decir el acuerdo de las partes sancionado por el Derecho es la fuente más fecunda de los derechos de crédito, mientras que los derechos reales solo se establecen por modos especiales; el contrato o convenio de las partes no podría constituirlos. Los procedimientos para transferir derechos reales son aplicables a los derechos de crédito.
 3. La diferencia de naturaleza que separa estos derechos se manifiesta desde el punto de vista de las acciones que los sancionan. La acción *in rem*, dada al titular del Derecho real, no tiene la misma extensión que la acción *in personam*, concedida al acreedor. Por la acción *in rem*, todo el que está investido de un derecho real reclama la sanción judicial de este derecho y el poder de ejercerlo libremente, sin que nadie ponga obstáculo. Por la acción *in personam*, el acreedor no solo pide que se reconozca su derecho, sino que también quiere vencer la resistencia del deudor, pues el objeto del derecho de crédito es un hecho del deudor, y si no lo ejecuta voluntariamente, es necesario que el acreedor encuentre en su acción un medio de obligarle. Por razón de esta diferencia es por lo que la acción *in rem*, se da a cualquiera que ponga obstáculos para el ejercicio del Derecho real: en cualquier parte donde la cosa se encuentre, tiene el titular del derecho pleno poder para perseguirla. Pero la acción *in personam*, solo se da contra el deudor, porque él solo está obligado a ejecutar el hecho que es objeto del derecho de crédito.

Los derechos reales y los derechos de crédito, siendo los elementos de los cuales se compone la fortuna privada, el estudio del patrimonio consiste en averiguar cuáles son estos derechos, cómo se establecen y cómo terminan, quedando después por examinar como un patrimonio entero puede pasar en masa de una persona a otra. Por ello son necesarias tres partes en el estudio de las cosas o del patrimonio: 1° Derechos Reales, 2° Derechos de crédito u obligaciones y 3° Modos de transmisión del patrimonio o modos de adquirir *per universitatem*.

CAPÍTULO II

Nacimiento y Existencia de los Derechos

Es ya conocido que la palabra *derecho* se utiliza en un sentido subjetivo, como sinónimo de atribución o facultad del sujeto para hacer o no hacer alguna cosa. Al ocuparse los juristas del Derecho como atribución o facultad, suscitan necesariamente el problema relativo al nacimiento y existencia de los derechos. Ello es obligado, porque para que el Derecho en sentido subjetivo exista, es preciso que haya una regla en que aquel tenga su base y fundamento (Derecho objetivo), y también un sujeto o ser a quien aquella regla atribuye la facultad de que se trate (activo) y otro en quien radica la obligación (pasivo), no es menos necesaria la concurrencia de un hecho jurídico, que tiene consecuencias relacionadas con el Derecho. En una exposición moderna del Derecho romano no se puede prescindir del concepto del hecho o negocio jurídico.

1. HECHOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS

El negocio jurídico es un acto de comunicación, por el cual los particulares autorregulan de forma vinculante los propios intereses, dentro del marco previsto por el ordenamiento jurídico.

Constituyen los hechos o acontecimientos en general el tercer elemento indispensable de los derechos. El hecho es la causa del derecho, es su fuente originaria y por ello cabe admitir la distinción entre el hecho y el derecho.

Por tanto el nacimiento, la transformación y el fin de los derechos son consecuencia de hechos a los que el Derecho ha atribuido tales efectos, Savigny define los hechos como el acontecimiento en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Por otra parte todos los hechos jurídicos producen en el tiempo un cambio en las

relaciones de derecho, por ello todos los hechos jurídicos tienen por efecto producir una modificación en la esfera jurídica de una persona determinada y, como consecuencia, que los derechos nacen, se modifican y transmiten por los hechos jurídicos.

Estos hechos jurídicos, a semejanza de los meros acontecimientos o hechos, pueden ser positivos o negativos, según sea indispensable la realización u omisión de actos para que el derecho comience o termine. Ambos pueden tener actos jurídicos y aunque lo ordinario y corriente es que el efecto producido por el hecho jurídico sea futuro, cabe perfectamente que produzcan un efecto retroactivo; sin que en ello pueda haber contradicción, pues muchas relaciones jurídicas penden de la realización de ciertos hechos y algún vínculo jurídico tiene su validez en suspenso hasta que se verifique determinado hecho y entonces este da vida a aquel desde el momento en que fue contraído.

2. INFLUENCIA DE LOS HECHOS O ACONTECIMIENTOS EN LOS DERECHOS

Los hechos o acontecimientos influyen en los derechos de tal modo, que si los derechos se adquieren, se conservan, se modifican, se transfieren o se extinguen, es siempre por consecuencia de algún acontecimiento o hecho, y precisamente de la variedad de estos procede la variedad de aquellos, puesto que los derechos se originan, bien de simples hechos que no producen o causan por sí efectos jurídicos y son indiferentes ante el derecho, bien de hechos propiamente jurídicos que son acontecimientos naturales que producen efectos jurídicos también de actos humanos, declaraciones de voluntad, encaminadas a producir directamente un efecto jurídico, asimismo de actos o acciones humanas cuyo efecto jurídico producido es independiente de la voluntad del agente, igualmente de la ley como causa creadora de relaciones y efectos jurídicos y, por último, de declaraciones de la voluntad judicial o de otros órganos del Estado y de hechos y actos combinados que como resultantes de ellos se producen determinados efectos jurídicos.

3. ACTOS O HECHOS JURÍDICOS

Dentro de la gran variedad de hechos o acontecimientos que influyen en los derechos, hay algunos que, procediendo de la voluntad del hombre, tienen especialmente por objeto establecer entre las personas relaciones jurídicas, que se celebran precisamente para crear, modificar, transferir o extinguir derechos. Son estos los actos voluntarios, que forman la clase más numerosa e importante, que son, sin duda, la fuente más copiosa del nacimiento, modificación y extinción de los derechos, y que se denominan actos o hechos jurídicos para distinguirlos de los demás.

El hecho jurídico es aquel acontecimiento previsto por la regla objetiva, por la ley como generador de facultades, derechos y atribuciones. Dicho hecho jurídico puede ser, o efecto de un concierto de voluntades, como en el caso de un contrato de compraventa, en que uno quiere comprar y otro vender, o puede ser también la consecuencia de un acto en que solo intervenga una voluntad, como sucede cuando una persona fallece y deja sus bienes a otra, ya que únicamente actúa la voluntad del testador, o del mismo modo puede provenir de un hecho independiente de la voluntad, como la sucesión abintestato, porque el causante pudo no tener deseo de que sus bienes fuesen a parar al heredero que la ley llama, y, sin embargo, este los poseerá por ministerio de esa misma ley.

Ahora bien, los actos o hechos jurídicos que nacen de un modo automático, como el caso de la herencia abintestato, e igual podría ser el de la adquisición de plenitud

de derechos por haber llegado a la mayor edad, casos en los cuales no interviene la voluntad para nada, reciben el nombre de *supuestos legales*, mientras que los actos o hechos jurídicos que nacen como consecuencia de un acto de voluntad se llaman *negocios jurídicos*.

4. NEGOCIO JURÍDICO

Es el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos requeridos por quien lo realiza.

En el Derecho romano de la época antigua y de la clásica, el negocio jurídico, en sentido estricto o moderno se designó con las mismas expresiones que el negocio procesal *agere, actus, actio*, y el Derecho clásico no poseía ningún término técnico preciso para aludir al negocio jurídico en su concepto actual. Era demasiado amplia la palabra *negotium*, porque daba a entender algo que traspasaba la esfera de acción del Derecho privado, ya que comprendía toda clase de ocupación, muy especialmente la actividad pública de un funcionario y por consiguiente, no llegó nunca a conseguir la precisión técnica necesaria. Pero, en realidad, la frase negocio jurídico ha prevalecido sobre la de acto jurídico, ya que esta tiene un alcance mayor que la de negocio, en atención a que, abarca todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque no estén estos determinados por la voluntad del que los ejecuta, mientras que la palabra negocio comprende los actos de declaración de voluntad con intención de producir un efecto jurídico.

La frase negocio jurídico es adoptada hoy por los pandectistas y civilistas más autorizados, y su significación científica y jurídica no se presta a equívocos como la de acto jurídico. El acto, dentro de la esfera del Derecho, puede expresar una operación jurídica, o designar un escrito probatorio para hacer constar alguna cosa, mientras que la frase negocio jurídico no puede expresar otra cosa que lo que significaba en latín la palabra *negotium*, es decir, una declaración de voluntad que tiene especialmente por fin crear, modificar o extinguir derechos. Se encuentra, por tanto, en la frase negocio jurídico un hecho realizado con intención de producir un efecto jurídico, este se halla ligado íntimamente a la voluntad humana, y esta voluntad, moviéndose dentro de la ley, determina el nacimiento, modificación y extinción de los derechos.

5. FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El número y circunstancias de las personas que deben intervenir en cada uno de los negocios jurídicos, así como la capacidad que cada persona debe tener, el lugar, el tiempo en que deben celebrarse, las palabras, los actos, los escritos, etc., que deben acompañar a su celebración constituyen la forma de los negocios jurídicos, y esta forma se interna o externa. En este punto se nos presenta el Derecho romano primitivo las mismas distinciones que el carácter de aquel pueblo había establecido en todas las instituciones legales. Los negocios jurídicos previstos y arreglados por el derecho *quiritario* eran propios y exclusivos de los ciudadanos romanos. Su forma externa consistía en formalidades materiales, que con el tiempo llegaron a tenerse como ridículas, y en otras varias circunstancias fueron desapareciendo poco a poco. Se llamaban *actos legítimos*, no admitían condición, procurador ni día, y procedía toda su fuerza de las formalidades exteriores, sin tener casi en cuenta mucho de lo que denominamos formalidades o requisitos internos.

Pero al lado de los llamados actos legítimos fueron admitidos otros, que si bien tenían el mismo objeto, podían ser celebrados igualmente por los extranjeros, ya entre sí, ya con los ciudadanos, y estos actos que se introdujeron para las transacciones frecuentemente necesarias a la vida, y que se denominaron de *Derecho de gentes*, no tenían ninguna forma externa especialmente señalada por las leyes, y su conocimiento era propio de la jurisdicción del pretor peregrino.

En un principio la persona del ciudadano romano no podía ser representada por otro en los actos o negocios de derecho. Cada uno debía celebrarlos por sí mismo, o por medio de sus esclavos, de sus hijos o de otras personas sometidas a su poder, que, según los principios del Derecho romano, formaban con él una misma y sola persona. Pero con el tiempo fue disminuyendo este rigor; se distinguió entre actos legítimos y de derecho de gentes, y en estos se admitió que pudiesen celebrarse por medio del *procurator*, salvando con interpretaciones y procedimientos indirectos las consecuencias lógicas de los antiguos principios.

Además, aquellos actos legítimos de que estaba lleno el Derecho romano primitivo fueron modificándose por las costumbres, por los edictos de los pretores, por las leyes *Aebutia* y *Julia*, por otras Constituciones de algunos emperadores, y fue Justiniano el que borró los últimos vestigios de aquellas formalidades y equiparó los llamados actos legítimos con denominarlos del derecho de gentes, dejándolos reducidos al mayor grado de sencillez.

Desde entonces ya no hubo en Derecho romano la distinción de los actos o negocios jurídicos en legítimos y del derecho de gentes, quedando tan solo las dos clases de unilaterales y bilaterales en que se dividían, ya por razón de las personas que intervenían en ellos como interesadas, ya por razón de las que de ellos resultaban obligadas.

Por lo demás, las formalidades exteriores se redujeron a la escritura del acto, a la presencia de testigos, a la intervención de la autoridad y a algunas otras. El Derecho nuevo no exigía, por regla general, formalidades extrínsecas para la validez de estos actos pero cuando las exigía era preciso observarlas, bajo pena de nulidad.

6. FORMA INTERNA DEL NEGOCIO JURÍDICO

El negocio jurídico se constituye por una voluntad declarada con el fin de producir efectos jurídicos, y esta voluntad ha de moverse dentro de la ley, no puede dudarse que entran en su contenido determinados requisitos que integran la forma interna del negocio de derecho, y que son denominados elementos del mismo. Estos requisitos o elementos son unos esenciales, otros naturales y otros accidentales.

Son elementos esenciales, aquellos que necesariamente habían de concurrir en el negocio para que este subsista con su propia figura jurídica, y sin ellos el acto sería nulo o se convertiría en otro de diferente naturaleza, de donde provenía la división de ellos en comunes a todos los negocios jurídicos y propios de cada uno en particular.

Son elementos naturales, las consecuencias que suponiendo el negocio celebrado con arreglo a sus condiciones esenciales, producía naturalmente, y estas, si, bien se producían siempre a no pactarse lo contrario, podían variarse por la voluntad expresa y común de las partes intervinientes en el acto.

Son elementos accidentales o accesorios, las cláusulas que no dimanaban de la misma naturaleza del acto, pero que las partes de este podían añadirlas al tiempo de su

celebración, en cuyo caso regían, y no en otro, de manera que no se presumían nunca, y al que las alegaba incumbía la obligación de probar que fueron puestas.

6.1. Elementos esenciales referentes a la persona o capacidad del sujeto

El sujeto o persona que ha de llevar a efecto el negocio jurídico necesita una aptitud para tener derechos, pero precisa también una capacidad para ejercerlos. No basta poder ser sujeto de relaciones jurídicas, sino que es imprescindible tener poder de realizar actos con eficacia jurídica; en una palabra, además de poseer el sujeto la capacidad jurídica o de derecho, necesita al mismo tiempo la capacidad de hecho o de obrar.

El Derecho romano, exigía que el sujeto o persona tuviese capacidad para alterar sus derechos; por consiguiente no podían celebrar actos jurídicos los infantes, los furiosos, excepto en los intervalos lúcidos; los locos y los que se encontraban en estado completo de embriaguez o de cólera, porque no gozaban de su razón y de su voluntad libre, ni tampoco los sordomudos. Y tenían también restricciones los que estaban bajo la patria potestad o tutela o curaduría y las mujeres casadas, porque las leyes a todos ellos no les reconocía como personas perfectas e independientes.

6.2. Elementos esenciales referentes al objeto o materia del negocio

No podían realizarse actos jurídicos sobre cosas que no existían, ni se esperaba que existiesen por lo menos, como tampoco sobre acciones imposibles, no solo física, sino también moralmente como son las anteriores a las leyes y buenas costumbres o que perjudican a tercero, también era nulo el negocio cuya disposición fuese demasiado general e indeterminada, y aquel cuya ejecución dependía solo de la voluntad del deudor o cuya promesa no reportaba utilidad ninguna al adquirente. Por lo demás, podían ser materia del negocio jurídico, lo mismo las cosas corporales que las incorporales, y aún los hechos de los hombres, tanto los positivos como los negativos.

Era preciso que las cosas que hubiesen de ser materia de un negocio de Derecho estuviesen en el comercio, esto es, que no fuesen incapaces de pertenecer al dominio de los particulares, como sucedía a las de derecho divino, las comunes, las públicas y las destinadas al uso público y común de los pueblos, entre las que no se contaban los muebles que pertenecían al patrimonio de los mismos o del fisco, porque estas se encontraban en el comercio.

Hacía también nulo el negocio jurídico el que la cosa objeto de él no pudiese pertenecer a la propiedad del que trataba de adquirirla. Tampoco podían ser objeto de un acto jurídico las cosas que eran ya de aquel a quien se prometían, pero podía serlo el precio o estimación de ellas, así como también las cosas mismas si se prometían para el caso en que dejasen de pertenecerle, o si se prometía su restitución, en caso de hallarse depositadas o fuera de su poder por cualquier causa.

Preciso también era distinguir si las cosas tenían esta incapacidad por su naturaleza o solo por algún impedimento temporal relativo a la persona del adquirente, porque en este último caso el negocio de derecho condicional no era nulo desde el principio, sino que sería nulo o válido según que, al cumplirse la condición, continuase o hubiese desaparecido aquel impedimento.

6.3. Elementos esenciales referentes al consentimiento o voluntad interna de las partes

Todo negocio jurídico requiere que la voluntad exista, que es indispensable en él una declaración de voluntad, y más aún, una voluntad efectiva de realizar el acto por parte del agente dotado de capacidad de hecho o de obrar. En el antiguo Derecho de Roma, verdaderamente no era o significaba tanto la intención, que venía considerada y protegida, la ley de las XII Tablas ya expresaba su precepto: *Quum nexum faciet mancipium que, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. La voluntad efectiva de las partes es o debe ser el fundamento de la declaración; pero si alguna vez no coincide la voluntad efectiva o real con la declaración misma, debe prevalecer la primera, según el Derecho clásico, y más aún en el justiniano.

Las fuentes hacen continua mención de las palabras *voluntas, animus, consensus, affectus* y si bien la palabra *voluntas* se suele referir a la declaración externa y *consensus* a la externa coincidencia con la declaración, no puede dudarse que la mayoría de los textos antiguos aluden a la voluntad efectiva.

El consentimiento o voluntad de las partes podía ser expreso, manifestado por medio de palabras o por escrito y podía ser tácito o manifestado por medio de actos que no admitiesen otra explicación. La prestación del consentimiento o voluntad de las partes podía hacerse también con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, en cuyo caso se llamaba ratificación, la cual por regla general producía los mismos efectos.

Era de necesidad absoluta que el consentimiento o voluntad fuese formal y libre. La voluntad no debería estar afectada de vicios que hicieran suponer que tal voluntad era inexistente, que el acto no se había querido, por cuya causa se hacía nulo el negocio por todo consentimiento viciado por la fuerza y el miedo, por el engaño o dolo y por la simulación.

- *Fuerza y miedo*: La violencia es una coacción ejercida sobre un individuo para realizar un negocio jurídico. Pero tal coacción puede ser de dos formas: una física, fuerza absoluta, material, que ejercida sobre una persona priva a esta por completo de la libertad y reduce a la víctima a un estado puramente pasivo y la otra moral, amenazas dirigidas a una persona intimidándola y haciéndole creer que ha de sobrevenirle un mal grave. La primera es propiamente la fuerza, absoluta, cumplida (*vis absoluta*), o la coacción llevada e inferida al cuerpo (*illata corpori*); la segunda es el miedo, instigación, consejo, estímulo, que empuja, incita o induce a hacer (*vis impulsiva*), e inferida al ánimo (*illata animo*). El Derecho romano tuvo en cuenta esta forma de coacción y además si la fuerza provenía de aquel a cuyo favor uno se había obligado, anulaba en todo caso el negocio; pero si procedía de un tercero, ocasionaba de igual modo la anulación siempre que el otro agente del acto era sabedor de ella, teniendo que distinguir, caso negativo si el negocio se había ejecutado o no, porque en el primer supuesto subsistía el acto en todo su vigor y al que sufriera la coacción le quedaba expedito su derecho para reclamar contra el que se la causara, y en el segundo podía librarse del cumplimiento por la excepción *quod metus causa*, rechazando, hasta paralizar la acción del demandante y podía accionar contra el autor del miedo utilizando la acción penal *quod metus causa*, o esa misma acción como *actio rem scripta*, contra todo tercero que se hubiere aprovechado de la coacción causada, obteniendo y logrando o la devolución de lo entregado

y debido o el cuádruplo de su valor, sin perjuicio de poder ejercitar la *restitutio in integrum*.

- *Dolo*: Es otro vicio o defecto de la voluntad en el negocio jurídico, 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. 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 estos 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, aún después de la conclusión del negocio. El dolo nunca se presumía, tenía que ser probado, llevando la justificación de haberse incurrido en él por acción u por omisión siendo exigible en toda clase de obligaciones, pero no pudiendo invocarse como causa de nulidad en los actos bilaterales si ambas partes procedieron dolosamente.
- *Simulación*: En la simulación Absoluta las partes aparentan realizar un negocio con la intención de no celebrar negocio alguno y en la simulación relativa, las partes realizan aparentemente un determinado negocio queriendo llevar a cabo en realidad otro distinto de tal modo que fijó el negocio simulado se oculta otro reclamante querido que es el negocio Disimulado. No obstante al no existir en Roma una teoría genérica sobre la simulación podría afirmarse que la simulación conduce a la nulidad radical del negocio y en cuanto a la simulación relativa como por ejemplo: Venta que encubre donación, el Derecho Justiniano estimó que es ineficaz el negocio simulado o aparente y válido el negocio disimulado si fuera lícito y tuviera notable importancia práctica.

6.4. Elementos referentes a la correspondencia entre la voluntad interna o real y la externa o declarada

En orden a la declaración de voluntad, lo más importante no es tratar del caso en que la voluntad interna coincida con la exteriorización de la misma, sino examinar y determinar aquel otro posible y frecuente en que hay oposición o contradicción entre la voluntad interna o real y la externa o declarada, porque, si no son coincidentes, se hace preciso fijar cuál de ellas debe prevalecer.

Se ha sostenido que debe predominar la voluntad interna o real, porque es la causa eficiente del negocio jurídico, mientras que la declarada no es otra cosa que la expresión de ella.

El Derecho romano no pudo hacer declaraciones concretas sobre este punto, dado que sus juristas nunca hicieron una teoría general sobre el negocio jurídico, se inclinaron a la voluntad interna, porque en la mayoría de sus instituciones

buscaron siempre el *animus, affectus, o consensus*, es decir la verdadera *voluntas*. Esta afirmación se encuadra perfectamente para el derecho clásico y el justiniano, porque antes en el Derecho arcaico, imperaba exclusivamente la forma, la declaración o manifestación de la voluntad.

La simulación es la divergencia intencional, consistente en aparentar una cosa que no es, dar semejanza o apariencia a la no verdad, produciendo creencia de un estado no real.

En la simulación de todo negocio de derecho tiene que concurrir: en primer término una declaración de voluntad deliberadamente no conforme con la intención; en segundo lugar, que tal declaración sea convenida entre las partes de mutuo acuerdo, y en último término, un manifiesto engaño a tercero para que el acto no sea puramente irónico o didáctico, sino una verdadera simulación.

En todos los casos, tanto de simulación absoluta como relativa, el Derecho romano declaraba nulo el negocio simulado. Al lado de la divergencia intencional entre la voluntad interna y la declarada del negocio jurídico, existe también la divergencia no intencional, no deliberada e involuntaria que constituye el error.

El error como vicio de la voluntad, o de la declaración de esta en los negocios de derecho, supone ausencia de una idea verdadera, hace creer verdadero lo que es falso y al contrario, envolviendo siempre un defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas. Es necesario diferenciar el error denominado esencial del accidental; se encuentra dentro de llamado error esencial distintos casos referentes al error que recaía sobre la naturaleza del acto, sobre el objeto principal de la declaración o algunas de sus cualidades esenciales o sobre las cualidades de la persona o también sobre la cantidad, la cualidad o los motivos y en cambio dentro del llamado error accidental todo el que recaía sobre las cualidades secundarias del objeto o sobre los motivos del acto, cuando estos no son causas determinantes de la declaración. Atentos a estas ideas, los romanos consideraban esencial el error en los casos siguientes:

- a) *Error sobre la naturaleza del negocio (error in negotio)*, el cual afectaba a la misma esencia jurídica de este, como si se entregaba una cosa en depósito y se creía por el otro recibirla en préstamo, en cuyo caso no había ninguno de los dos contratos, porque no hay acuerdo ni para uno ni para el otro, siendo el error esencial.
- b) *Error sobre el objeto del acto, (error in corpore)*, cuando faltaba la inteligencia y acuerdo entre las personas que han querido realizar el negocio, y así, si uno creía comprar al esclavo Pánfilo, mientras que el vendedor cree vender a Stico, no podía existir el negocio, y era nulo por faltar la identidad real de la cosa, la individualidad concreta del objeto.
- c) *Error sobre la sustancia de la cosa, (error in substantia)*, que afectaba a las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza propia de una cosa y la distinguen de las cosas de especies diferentes. Es un error sobre una cualidad principal de la cosa y por tanto, se supone que las partes no hubieran hecho la declaración sino hubiera existido error sobre ella.
- d) *Error sobre la persona, (error in persona)*, recayente sobre la identidad de aquel a cuyo favor se realiza el negocio. 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.

- e) *Error sobre la cantidad, (error in quantitate)*, cuando la relación a todo lo que es susceptible de medida o de aumento y disminución, origina las mismas reglas que el error *in substantia*, el negocio será nulo si uno cree vender por mil y el comprador está en la idea de que el precio es quinientos, pero en cambio será válido si el vendedor cree que el precio es quinientos y el comprador acepta en la inteligencia de que es mil, validez que se estimará hasta la menor cantidad.
- f) *Error sobre los motivos del acto*, llamados por algunos *falsa causa o falsa demonstratio*, se estima por regla general que no daña y en su consecuencia no anula el negocio de derecho. Se aduce para ello que el motivo no es ordinariamente conocido por la otra parte y puede variar hasta lo infinito.
- g) *Error de hecho y de derecho*. El Derecho romano distinguió entre estas dos clases de errores, dando mayor gravedad al primero que al segundo. Denominaba error de hecho al que recaía sobre algún hecho o acontecimiento y error de derecho al que se refería a lo que disponían las leyes o los principios legales. Y aunque tales clases de error eran de diferente naturaleza, se seguían unas mismas reglas. El error de hecho no perjudicaba nunca, a no ser que proviniese de un descuido grosero e imperdonable, y aún entonces el error sobre hecho propio debía ir acompañado de circunstancias que le agravasen. El error de derecho no perjudicaba nunca a los menores, ni a los militares, ni a los rústicos y a las mujeres solo cuando les resultaba algún beneficio o cuando pagaban. En cuanto a las demás personas las perjudicaba siempre cuando era vencible, es decir cuando pudiera evitarse consultando a un jurisconsulto y en el caso de ser invencible perjudicaba también al que lo padecía cuando le impedía disfrutar de un beneficio. Para terminar el error llamado accidental, es aquel error que no ha tenido una influencia determinante en la voluntad, puede afirmarse que, de ordinario no ataca a la validez del negocio por recaer sobre cualidades no sustanciales del objeto, o sea sobre aquellas que no han sido tomadas en consideración como principales para la declaración de la voluntad.

7. CLASES DE NEGOCIOS JURÍDICOS

Se consideran las siguientes clases de negocios jurídicos:

- a) *Unilaterales y bilaterales*: En los primeros es necesario para su existencia la declaración de voluntad de una persona; en los segundos se precisa la de dos o más; la ocupación y el testamento son casos y especies de negocios unilaterales; en cambio, un contrato de compraventa es bilateral. Pero es preciso advertir que en los negocios unilaterales la declaración de voluntad subsiste por sí misma, o también puede hacerse colocándose frente a persona determinada: en el caso primero se encuentra un testamento, y en el segundo una protesta, un requerimiento o una notificación. Y en cuanto a los negocios bilaterales, al lado del ejemplo típico de los contratos existen también otros actos de derecho en que se da igualmente concurrencia de voluntades o mejor de declaraciones de voluntad, como son los actos complejos o colectivos (fundación, asociación, sociedad), en que las partes, en estos actos, ilimitadas en número, no están la una frente a la otra ni tienen intereses opuestos, sino que estos intereses son convergentes a un fin, existiendo en tales actos realmente una sola parte.

- b) Onerosos o a título oneroso, y los llamados lucrativos o gratuitos, o a título lucrativo o gratuito: En los primeros se concede una utilidad con una contraprestación equivalente a aquella, mientras que en los segundos no existe esta equivalencia, y, por consiguiente, en los onerosos, como la compraventa, se exige la reciprocidad de un equivalente, pero en los lucrativos o gratuitos, como la donación, no existe tal reciprocidad.
- c) Inter vivos o mortis causa: El negocio de esta última clase surte sus efectos después de la muerte de la persona que le establece; se supeditan y aplazan tales efectos al fallecimiento de la persona que los concluye, y, por el contrario cuando esta supeditación no se da, el negocio es *inter vivos*. El caso de un legado es ejemplo de los primeros, y el de cualquier contrato el de los segundos. Conviene señalar que los negocios *mortis causa* son de ordinario unilaterales, y, además que el negocio subsiste si no se modifica la declaración de la voluntad posteriormente a cuando fue declarada, aunque siempre, claro es, antes de la muerte de la persona que hizo la declaración, siendo, por tanto, su característica la revocabilidad; y, por el contrario, los inter vivos son de naturaleza irrevocable.
- d) *Solemnes y no solemnes*: Los primeros han de llevarse a cabo en la forma que de modo previo tiene señalada la ley, en ellos la declaración de voluntad tiene que hacerse de en forma y modo que la ley señale, como el testamento y es de tal forma imprescindible para la validez del negocio *ad solemnitatem*. En cambio en los segundos la forma es adoptada libremente por los que declaran la voluntad. La ley los deja en libertad para determinar el modo de exteriorizar aquella por lo que dicha forma solo tiene un valor de probar la declaración de voluntad que se emitió, es decir que tiene un valor *ad probationem*,
- e) *Otras clases*: Atendiendo al contenido de los negocios jurídicos, exponen los autores varias categorías de estos que responden a las distintas relaciones de derecho, y por lo que al Derecho privado se refiere, se habla de negocios jurídicos, de familia, de cosas o reales, de obligaciones y de sucesiones.

Y dentro del mismo concepto, es decir, del contenido de los negocios jurídicos, algunos escritores, romanistas insignes, como Winscheid, Savigny, Unger y Wachter, afirman la existencia de negocios jurídicos que llaman de enajenación y de renuncia, o mejor de adquisición o de enajenación, según que se dirijan a aumentar o disminuir el patrimonio del agente, aunque el aumento o disminución sean compensados con una indemnización.

Por último, y por razón de sus efectos, pueden ser los negocios jurídicos de dos clases, a saber: o fundamentales, o auxiliares, o mejor negocios de derecho, que la técnica jurídica denomina concretos o *causales y abstractos*. Los negocios jurídicos concretos o causales son aquellos en los que existe lo que los tratadistas llaman causa del negocio, o, lo que es lo mismo, un primer y elemental motivo, común a todos los casos de un tipo de negocio, detrás del cual podrá haber toda la variedad que se quiera de motivos particulares. Y se dice primero y elemental motivo porque, aparte de los motivos distintos en cada caso, y dentro de un mismo tipo de negocio jurídico, hay uno inmediato, el más próximo que se da siempre en los negocios de igual clase.

Así, todos los vendedores de cosas desean y quieren el precio de la venta, pero unos venderán por razón de apuros económicos, otros por ampliación de su negocio o medio de vida para trasladarse a otro lugar, otros para transformar su capital en valores más asequibles o de más fácil circulación, y del mismo modo todos los compradores desean

y quieren la cosa comprada; pero unos compran por necesidad de su oficio o profesión, otros por afección a la cosa que se adquiere, otros por razón de lujo u ostentación, pero en todos los vendedores el motivo primero, elemental e inmediato es el precio, y en todos los compradores el motivo inmediato, primero y elemental es la adquisición de la cosa. Pues bien, dicho motivo principal e inmediato es la causa, y en el negocio jurídico causal es precisa la existencia de dicha causa, aparte de otros requisitos, y si la causa no concurre, contra lo que la ley exige, no existe tampoco el negocio jurídico.

Por el contrario, el negocio jurídico abstracto es aquel que en relación al mismo, la ley no precisa otra cosa que la manifestación de la voluntad, le basta para su eficacia lo puramente externo o formal, sin que la norma objetiva requiera las intenciones de las partes, ya que bajo lo puramente formal caben contenidos diversos, importando poco que esa forma esté o no determinada por la ley.

La técnica alemana cree ser suya la creación del acto jurídico abstracto, pero en realidad no hizo otra cosa que resucitar el Derecho romano, que llevó hasta los últimos límites el acto abstracto de derecho, ya que toda institución jurídica era abstracta en Roma hasta que la idea de causa fue introducida en las costumbres romanas y los jueces comenzaron a referirse a ella.

No puede ni debe sostenerse que en los negocios abstractos haya obligaciones sin causa o desligados de la causa, pues aun siendo este su carácter predominante, no se puede identificar este hecho con la abstracción, sino decir que el acto jurídico abstracto produce sus efectos jurídicos hecha abstracción de la existencia de la causa, diferenciándose del concreto o causal en que no es mencionada en aquel la causa, o la voluntad de las partes ha entendido no referirse a ella.

Se afirma igualmente que en todo acto abstracto hecho con abstracción de la causa existen dos negocios superpuestos: uno, el causal, acto fundamental; otro, el abstracto o auxiliar, sin que por ello se signifique que la nulidad del acto causal suponga la del acto abstracto.

Tiene aplicación el negocio abstracto en la creación, transmisión extensión de los actos jurídicos; en la primera, porque las partes pueden hacer abstracción de sus relaciones anteriores, no mencionando la causa del nuevo acto formado; en la segunda, cuando un tercero beneficiario adquiere el derecho del anterior purgando los vicios de ese tercer adquirente, y en la tercera, cuando, como en la remisión de la deuda no se hace tampoco mención de la causa que a ello obliga.

En el Derecho romano el acto abstracto no fue otra cosa que una continuación lógica de su formalismo, pudiendo ser su fundamento la ley, porque no había dificultad en que un texto del Derecho positivo así lo estableciese, o la voluntad, siendo la más frecuente aplicación esta idea del acto abstracto en la materia de obligaciones, donde tales actos, sin perjuicio de la regla, que es lo primero, son además solemnes, formales estrictamente, como la estipulación, donde si los romanos emitían la pregunta y respuesta congruentes, el contrato existía, prescindiendo de las razones o motivos, incluso el más próximo o inmediato, causa, que para ello hubieran existido, lo cual no quería indicar que en tales negocios formales o abstractos la causa no existiera, ya que nadie promete o se obliga carente de toda clase de motivos para ello.

Los efectos del acto abstracto, por consecuencia de lo expuesto, son: en primer término, a su favor existe una presunción de las partes de que la causa existe y es lícita,

sin que el sujeto activo tenga que probar; en segundo lugar, crear a favor de terceros un derecho mejor, por no poder ser atacado, que el de los interesados de modo directo; en tercer término, que habiendo en el negocio abstracto dos actos superpuestos, si el acto causal es nulo, no lo es en cambio el acto abstracto, como antes se ha consignado, y, por último, que el acto abstracto, en caso de nulidad, da lugar al ejercicio de la acción de injusto enriquecimiento.

8. ELEMENTOS O CLÁUSULAS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

8.1. Modalidades del negocio jurídico

Aunque en un negocio de derecho parece que la voluntad de las partes una vez declarada, debiera ser firme y sin restricción, la realidad, no obstante, demuestra que tal voluntad se manifiesta y declara con limitaciones que hacen depender de la realización de ciertos actos la eficacia de dicha voluntad. Estas limitaciones, verdaderas modalidades o modificaciones, a virtud de las cuales los efectos jurídicos del negocio dependen del hecho o acontecimiento en que consiste tal modificación, y que reciben también el nombre de cláusulas accidentales o accesorias, son la condición, el término, el modo, la causa, el juramento, la cláusula penal y las *arras*. De todas ellas haremos un breve análisis:

a) La condición:

En esta modalidad o limitación, la voluntad declarada solo puede tener efecto presuponiendo un acontecimiento futuro e incierto, y este sentido técnico y peculiar es base del sentido objetivo de tal modificación, entendiéndole los romanos como el acontecimiento mismo futuro e incierto del que depende la adquisición o pérdida de un derecho. Desde luego no depende de la condición la existencia de la voluntad, pero sí sus efectos, ya que la declaración condicionada de la voluntad no tiene fuerza como tal, sino tan solo con el concurso de determinadas circunstancias.

Esta limitación, difería de otras afines llamadas condiciones impropias o aparentes; tales eran: los requisitos impuestos por el derecho objetivo para la validez del negocio, *conditiones iuris* tácitas o legales, las que consistían en hechos no futuros, aunque sean inciertos para las partes; *in praeterium vel in praesen collatae*, las que eran sucesos futuros no inciertos; *quae omni modo extiturae sunt*, los acontecimientos imposibles física o jurídicamente, y, por último, las condiciones que implicaban una actividad inmoral o delictiva, *conditio turpis*. Solamente las imposibles e ilícitas producían la nulidad del negocio, a excepción del caso, que se unieran a instituciones de herederos, legados, fideicomisos y manumisiones testamentarias, en que, según el parecer de los sabinianos, tomado no por razones teóricas, sino por oportunistas decisiones de la jurisprudencia, la condición se tenía por no puesta y el negocio se reputaba válido.

Ahora bien, como las declaraciones de la voluntad condicionada son de un contenido muy variado, puesto que la limitación de la voluntad puede presentarse de maneras distintas, ello da lugar a diferentes clases de condiciones, productoras de distintos efectos en el Derecho.

En primer lugar, y por razón del modo de influir en las relaciones de derecho a que afectan, son suspensivas y resolutorias, según que de ellas dependiera que inicien o concluyan los efectos del acto jurídico, puesto que la declaración condicional de la voluntad podía tender a constituir o modificar un negocio jurídico o a revocarlo, y en

tales supuestos, los efectos del negocio de derecho no empiezan en las condiciones suspensivas hasta que la condición se verifica, y, en cambio, en las resolutorias, si se cumplen, determinan la extinción del derecho.

Estas construcciones fueron debidas, no a los jurisconsultos, sino a los intérpretes, ya que los primeros velan en el caso de dichas clases de condiciones, por una parte, un acto de Derecho puro, y por otra un acto accesorio de efectos contrarios, además de que la resolutoria se hallaba en contradicción con el Derecho antiguo, que no admitía la transmisión de la propiedad *ad tempus*, ni la posibilidad de establecer servidumbres o también obligaciones de tal forma; únicamente cuando el pretor concedió eficacia a tales cláusulas, cuando se armonizaron el Derecho civil y el honorario, y cuando se pudo transmitir la propiedad a tiempo determinado, pudo tener cabida la distinción entre ambas clases de condiciones.

En segundo lugar, y por referirse a una acción o a una omisión, eran *afirmativas o positivas y negativas*, según que el acontecimiento en que consistían sucediese o no. Consistían las primeras en hacer alguna cosa; las segundas, en omitir o no hacer. En las positivas o afirmativas, su cumplimiento se realiza cuando se hace o ejecuta el hecho en que la condición consiste; en las negativas, si se trata de afectar a relaciones por causa de muerte, se admitía el cumplimiento legal o fingido, mientras que en las relaciones entre vivos se exige el cumplimiento real de la negación u omisión.

En tercer término, por razón de la causa de que depende su cumplimiento, eran las condiciones *potestativas, casuales y mixtas*, según que el acontecimiento dependía de la voluntad de aquel a quien se imponía, de la casualidad o causas independientes de la voluntad humana o de ambas cosas a la vez. Las potestativas consisten en un acto de una de las partes; pero si tal acto es de un tercero, puede convertirse en casual o mixta, y esta, como la misma palabra lo indica, su naturaleza es una mezcla de potestativa y casual.

Realmente no puede hablarse de condiciones potestativas, puesto que no hay ninguna condición que dependa exclusivamente de la voluntad humana, por la razón de que a esta la influyen circunstancias exteriores que, si limitan, no anulan la voluntad, y por ello se consideran cumplidas de hecho cuando positivamente se cumple la condición, o legalmente, por ficción, cuando la ley la supone cumplida, habiendo hecho la persona todo cuanto le fue posible, todos los actos que de su voluntad dependían para que se realizara la condición. En cambio, tratándose de condiciones casuales, no cabe más que el cumplimiento real, verdadero y efectivo, y en las mixtas se precisa distinguir si el cumplimiento depende de la voluntad de la persona a quien se impuso y de la de un tercero, o de la voluntad del interesado y de la suerte o acaso, ya que en el primer caso puede darse el cumplimiento real, y en el segundo el fingido o legal, por no ser necesario el cumplimiento efectivo.

En cuarto lugar, por la naturaleza del acto o hecho que las constituya, son las condiciones *divisibles e indivisibles*, según consistan en hechos cuyo cumplimiento puede hacerse por partes o porciones, o, por el contrario, no son susceptibles de ser cumplidas más que en un solo momento, en una sola prestación, una sola vez.

Y, como ya se afirmó antes, para fijar la naturaleza divisible e indivisible de una condición es preciso atender a la naturaleza del objeto en que aquella consiste o a la voluntad que, la estableció, a fin de que, en definitiva, los efectos se traduzcan en que la divisible se cumpla por partes y la indivisible en su totalidad.

En quinto término, y atendida la razón de ser o no ser factible realmente la condición, podía ser esta *posible e imposible*, aunque en verdad no son estas propiamente condiciones. Las posibles recaen sobre un hecho o acto que puede realizarse o verificarse, las imposibles afectan a hechos o actos que no pueden verificarse, por impedirlo el orden físico, las leyes o las buenas costumbres, de donde se deduce que la posibilidad o imposibilidad podía serlo física o moralmente y, de modo más especial, que la imposibilidad podía derivar de la naturaleza (imposibilidad física), dimanar del derecho o de las buenas costumbres (imposibilidad de derecho o moral), y hasta podía arrancar la imposibilidad de la duda o ambigüedad por no poderse comprender su verdadera significación, a causa de consistir la condición en un hecho inconciliable con la subsistencia del efecto jurídico querido.

En sexto lugar, por la necesidad de que se cumplan varias o una sola de las condiciones establecidas, eran *conjuntas y alternativas*. Son las primeras las que afectando a una sola relación van unidas de tal modo que es preciso que se cumplan todas ellas para adquirir el derecho, y las segundas las que refiriéndose a una misma relación, basta cumplir alguna de ellas.

En séptimo término, por contar explícita o implícitamente, se habla de condiciones *expresas y tácitas*. Son las expresas las establecidas con palabras claras y terminantes por parte de quien hace la declaración, mientras que las tácitas no se han establecido clara y terminantemente, se suponen puestas por deducirse su existencia, de una manera lógica y racional, de la naturaleza del acto, de las cláusulas en donde se manifestó la declaración o de la misma ley. Tanto unas como otras hay necesidad de cumplirlas para que se produzca la perfección del negocio jurídico, lo que en realidad más afecta a la forma de la condición que a su esencia. También se distinguía la condición *intrínseca* que se desprendía de la naturaleza del acto y no necesitaba expresarse.

Según el Derecho romano los momentos en que pueden considerarse, y después las reglas que debían tenerse presentes respecto de las más principales son:

En primer término, existía un período de tiempo, *pendente conditione*, en que el hecho de condición no se ha realizado todavía, pero puede realizarse. En segundo término tenía lugar, *existente conditione*, es decir, cuando se ha cumplido o realizado la condición. Y, por último, un tercer instante, *deficiente conditione*, en el que faltaba la condición, puesto que era seguro que no se realizara.

Los efectos de estos tres períodos son claros. En el primero, o sea pendiente la condición, había solo una esperanza o probabilidad de adquirir el derecho, puesto que al no realizarse aquella no se adquiría el derecho y no se perfeccionaba el acto jurídico. Tal esperanza era transmisible a los herederos y sucesores en actos entre vivos, pero no en los por causa de muerte. Y, especialmente, este período en Roma, referido a la condición resolutoria, en la que los romanos vieron, como antes se ha dicho, un segundo negocio de fin opuesto a otro anterior, obraba la condición como suspensiva, y el primer negocio se consideraba como si fuese puro.

El momento o período segundo determina la perfección del negocio jurídico, puesto que supone el cumplimiento de la condición; se convierte el acto en puro o celebrado puramente, retro trayéndose al tiempo de la celebración de aquel en las condiciones suspensivas. Esta retroactividad se basaba en expresiones de las fuentes; también se ha discutido si la revocación de los efectos de la condición resolutoria cesaban absoluta y

automáticamente, *ope legis*, o precisaban el ejercicio de tal facultad de revocación; la primera revocación de forma real parece denegada en la época clásica y admitida por algunos casos en el Derecho justinianeo.

Cuando falta la condición, tercer período o momento, o es imposible el cumplimiento de ella, el acto se retrotrae al momento de su celebración, y se tiene como no celebrado en lo que se halla afectado por la condición ya que tal acto no pudo llegar a ser perfecto.

b) *El término:*

Esta modalidad del término, *dies* puede también referirse a relaciones jurídicas, a las que afecta de modo que por su existencia se produzcan distintos efectos jurídicos.

El término, sinónimo de plazo señalado en los actos jurídicos, se manifiesta como un acontecimiento futuro, pero cierto e inevitable, a partir del cual deben empezar o cesar los efectos del negocio de derecho. Tiene de común con la condición el ser acontecimientos futuros pero se diferencian en que el acontecimiento futuro en la condición es incierto, y en el término es cierto e inevitable, y además se distinguen en que los efectos nacidos de una condición pueden obrar retroactivamente, y en cambio en el término se producen sin retroactividad.

Indudablemente el término en un negocio jurídico supone una restricción de la voluntad, causa la restricción temporal de los efectos de un acto y es un límite consistente en el tiempo impuesto a la eficacia de la relación de derecho.

Como se desprende del concepto antes expuesto del término, este puede retardar la eficacia del acto de derecho, o extinguir el derecho por ella creado; puede referirse al principio o al fin de la relación jurídica. En este sentido se habla de un término *in diem* o *ex die* en el primer caso, llamado en las fuentes *dies a quo*, y en el segundo *ad diem*, denominado en las fuentes *dies ad quem*, o también, con otra terminología, se ha llamado al primero término primordial, o inicial, o suspensivo, y al segundo, término final o resolutorio. Por otra parte, y además de los puntos comunes y diferencias entre la condición y el término señalados, es preciso hacer constar que, ordinariamente, los negocios jurídicos que no toleran una condición, no toleran tampoco un término, a excepción de aquellos casos en que la prestación sea de tal naturaleza que no pueda cumplirse en un momento determinado.

Si bien el término inicial o suspensivo suspende el ejercicio no suspende la adquisición del derecho que se debe considerar existente en nuestro patrimonio y por tal razón, en dicho caso, se pueden ejercitar los actos de seguridad tendentes a afianzar el derecho, mientras que si es final o resolutorio, causa la caducidad de la relación que se creó, extinguiéndose todos los derechos que integran su contenido. Es decir, que el plazo inicial suspende los efectos jurídicos, pero no la existencia del derecho, y expirado el término, el acto debe realizarse sin tener aquel efecto retroactivo; mas cuando el término es resolutorio, si ha expirado o concluido, concluyen también o se extinguen sus efectos.

La característica señalada al término, consistente en su certeza o inevitabilidad, ofrece jurídicamente diversos tipos o variedades que determinan otras clases de términos. Así, doctrinalmente, se habla del término *cierto* o determinado y del *incierto* o indeterminado, según que se haya establecido para un determinado mes, día o año; o bien fijado un lapso de tiempo, o cuando se fija en relación a un suceso futuro necesario. Más propiamente se decía día *cierto*, si se sabía que el plazo había de llegar, y cuándo, y día *incierto* si se ignoraba alguno de estos extremos; y combinando después estas dos

ideas, se formaron los grupos denominados día cierto del sí y cierto del cuándo, *dies certus an certus quando*, en el que se sabe llegará el día o momento y cuándo tendrá lugar esto; día cierto del sí, pero incierto del cuándo, *dies certus an incertus quando*, en que sabiendo que el día llegará, no se sabe cuándo, día incierto del sí, pero cierto del cuándo, *dies incertus an certus quando*, en que se sabe la fecha precisamente, ignorando si llegará o no, y día incierto del sí y del cuándo, *dies incertus an et quando*, en que se desconoce si llegará el día y cuándo pueda tener lugar.

A pesar de utilizar las fuentes la expresión *dies*, era, sin embargo, más exacto reconocer que en los dos últimos grupos mencionados se trataba de casos de condición, significando la frase *die incertus*, por regla general, condición. Así, el término incierto se tenía por condición si se ignoraba el primero, y lo mismo sucedía cuando se desconocía el segundo respecto de las disposiciones testamentarias, pero no en materia de obligaciones, en las que era un verdadero término.

En cuanto al *dies a quo*, se decía que *cedía el día* cuando se adquiría un derecho, pero no se podía aún reclamar, y que venía el día cuando se podía reclamar el derecho adquirido.

Ampliando más estas nociones, y como especiales efectos del término, puede decirse que en materia de obligaciones el término cierto no suspendía la existencia del derecho, sino su exigibilidad; la duda existía, desde luego, pero solo podía exigirse su cumplimiento cuando el término se había cumplido, y por ello, y mientras tanto, se decía que *cedía el día*, pero que no venía aún, resultando que lo que se hubiese pagado por error antes de cumplirse el término no podía reclamarse como indebido; pero si el acreedor intentase su acción, incurría en las penas de la *plus petitio*.

Cuando se ponía un término *ad quem*, su efecto consistía en que por derecho estricto la obligación era perpetua, porque todo vínculo de derecho subsistía por su naturaleza hasta que interviniese algún acto o acontecimiento jurídicamente reconocido que lo hiciese cesar. Pero como esta consecuencia del derecho sería inicua, los pretores concedían en este caso una excepción para rechazar la acción del acreedor, aparte además, de que este principio de rigor fue muy modificado por el Derecho nuevo.

Por lo demás, hay negocios que no toleran condición, pero tampoco término; según las fuentes, *actos legitimi non recipiunt diem vel conditionem*, como son la *mancipatio*, la *acceptilatio*, la *aditio hereditatis* y la *datio cognitoris*.

Un factor interesante en la materia del término, como modalidad jurídica, es el tiempo. Y lo es, no solo en cuanto por él se adquieren derechos *usucapio* y se extinguen las acciones que conceden las leyes por su falta de ejercicio en los plazos señalados, prescripción de acciones, sino también porque el tiempo es preciso determinarle señalando los períodos del mismo.

Para contar los mencionados períodos de tiempo, y con relación a la conclusión de los mismos, hablaba el Derecho romano de una computación natural, *computatio naturalis*, en la que, apreciando el momento de iniciación y el último o final con exacta precisión, se computaba el tiempo de momento a momento, a *momento ad momentum*, y otra computación civil, *computatio civilis*, en la que se contaba por días, por ser el día la unidad indivisible e ínfima, *ud dies numeratae*, y a veces, según las fuentes, el tiempo civil se tenía por completo desde el momento en que había principiado el último día

del plazo, *dies coeptus pro iam completo habetur*, y que por tal causa se denominaba en nuestro Derecho día *novissimus, postremus osupremus*. Así se contaron y computaban la edad para el testamento, para las manumisiones de la ley *Aelia Sentia* y los plazos para adquirir por *usucapio*.

Asimismo el tiempo, en cuanto se refería a la época en que principiaban a correr los plazos o términos señalados con una finalidad jurídica, podía ser *continuo y útil*, y dar lugar a una *computación continua o útil temus continuum, tempus utile*.

En el tiempo continuo se contaba desde el momento en que sucediera un acontecimiento, aunque la persona interesada no tuviese conocimiento de él; en el útil no se principiaba a contar hasta que aquella tuviese este conocimiento. En cuanto a la duración, se decía tiempo continuo, el que, una vez principiado, corría sin interrupción, entraban todos los días, sin distinguir los faustos o nefastos, y tiempo útil era aquel en que solo se contaban los días aptos para las actuaciones judiciales, y, por tanto, no figuraban en el mismo los días prohibidos para realizar el acto a que el plazo se refiere, llamados días inhábiles.

También se tuvo en cuenta la imposibilidad de determinarse el tiempo de duración de una situación jurídica determinada, y en orden a los efectos de la misma se admitía el proteger tales situaciones como si de manera legítima hubiesen surgido.

c) El modo:

Esta figura es una determinación accesoria del negocio jurídico, pero modalidad o carga accesoria unida a la adquisición de un derecho.

Va unida, a la disposición o declaración de voluntad, y por ella se fija el destino o uso que ha de darse a la cosa, o bien establece una prestación cuyo cumplimiento es impuesto a la persona beneficiada, no en su interés, sino en el del declarante o de un tercero las fuentes de nuestro Derecho indican que el modo es la expresión que los autores del negocio hacían del fin para que se concedía algún derecho, o cualquiera disposición onerosa con que el concedente gravaba al concesionario.

Presupone el modo una limitación de la voluntad, como la condición, pero no obstante, se diferencia de esta. En primer lugar, el modo no impide la adquisición del derecho, no obra suspensivamente, sino tan solo de una manera coactiva, y no ataca al *dies cedit*, no exponiéndose así al peligro de una pérdida total; en cambio, la condición es suspensiva y nunca activa. En segundo término, el modo, aparte de ser mucho más ventajoso para el que debe obrar, puede producir la obtención del goce del derecho, dando caución y sin ejecutar el acto, y por último, si el acto se hace imposible, no entraña esta imposibilidad ningún perjuicio.

Es conveniente tener presente si el fin impuesto lo quieren las partes concurrentes en el negocio que sea cumplido para que se perfeccione el acto de derecho, porque en tal caso no existe el modo, sino una condición, puesto que el primero no influye ni afecta para nada a la perfección del acto, siendo muy útil, tanto en este caso como en todos los dudosos sobre si se trata de modo o de condición, se interprete debidamente la voluntad de los otorgantes en cada caso, y si se encuentran dificultades para ello, se trata de presumir de modo y no de condición.

Para dar efectividad a las cláusulas modales adoptó el Derecho Romano distintos medios, tales como las canciones, el apremio extraordinario administrativo por autoridades de este orden en beneficio de los intereses públicos, la negativa

pretoriana para él, para utilizar acciones en caso de no cumplirse el modo o el ejercicio de una *actio praescriptis verbis*, otorgada a los terceros. Todas las anteriores medidas o garantías no tenían aplicación al llamado *modus simplex* o ruego de eficacia puramente moral.

d) *Causa*:

Una de las acepciones en que los jurisconsultos romanos tomaron la palabra *causa* era la de motivo jurídico que expresaba la voluntad del concurrente en el acto de derecho. De manera que en todo acto jurídico podían las partes expresar la causa o motivo que les impelía para celebrarlo, y si bien, por regla general, no perjudicaba a la validez del acto la falsedad de la causa, sucedía lo contrario si diera lugar a ella un error o si se había expresado por vía de condición.

La *causa*, en el sentido antes expresado, afectaba a los negocios jurídicos de tal modo que si ella faltaba, el acto sería nulo, especialmente para aquellos negocios que llevan su causa en sí mismos, como son los bilaterales perfectos los contratos reales, el mandato o los contratos inominados; pero no sucede lo propio tratándose de negocios en que la causa reside en relaciones anteriores o posteriores, porque entonces la validez del acto se impone, aunque exista la voluntad sin causa.

e) *El Juramento*:

Es la invocación que se hace a la divinidad como testigo de la verdad y vengadora de la mentira y de la mala fe para dar más fuerza a una promesa o para corroborar algún hecho alegado. En el primer caso se decía juramento *promisorio*; en el segundo, *asertorio*, y en el Derecho romano el *promisorio* no producía por sí solo una obligación particular, de modo que solo servía para fortalecer más la obligación contraída, si era válida, porque, si era nula, lo era también el juramento. Aparte del juramento denominado necesario, existía también el voluntario, que es al que en este lugar nos referimos, manifestación de partes de un negocio, a fin de remitirse a la afirmación solemne de una de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho. Tal convención juratoria podía intervenir en toda clase de derechos, tanto de obligaciones como reales, pudiendo tener por objeto incluso las cuestiones de Estado.

El pretor obligaba a respetar la convención, si era prestado por una de las partes, o la otra le hace dejación, concediendo o denegando la acción *in factum*, según se afirme o niegue la existencia del derecho, y en caso de duda sobre el juramento, otorgando al deudor una excepción.

f) *La cláusula penal*:

La cláusula penal, *stipulatio poenae*, consiste en cualquier prestación que se imponían las partes del negocio para el caso de que no cumplieren en todo o en parte lo que se había convenido en el plazo señalado.

Es precisa para su eficacia la existencia previa de una obligación la forma de una estipulación, de un simple pacto o intervenir también en la obligación del heredero de pagar el legado *per damnationem*.

La cláusula penal puede desempeñar una función acumulativa si va unida a la obligación principal, pudiendo el acreedor utilizar la acción de la obligación principal que no se ha cumplido, y de la que resulta de la cláusula penal; no se excluyen la una a la otra y pueden pedirse las dos cosas, a la vez si así se había estipulado expresamente; pero en otros casos cumple una finalidad electiva, porque sustituye la causa penal a la

obligación principal dejada de cumplir, en cuyo caso el acreedor tenía la elección entre pedir la ejecución de lo que se pactara o la pena impuesta, ya en la época justiniana se autorizaba al acreedor que hubiera utilizado uno de los dos medios, poder ejercitar el otro para obtener la diferencia de lo que obtuvo por un medio y lo que pudiera haber obtenido de emplear el otro.

g) Las arras:

Los romanos llamaban *arras* a una cierta cantidad, y aún a veces a cualquier otro objeto, que una de las partes daba a la otra en señal de quedar concluida una convención. Esta dación, que se hacía más frecuentemente en el contrato de compraventa, podía tener distintos objetos, ya que unas veces desempeñaba una función probatoria, a fin de justificar con más evidencia la conclusión de un contrato, otras daba al acreedor una compensación cuando la otra parte no cumplía lo convenido, prefiriendo perder las arras, y en otras ocasiones aumentaba las consecuencias gravosas para el deudor que no cumplía, ya que perdía las arras y era además posible exigirle la prestación.

También las arras eran como pago de parte de la deuda contraída, de modo que el deudor tenía que pagar lo restante; mas aparte de que los interesados- se conviniesen en darles otro carácter, desempeñaban tan solo la función probatoria aludida anteriormente.

Los textos de las fuentes romanas sobre la materia de arras no son lo suficientemente explícitos para determinar si, además del valor de las arras como prueba, era posible la pérdida de las mismas y la subsistencia de la exigibilidad de la prestación. Posteriormente Justiniano modificó el Derecho anterior, y desde entonces había que distinguir si se daban las arras antes o después de perfeccionado el acto; en el primer caso, esto es, cuando se daban para el caso en que alguna de las partes quisiese retractarse, o se dieran sin pactar nada, podían arrepentirse los contratantes, y el que diera las arras las perdía en beneficio del otro, y si quien se retractaba era el que las recibiera, tenía que devolverlas dobladas. En otro caso, es decir, cuando se daban después de perfeccionado el acto, no había lugar al arrepentimiento si se daban como parte del precio convenido y como señal de estar concluido y perfecto el acto; pero sí había la posibilidad del arrepentimiento si se daban para el caso de retractación.

8.2. Interpretación del negocio jurídico

Cuando la declaración de voluntad en un negocio de derecho el sentido de las palabras estaba oscuro, era preciso recurrir a la interpretación. La voluntad hay que entenderla como viene declarada en el negocio jurídico y debe entenderse también en relación al fin jurídico del acto, y para ello, caso de oscuridad, o caso de insuficiencia en las reglas normativas, se da la *interpretatio*, que no debe sustituir a la voluntad, sino tan solo determinar el verdadero sentido del negocio.

Todo lo que la doctrina en general consigna, acerca de la interpretación del derecho objetivo, debe tenerse en cuenta en la materia de interpretación de un negocio jurídico, los principios generales de aquellas son aplicables a este, al igual que los elementos de interpretación.

En el Derecho romano y por voz de Celso, se consignaba que el saber las leyes, (negocios jurídicos), no es entender sus palabras sino penetrar el sentido y la mente de ellas.

Cabría distinguir asimismo entre los tipos o clases de interpretación, unos por razón de las personas encargadas de hacerla, bajo cuyo concepto se comprendían las interpretaciones auténtica, usual o judicial y la doctrinal, según que se hiciera por los autores mismos del acto, arreglo a las decisiones ya tomadas por los tribunales en casos análogos o la actividad libre de los jurisconsultos, conforme a las reglas de la hermenéutica. Tenían las dos primeras una naturaleza obligatoria en sus resultados mientras que la última es meramente inductiva en cuanto se mueve u obliga a creer con razones y con la autoridad de quien la hace.

Otra especie de interpretación, en atención a los medios utilizados para llevarla a cabo, era la *gramatical*, valor de las palabras y expresión en su acepción técnica; la *lógica*, que atiende a la trabazón y enlaces de las diversas cláusulas del acto, y la *histórica*, que mira a los orígenes y antecedentes anteriores de actos semejantes en pasados tiempos.

Igualmente la doctrina sobre la interpretación general alude a la *propiamente dicha*, que establece con precisión el contenido de la norma, fijando, con función aclaratoria, la extensión y eficacia que el legislador quiere darle, distinguiendo esta clase de interpretación de la denominada *analógica*, que mira completar los vacíos legislativos, buscando la aplicación del precepto a casos no previstos, pero similares a los tenidos en cuenta por el legislador. En la interpretación propiamente dicha caben asimismo una forma extensiva y otra restrictiva, en la primera se comprenden casos no contenidos en el lenguaje deficiente de la norma, mientras que en la segunda, deficiente también la norma en sus expresiones, se fija la labor del interprete un alcance menor del que, al parecer, se deriva de las palabras.

Carecen las fuentes romanas de doctrina expresa sobre la interpretación, y únicamente se recogieron las máximas y las reglas de los jurisconsultos y comentaristas, con las que posteriormente se elaboraron los conceptos arriba mencionados. Así figuran en el *Digesto*, libro 50, título 17, la exposición hasta de 200 reglas de Derecho, que más tarde sirvieron para formar los conceptos y clasificaciones que los tratadistas consignan.

Destaca, por una parte, en esta materia, la gran importancia de la interpretación de los prudentes, *interpretatio prudentium*, debidas en las primeras épocas del Derecho romano, a los pontífices y primeros jurisconsultos, en el período clásico, no se separan la interpretación debida a la actividad libre de los juristas y la del legislador, puesta que la facultad concedida del *publice ius respondendi*, a los más eminentes jurisconsultos, hasta que la interpretación de estos cree la norma, como igualmente lo hace el *ius honorarium*, en los edictos pretorianos. Surge únicamente la distinción entre la interpretación auténtica y el doctrinal en el Derecho bizantino, por recabar para sí el emperador la interpretación de carácter obligatorio, limitándose a la doctrinal los jurisconsultos.

Interpretar un negocio jurídico es fijar el contenido y alcance de la declaración de voluntad. A la hora de exponer una teoría de la interpretación de los juristas romanos, hay que matizar en un doble sentido, pues se trata de *Ius Controversum* (Derecho controvertido), es decir, que hay que separar la interpretación de los contratos de la de los testamentos, sin perjuicio de reconocer que ofrecen algunos principios comunes, que según los diversos juristas van más o menos lejos.

8.3. La representación

En los negocios jurídicos una persona puede ser sustituida o representada por otra. Existen dos problemas:

1. ¿Cómo una persona interviene en nombre de otra persona?
2. ¿Cómo hacer que los efectos del negocio reviertan en el representado? Hay dos tipos de representación: legal y voluntaria:
 - *Representación legal*: a veces era la propia ley la que permitía la representación de forma expresa. (Tutor sobre pupilo)
 - *Representación voluntaria*: otras veces era la propia persona la que otorgaba poderes a un representante de forma voluntaria. Distingamos entre:
 - *Representación directa*: el representante actuaba en nombre y por cuenta del representado y los efectos del negocio revertían directamente en el representado.
 - *Representación indirecta*: el representante actuaba por cuenta, pero no en nombre del representado y los efectos del negocio recaían en el representante, el cual con posterioridad los transmite al representado en un acto posterior.

Roma no conoció la representación directa. Esto se explica por la estructura familiar romana, ya que todos los negocios jurídicos efectuados por los filios, esclavos, etc., revierten sus efectos en el paterfamilias.

No obstante surge un problema: si los resultados de los negocios efectuados por los filios eran negativos, el *páter* quedaba al margen de los mismos.

Posteriormente, el *pretor* da las llamadas *Acciones adicionales*, para que los perjudicados por estos negocios tengan la posibilidad de reclamar al *páter* por las deudas contraídas por los filios, esclavos, etc. Casos de aplicación de las *acciones adicionales*:

1. Cuando el *páter* cedía un peculio al filio para negociar, el *páter* respondía de la mala gestión del filio hasta el límite del peculio.
2. Cuando el *filio* se endeudaba, habiendo el *páter* cogido el dinero consecuencia de la deuda y habiéndolo invertido en cosas necesarias para la familia, el tercero perjudicado podía reclamarle el importe de la deuda ejerciendo la *actio in rem verso*.
3. Cuando el *páter* hubiese concedido autorización al filio para contratar, respondía el *Páter* de la mala gestión del filio y del cumplimiento de dicho contrato por la *actio auod iussu*.
4. Cuando el *paterfamilias* ponía al hijo al frente de una empresa marítima o terrestre, respondía de los resultados adversos frente a los acreedores mediante la *Actio Institora* o la *Actio Exercitoriar* respectivamente.
5. Si ponía al frente a un extraño tenía la misma responsabilidad.
6. Este tipo de autorización representaban un sucedáneo de representación directa, pero los romanos no lo consideraban así, ya que para ellos el filio o *persona in mancipi*, actuaba como una prolongación del *páter* y no en nombre y por cuenta de este.

Posteriormente se admitió que al frente de la empresa pudiera figurar un tercero que no estuviera bajo la *potestas* del *Páter*, pero siempre con la misma consideración, es decir, como prolongación del dueño de la empresa.

Solamente existe un caso en que es admitida la representación directa, y es el caso de los *procuradores*. Estos actuaban como representantes generales de determinadas familias muy pudientes, actuando en nombre y por cuenta de las mismas.

9. INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Cuando un negocio jurídico contiene defectos en su constitución, el ordenamiento jurídico no le reconoce efectos, se dice que el negocio jurídico es inválido.

Un negocio de derecho es válido, en cuanto el mismo reúne todas las condiciones, todos los elementos esenciales, sin los cuales no puede producir efectos ante el Derecho. La invalidez por tanto del negocio jurídico significa que este no tiene todos los requisitos y condiciones precisas y que no reúne los elementos necesarios para que se produzcan todos los efectos jurídicos.

- Contraposición entre nulidad y anulabilidad:

Nulidad: Se dice que un negocio es nulo de pleno derecho, cuando posee vicios de tal categoría que el ordenamiento jurídico le niega su propia existencia, el negocio es nulo. Cualquier persona puede pedir la nulidad de ese negocio.

Anulabilidad: Existe anulabilidad cuando el negocio jurídico posee vicios de escasa importancia que pueden ser subsanables.

La nulidad puede ser reclamada por cualquier persona, aunque no sea parte en el negocio, y este no surte efectos ya que no existe. En el caso de la anulabilidad, si nadie impugna el negocio, este surte sus efectos, pues se considera que los defectos han sido subsanados.

En el Derecho romano existen muchas maneras de designar las causas de nulidad de un negocio jurídico, (hasta treinta), siendo diferentes las causas para el *Ius Civile* y para el *Ius Honorarium*, pudiendo existir un defecto formal para el *Ius Civile* que en cambio no lo sea para el *Ius Honorarium*.

Para el *Ius Civile*, casi siempre se trata de defectos formales que provocan la nulidad, aunque también existen ejemplos de causas de anulabilidad como en el caso de la *querella inofficiosi testamenti*, acción empleada por el heredero forzoso que desea impugnar un testamento por considerar que en el mismo existe vicio o defecto.

En el *Ius Honorarium* son fundamentalmente causas de anulabilidad, existiendo diversos modos de pedir las:

- La *rectitutium in integrum*. La puede poner cualquier persona que crea que el negocio es nulo para que todo vuelva a estar como antes.
- La *denegatio actiones*: (Alguien pide una denegación de una acción porque está ante un caso de negocio jurídico no válido).
- Las *exceptiones*.

9.1 Causas de nulidad en el Derecho romano

- Las que afectan a la moral.
- Las que van contra una Lex perfecta
- Que el negocio carezca de cualquiera de los elementos esenciales: a) Que falte en

alguna de las partes o en ambas la voluntariedad (capacidad de obrar). b) Que no se cumplan las formalidades establecidas para cada tipo de negocio. c) Que el objeto del negocio sea imposible. d) Que no exista voluntad en cualquiera de las partes.

9.2. Vicios de la voluntad

• El error:

En el Derecho romano se admitía el respeto a la voluntad interna como principio, incluso en contra de la voluntad declarada. En el *Ius Civile* el error no se consideraba como causa de nulidad con carácter general. En estudios posteriores se fue admitiendo que, el error en determinadas circunstancias fuese aceptado como causa de nulidad tras analizar el caso concreto. El error puede ser de dos clases:

- a) *Error proprio*: error o ignorancia que vicia nuestra voluntad interna, de tal forma que nosotros erróneamente realizamos un negocio jurídico por creer sobre lo que creemos de ese negocio jurídico, o algún aspecto de él. El error está en nuestra voluntad interna. Ejemplo: cuando yo voy a hacer un negocio jurídico de compraventa y lo que estoy haciendo es una donación hay un error propio. *Error in negotio / in persona*.
- b) *Error impropio*: es el que recae sobre la declaración de voluntad, (es más bien un vicio de la declaración de voluntad). En el *Ius Civile* del Derecho Arcaico, era difícil que se produjese un error impropio. Cuando el pretor empieza a intervenir, abre cauces de posibilidad de que sea apreciado el error en los negocios jurídicos.

El Derecho romano tenía respeto a la voluntad interna y consecuentemente cuando esta voluntad estaba viciada por error el negocio jurídico, que surgiese sería nulo. El error que vicia la voluntad interna dará invalidez al negocio jurídico. No todo error afecta a la validez del negocio jurídico. El Derecho romano no establecía consideraciones de carácter general, sino que actuaba sobre casos concretos, con soluciones diferentes a cada caso.

• El dolo:

Se considera dolo cualquier maquinación engañosa que lleva a la otra parte a celebrar un negocio jurídico, que de no mediar dicha maquinación no hubiera celebrado.

• La violencia:

Es la coacción o amenaza que se ejerce injustamente sobre otra persona para obligarla a realizar un negocio jurídico. Los romanos no hablaban de la violencia sino de sus efectos, (el *metus* o miedo que producía la violencia). El *Ius Civile* clásico no considera el dolo ni el *metus* como vicios que invaliden un negocio jurídico, pero al final de la República, el Pretor comienza a arbitrar medidas para que los negocios afectados por dolo o *metus* puedan ser impugnados, así:

Cuando el afectado por *dolo* o *metus* era demandado para obligarle a cumplir con el negocio pactado bajo dichas circunstancias, este (la víctima) podía ejercer contra el demandante una *excepción* y se paraliza la demanda. También, sin necesidad de ser demandado, podía el afectado solicitar la *restitutio in integrum*.

Por vía penal podía solicitar la *actio dolis* o la *actio metus*. La primera para el engaño y la segunda para la violencia o coacción.

9.3. Discordancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad

Los romanos no hablan de discrepancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad. La discrepancia está en distinguir entre la verdad de lo actuado y la apariencia del negocio jurídico, es decir, lo que se quiso hacer y lo que se hizo.

Dentro de esto tenemos: el negocio simulado, la reserva mental, las declaraciones *locandi causa* y *docendi causa*, y el error impropio u optativo.

El negocio simulado, entraña una divergencia entre la apariencia de negocio, que crean las partes para engañar a un tercero, y la realidad que es la inexistencia de negocio u otro distinto del simulado: simulación de compraventa que es una donación.

La simulación absoluta es cuando se aparenta estar celebrando un negocio pero en realidad no se está celebrando ninguno, (el caso de una falsa venta para ocultar los bienes de cara a los acreedores, fraude de acreedores); la simulación relativa es cuando no se desea celebrar el negocio que se aparenta sino otro distinto, (el caso de compraventa entre cónyuges, cuando en realidad es una donación entre cónyuges).

El Derecho romano se basa en la *veritas actio*, se da valor a lo que se hace realmente y no a lo que se aparenta, siempre que ello no atente contra el ordenamiento jurídico. Con Justiniano y su magna obra *Corpus iuris civile*, se niega validez tanto al negocio simulado como al celebrado.

La reserva mental, consiste en que una persona consciente de lo que quiere, no manifiesta su voluntad, sino que la calla y manifiesta otra cosa intencionadamente. No es causa de nulidad, se da validez a lo manifestado. No tiene relevancia para el ordenamiento jurídico.

Las declaraciones *locandi causa*, son aquellas declaraciones que se hacen con el ánimo de bromear. No existe el negocio jurídico, aunque si alguien se considera perjudicado por una declaración de este tipo tiene derecho a reclamar por los perjuicios que haya podido sufrir.

Las declaraciones *docendi causa*, se producen con el ánimo de enseñar, tienen pues una finalidad docente.

El error impropio o error obstativo, es el error en la expresión de la voluntad.

10. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS NACIDOS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

La extinción de los derechos se opera por diversos modos, teniendo lugar principalmente por la enajenación, la renuncia, la pérdida del objeto y la prescripción extintiva.

10.1. Enajenación

Este modo de extinción, en un amplio sentido, equivale a transmitir a otro la propiedad de alguna cosa o un derecho determinado, bien a título lucrativo o bien a título oneroso.

En este concepto genérico, y para el Derecho romano, se comprendía la venta, la permuta, la donación, la disposición de última voluntad, es decir, y en general, todas las formas de cesión o traspaso de los bienes, cosas o derechos.

La enajenación así entendida era un acto de verdadera importancia jurídica, puesto que, a la vez que extingue, creaba o modificaba derechos, razón por la cual exigía, tanto en el enajenante como en el adquirente, las condiciones de capacidad legal necesarias para

consentir en el acto originario de la misma, y así, en un orden general, no podían enajenar ni aceptar enajenaciones los impúberos, los sujetos a la patria potestad, los esclavos, los furiosos o dementes, sordomudos, las mujeres, sin perjuicio de las incapacidades especiales para determinados negocios jurídicos establecidas en las leyes.

Solo el titular de la cosa o derecho podía enajenar, a menos de una prohibición de la ley, del contrato o de la voluntad del causante, debidamente manifestada, y, más tarde, del primitivo Derecho romano, pudo enajenarse en nombre de otro, cuando estaba facultado en forma para ello, *mandatario*, y asimismo, aún contra la voluntad del titular, puede haber lugar a la enajenación cuando los jueces o autoridades decretan el secuestro de los bienes, y también cuando los acreedores de las cosas dadas en prenda o hipoteca hacen uso de las facultades que para ello el Derecho les concede. Claro es que desenvolver en este momento toda la doctrina concerniente a las enajenaciones sería invadir la materia relativa a multitud de negocios jurídicos que han de ser estudiados al detalle en cada una de las instituciones privadas de nuestro Derecho.

Se alude a la idea de la enajenación en el *Digesto*, comprendiendo dentro de ella a la *usucapión*, al no uso de las servidumbres que ocasiona la pérdida de las mismas; se fijan asimismo, aparte de los requisitos especiales que deben mediar para la legitimidad del título por el cual se verifique, la capacidad del enajenante y del adquirente, la aptitud de la cosa y la tradición de la misma, con título justo.

Se declaran válidas, no obstante no ser dueño de las cosas, las enajenaciones de la prenda por el acreedor, las que por falta de metálico hace la autoridad de cosas de una herencia no *adida*, para pagar el entierro y funerales del difunto, procediendo siempre en primer lugar respecto a las cosas que no pueden conservarse y las que la propia autoridad hace para la custodia y conservación de bienes vacantes cuyo propietario fuere ignorado.

Del mismo modo se afirma, respecto a la capacidad, que todos los que legalmente pueden enajenar pueden adquirir, y si tienen impedimento en sus facultades intelectuales, ha de entenderse válida la adquisición si les ha sido ventajosa.

En relación a las cosas objeto de las enajenaciones, se declara con aptitud a todas las susceptibles de dominio por estar en el comercio de los hombres, corporales o incorpóreas, presentes o futuras, exceptuando las cosas sagradas, las cosas litigiosas y la herencia del que aún vive por el que espera adquirirla.

Al no existir título de enajenación, la entrega de la cosa no producía por sí sola transmisión de dominio. También el Derecho romano reguló casos especiales de enajenación de las cosas legadas y de los bienes pertenecientes a los pupilos y menores.

10.2. Renuncia

Es indiscutible que los derechos se dan para las personas y que estas pueden ejercitarlos a su favor. Si así es, no puede existir inconveniente alguno en admitir la renuncia de lo que a dichas personas pueda serles útil. Sin embargo, el principio no puede ser absoluto, ya que si una renuncia supone perjuicio para otro, o el derecho y el deber de una persona se encuentran tan íntimamente relacionados que al renunciar aquel y no cumplir este se originaría una perturbación jurídica que hiciera resentirse los fundamentos del orden social.

Por ello la renuncia nunca puede ir contra las leyes que afectan a la existencia y organización del Estado, como, por ejemplo, las referentes al estado y capacidad de las personas, las relativas a la organización de la propiedad territorial, las del puro derecho de familia y las pertenecientes a la sucesión que fijan las legítimas, las causas

de desheredación y solemnidades de los testamentos y demás disposiciones de última voluntad.

La renuncia, como abandono que es de una facultad que corresponde al individuo, se rige por sus fueros propios y no puede ser traslativa de derechos, porque caso contrario, se confundiría con la enajenación, y además porque no es necesaria la aceptación de la renuncia o cumplir formas determinadas para su validez, teniendo el carácter, por tanto, de un verdadero negocio unilateral. Esto no es obstáculo para que, si se tratase de derechos reales, sea preciso, además del *animus derelinquendi*, el material abandono de la cosa.

Objeto de una renuncia puede ser no solo los derechos actualmente existentes, sino también los eventuales y los futuros.

Basados en estos principios, Roma reguló la repudiación de la herencia, la renuncia del usufructuario en beneficio del propietario y la renuncia a las servidumbres prediales, por parte del propietario del fundo dominante.

10.3. Pérdida del objeto

No se comprende un negocio jurídico, ni, por tanto, un derecho del mismo resultante, si falta o desaparece el objeto de aquellos, que es un elemento esencial. Pero es desde luego incuestionable que según sea la relación jurídica, originará distinto efecto la pérdida de la cosa.

Puede indicarse que ext. de la *mora debitaras*.

10.4. Prescripción extintiva

Este modo de extinción de los derechos es llamado también prescripción liberatoria, y se produce cuando se ha dejado transcurrir por el titular del derecho o acreedor el tiempo dentro del cual podía utilizarse, para exigir, la correspondiente acción. Es una fuerza extintiva de las acciones y de todos los recursos de defensa del derecho, siendo de aplicación general a todos, sean de la clase, que quieran. Se ha tenido a la prescripción liberatoria como una regla de paz, orden y armonía social, a fin de dar seguridad y certeza a las relaciones de derecho, ya que no podemos permanecer inactivos si hemos de conservar nuestros derechos, puesto que un derecho que no se ejerce perece, y dejando de utilizar la correspondiente acción, si el derecho se desconoce o viola, la protección de la ley no puede ser indefinida.

Pero el simple hecho del transcurso del tiempo no puede extinguir el derecho, sino que es, preciso que, además de lo dicho, concurra otro elemento esencial, que es un acto o abstención por parte de una persona. Lo que caracteriza, pues, la pérdida del derecho es el no uso de los medios de defensa del mismo, la inercia de los procedimientos defensivos, que suponen un abandono o renuncia del derecho que existe a nuestro favor. La prescripción extintiva, por tanto, tiene que requerir como elementos esenciales la negligencia del titular del derecho y el lapso de tiempo señalado por la ley durante el cual el derecho no ha sido ejercitado.

En Derecho romano obraba la prescripción de esta clase, a modo de excepción, paralizando y haciendo inútil la acción. El derecho no se extinguía en realidad; pero prácticamente era lo mismo, puesto que al titular ya no le producía beneficio alguno. Paulo consignaba tal efecto, diciendo: *nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*. Se precisaba, en consecuencia, prevalerse de la excepción delante del magistrado o del juez, y aun así, el derecho existe todavía, puesto que tan solo se halla paralizado, y si la causa de la excepción llega a desaparecer, el derecho

recobra todo su poder, aparte de que, operando como excepción, solo puede ser opuesta a determinadas personas.

Por lo demás, la prescripción extintiva tiene que tener un comienzo legal, que se da cuando el derecho del titular es un acto positivo del sujeto pasivo de la relación, desde el momento en que tal hecho no se cumpla; si consiste en hacer, cuando el sujeto pasivo practica un acto contrario a la abstención a que está obligado, y si se trata de derechos reales, el momento de iniciación será aquel en que el titular del derecho pueda ejercitar su acción y no lo haya verificado.

Si la prescripción ha comenzado, no debe interrumpirse, ya que si tal cosa sucediese se inutilizaría aquella, bien se produzca por un hecho natural o por la intervención de la autoridad pública, y bien la produzca el propio titular del derecho, un representante suyo o un tercero con interés en que la prescripción no se produzca. Téngase presente, para concluir, que, aunque la prescripción es renunciable, siempre que esté ya consumada, no lo es, en cambio, el derecho a prescribir o renuncia anticipada de aquella, pues en tal caso la institución sería inútil e ineficaz y se producirían los trastornos y perturbaciones sociales que la prescripción trata de evitar. Y que esta prescripción estudiada produce los efectos señalados siempre que los derechos o acciones de que estos se hallan dotados sean prescriptibles, ya que algunos derechos privados, como los relativos al estado y capacidad de las personas, o algunas acciones, como las de división, al igual que los derechos públicos que derivan del poder del Estado, son totalmente imprescriptibles.

10.5. Otros medios de extinción de los derechos

Aparte de los antes expuestos, y no tan importantes como los que se acaban de consignar, podían perderse o extinguirse los derechos por perder el estado, *status*, la personalidad o la consideración a que estaban sujetos.

Asimismo tenía lugar dicha extinción por cumplirse la condición resolutoria o el tiempo de que dependía su duración.

De modo idéntico, por no tener interés en conservarlos aquel a quien corresponden, y, por último, cuando se le retiran a alguno sus derechos por mal uso que hace de ellos o en pena de algún delito.





TÍTULO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS REALES}

CAPÍTULO I Generalidades

Los Derechos reales fueron concebidos por los romanos como una relación inmediata entre el hombre y las cosas, independientemente de la relación con otros hombres. La característica que los distinguía de los otros derechos patrimoniales fue la estructura de la acción por la cual eran tutelados: la *actio in rem*. Esta, a diferencia de la *actio in personam*, que tutelaba los derechos de obligación y presuponia la existencia de un deber jurídico en una persona determinada afirmaba directamente la pertenencia de una cosa o de un derecho sobre la cosa y era ejercitable contra cualquiera que se interpusiera en esta relación entre el actor y el objeto de su derecho.

Por ello el Derecho real viene definido por los modernos como un *inmediato señorío sobre la cosa*. Sin embargo, no en todos los derechos reales este señorío tiene la misma amplitud de contenido. Él va desde un máximo en la propiedad, aunque es la figura más antigua y que atribuye toda facultad general e indefinible, hasta un mínimo, consistente en el ejercicio de una facultad singular, como, por ejemplo, en el derecho de pasar por la propiedad ajena.

Los derechos reales son generalmente tipos fijos que la voluntad de los constituyentes puede modificar solo en pequeñas partes. Las figuras conocidas por los romanos son la propiedad y una serie de derechos sobre las cosas ajenas (llamados *dura in re* por los antiguos y *iura in re aliena* por los intérpretes): servidumbre predial, usufructo y derechos análogos de uso, habitación y obras, *enfiteusis*, *superficie*, *prenda e hipoteca*. Estos dos últimos son llamados por los modernos derechos reales de garantía, en contraposición a los otros que son llamados derechos reales de goce y disfrute.

1. NOCIÓN DE DERECHOS REALES

En el Derecho real, fuera de la masa general obligada a abstenerse y a dejar obrar, no existen más términos, que la persona, sujeto activo, y la cosa objeto del derecho. Así no hay relación individual entre dos personas determinadas, ni vínculo, ni lazo que estreche una con otra. De aquí procede una diferencia radical en cuanto a la manera de ejercerse los derechos personales y reales.

Todo Derecho real lleva necesariamente consigo, para aquel que tiene ese derecho, la facultad de disponer de la cosa de una manera más o menos amplia. En las varias clases de estas disposiciones reside precisamente la variedad de los derechos reales.

A este lugar corresponden las teorías jurídicas acerca del dominio o propiedad, a que acompaña la facultad de disponer ampliamente de los bienes; acerca de la posesión cuya noción legal debe unirse íntimamente a la del dominio; acerca de los derechos reales, que no son más que desmembraciones o fracciones de la propiedad, y en fin acerca de los que no pueden ser verdaderamente considerados como tales desmembraciones.

En Roma se distinguen los Derechos reales reconocidos por el Derecho civil, los derechos reconocidos por el Derecho pretoriano y los amparados por la legislación imperial.

- a) Los Derechos reales reconocidos por el Derecho civil son:
 - La propiedad o *dominium ex jure quiritium*.
 - Las servidumbres personales usufructo, uso y habitación.
 - Las servidumbres reales o prediales.
- b) Los Derechos reales creados por el pretor o la legislación del imperio:
 - La propiedad *bonitaria*
 - La hipoteca (derecho pretoriano)
 - El derecho de *enfiteusis* y de *superficie* y el *jus in agro vectigali*, (derecho imperial)

2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

La clasificación de los Derechos reales se organiza en torno a una doble contraposición:

- Propiedad y posesión.
- Propiedad y derechos reales sobre la cosa ajena.

La propiedad: es el patrón de los derechos reales. No solo es el Derecho real por excelencia, sino que es el presupuesto de todos los demás, que por ello se llama Derecho real sobre una cosa ajena (*ius in re aliena*).

La posesión: Sucede lo mismo cuando el ordenamiento jurídico arrancando de la mera tenencia material de la cosa, la configura como una institución jurídica protegiendo de hecho al poseedor.

El ordenamiento jurídico, no admite que concurren derechos reales sobre una cosa sin la propiedad. El contenido de la propiedad está integrado por dos grupos de facultades: de uso y disfrute, por un lado, y de libre disposición por otro.

De aquí resulta la siguiente clasificación de los Derechos reales:

a) Derechos reales de goce y disfrute:

- Servidumbres prediales.
- Servidumbres personales: uso, usufructo, y habitación.
- Enfiteusis y superficie.

b) *Derechos reales de garantía:*

- Fiducia.
- Prenda.
- Hipoteca (pignus hipotecaria).

CAPÍTULO II

La Posesión

1. Definición

La posesión debe considerarse, primero como un hecho y luego como un derecho. Bajo el primer aspecto, la posesión (*nuda detentio, corporalis possessio, naturalis possessio*), es la detentación corporal de la cosa o el hecho material de tenerla en su poder, y la posibilidad física de disponer de ella. Bajo el segundo aspecto, la posesión (*possessio, possessio civilis*), se compone de dos elementos: el hecho, que consiste en tener la cosa de una manera cualquiera a nuestra libre disposición; y la intención, que consiste en la voluntad de poseer la cosa como propietario, en el caso mismo en que se supiese no serlo.

La posesión, aun cuando es un derecho, lleva siempre consigo la idea del poder físico que se tiene sobre la cosa, de aquí le viene su nombre de *possessio*, sinónimo de poder. Aquí se colocan las reglas jurídicas: sobre la adquisición de la posesión, en cuya materia se distingue; la ocupación que es la toma de posesión de una cosa que todavía no corresponde a nadie; y la tradición (*traditio*), que es la traslación de la posesión de una persona a otra; sobre los diversos efectos de la posesión, considerada ya como un hecho, ya como derecho y cuyos efectos varían según diversas circunstancias; y en fin, sobre la cesación del hecho o la pérdida del derecho de posesión.

La posesión es un poder de hecho, constituido por un elemento intelectual (*animus*) -la intención de comportarse como dueño- y un elemento físico (*corpus*), -poder ejercido sobre una cosa corporal- por una persona, sin que esta sea propietaria. Es pues, un poder físico que se ejerce sobre una cosa.

La posesión tal como la entendían los romanos, es el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario.

La teoría de la posesión se desarrolló lentamente en el Derecho romano, y más bien bajo la influencia de las necesidades prácticas que en virtud de ideas generales propiamente concebidas; de aquí la oscuridad que reinó sobre esta materia hasta el fin de la República; y de esto también la dificultad para explicar ciertas soluciones que no concuerdan entre ellas, por haber sido admitidas según las necesidades del momento sin ser deducidas de principios fundamentales.

2. GENERALIDADES Y EVOLUCIÓN JURÍDICA

El ejercicio de hecho de un poder sobre la cosa era llamado por los romanos *possessio*. 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; 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, el estado de hecho prescindiendo del estado de derecho y así, pues, aún en contra de este. 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 *possessores* 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. 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; y en el derecho justiniano la posesión del usufructuario, del superficiario y del enfiteuta. En estos casos, en efecto, aunque era en rigor solo 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 clam nec praecario*); si la había conseguido de otra manera era *sin justa* o *vitiosa*. Pero no obstante aunque fuese *injusta*, 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 fue calificada 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 solo estaba tutelada por los interdictos, sino aún por la *actio publiciana*, y por medio de la *usucapión* terminaba por transformarse en propiedad. Por ello es llamada por los intérpretes *possessio ad usucapiones* y en cuanto la usucapión exigía la buena fe era llamada también *possessione bonae fidei*.

Pero 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.

El 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.

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 parientes, los propios esclavos y los procuradores y, al menos en el derecho justiniano, 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 solo uno de los dos elementos. Sin embargo, no se tardó mucho en admitir que ella podía ser conservada

aún 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 estas en un juicio normal.

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*).

3. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

Para poseer es necesario el hecho y la intención, Se posee *corpore* y **ánimo**:

- a) *Corpore*: Es el elemento material y es para el poseedor el hecho de tener la cosa físicamente en su poder.
- b) **Ánimo**: Es el elemento intencional, y es la voluntad en el poseedor, de conducirse como amo con respecto a la cosa; es lo que los comentaristas llamaban el *animus domini*.

Todos los que reunían estos dos elementos poseían en realidad, y eran: el propietario; el que había adquirido una cosa recibiendo tradición a *non domino*; y el mismo ladrón, toda vez que con la retención material de la cosa robada es su voluntad disponer de ella como si fuese el amo.

Al contrario, no poseen los que no pueden tener intención de obrar como amo, con respecto a la cosa, aunque la tengan a su disposición, porque el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento de la propiedad de un tercero, es decir, que son el instrumento de la posesión de otro, y por eso no tienen ellos mismos la posesión, sino una sencilla detentación. Tales son: el colono, el usufructuario, el depositario, el comodatario y en general, todos los que están en una situación análoga. Sin embargo, hay algunos, principalmente el acreedor asalariado y el precarista, que son tratados con ciertas consideraciones y protegidos como si fueran poseedores.

Para precisar la distinción entre los poseedores y los retentores hay que precisar que la detención no es solamente un hecho. No va sin cierto *animus*, que es para el detentador la conciencia de tener la cosa materialmente en su poder, la voluntad de retenerla, que se denomina *affectio tenendi*. Por eso un loco o un pupilo *infans*, no pueden retener una cosa, aunque esté bajo su mano, lo mismo que una persona que

esté durmiendo, porque no tendría conciencia de este estado de hecho. Pero no hay que confundir el *animus* o *affectio tenendi* con el *animus domini*.

4. CLASES DE POSESIÓN

Los romanos distinguieron varias clases de posesión: la posesión justa e injusta y la posesión de buena y mala fe.

La *posesión es justa* cuando se adquiría sin perjudicar a un anterior poseedor, esto es, que se adquiría sin vicios. Por eso también se le llamaba posesión no viciosa.

La *posesión injusta* implica lo contrario: al adquirirla se dañaba a otro poseedor; esta posesión se conoció como posesión viciosa y aparecía cuando se adquiría violentamente (*vi*), clandestinamente (*clam*); o en virtud de un precario, cuando el que tenía una cosa que se le había concedido en uso se negaba a devolverla.

Un poseedor puede ser de buena o mala fe. Es de buena fe si se cree propietario y será de mala fe si ha tomado posesión de alguna cosa sabiendo que pertenece a otro.

En todos los casos, sea de buena o mala fe, si el poseedor es perturbado en su posesión o es despojado por un tercero, podía dirigirse al pretor, quien, preocupándose únicamente de proteger la posesión por ella misma, se la conservaba o la hacía restituir por medio de una decisión llamada *interdicto*. Poco importa que el ataque a la posesión viniera del verdadero propietario o de otra persona; el resultado era el mismo, pues solo se trataba de regular una cuestión de posesión y no de propiedad. El propietario que quería hacer respetar su propiedad debía recurrir a las vías de Derecho, esto es, a la *rei vindicatio*, y no a vías de hecho, pues no era necesario que se haga justicia él mismo. Es con objeto de que no se altere el orden público por lo que el pretor intervenía en favor del poseedor.

La protección de los interdictos es la única ventaja que procura la posesión de mala fe; pero el Derecho civil concede, además, a la posesión de buena fe efectos muy importantes. El poseedor de buena fe adquiere los frutos de la cosa que posee; mientras dura su buena fe. Además, se hace propietario por *usucapión* si su posesión se prolonga hasta el tiempo fijado, entonces la posesión, estando en el mismo caso, es fuente de una ventaja muy considerable, esto es, de la adquisición de la propiedad.

5. PROTECCIÓN POSESORIA

El poseedor cuenta con los interdictos para demandar el reconocimiento o protección de su posesión frente al despojo. Existen dos grupos de interdictos para proteger la posesión. Unos se ejercen ante la amenaza de despojo y son aquellos los que sirven para retener la posesión (*interdicta retinendae possessionis*); se utilizan antes de que el despojo se consume, esto es cuando alguien perturba la posesión. Los otros se utilizan cuando el despojo ya se realizó, para pedir la restitución del objeto: son los interdictos que sirven para recuperar la posesión (*interdicta recuperandae possessionis*).

5.1. *Interdicta retinendae possessionis*:

En este grupo de interdictos que se utilizan para retener la posesión de bienes inmuebles, que se llama *interdicto uti possidetis*, y otro que se utiliza para la conservación de bienes muebles y se llama interdicto *utrubi*.

a) *Interdicto uti possidetis*:

Este interdicto servía para conservar o retener la posesión de bienes inmuebles. Se otorgaba al que estuviera poseyendo, vale decir, al poseedor actual del inmueble, para que se defendiera de cualquier perturbación. De este modo el poseedor lograba mantener la posesión actual, siempre y cuando esta no fuera viciosa, pues si la había obtenido con violencia, de forma clandestina o en razón de un precario, en relación con el adversario, el pretor le ordenaría devolver el inmueble. De ahí que aunque este interdicto se considera de carácter prohibitorio, pudiera fungir en este último caso, como un interdicto para recuperar la posesión y tuviera también carácter restitutorio. Por otro lado el interdicto *uti possidetis*, es un interdicto dúplex, porque cualquiera de los litigantes podía tener el papel de demandante o de demandado, por ello el magistrado lo dirigía a ambos, en los mismos términos, ordenándoles no perturbar la posesión actual.

b) *Interdicto utrubi*

Este interdicto se usaba para conservar la posesión de bienes muebles. Se otorgaba al litigante que hubiera poseído el objeto en cuestión por más tiempo durante el último año. Por lo tanto, era también un interdicto dúplex, y al igual que en el caso anterior, aunque su carácter fuera esencialmente prohibitorio, también podía servir para recuperar la posesión.

5.2. Interdicta recuperandae possessionis

Entre los interdictos que sirven para recuperar la posesión, existen tres importantes:

- a) *Interdicto hunde vi*: Este interdicto servía en los casos en que se era desposeído por la fuerza, esto es, violentamente, de un inmueble. Aparecía en dos formas distintas: de *vi* y de *viarmata*, esta última se utilizaba para defenderse cuando la desposesión se había realizado con la ayuda de hombres armados.
- b) *Interdicto de precario*: Este interdicto lo otorgaba el magistrado para pedir la restitución de una cosa mueble o inmueble, que se había dado a título de precario, cuando el precarista se negaba a devolverla.
- c) *Interdicto de clandestina possessione*: Este interdicto se daba contra la desposesión oculta y maliciosa de un inmueble.

6. LAS COSAS QUE PUEDEN SER POSEÍDAS

Del análisis de los elementos que se compone la posesión, los jurisperitos han deducido que solo puede tener por objeto cosas susceptibles de propiedad privada y corporales.

No se puede poseer las cosas de las cuales no se pueda tener la propiedad, como las cosas sagradas y las sepulturas, por ser imposible tener la voluntad de conducirse como amo con respecto a ellas.

Las cosas incorpóreas tampoco pueden poseerse, puesto que no se las puede retener materialmente *corpore*. Sin embargo los jurisperitos terminaron por extender la idea de posesión a las servidumbres, y por admitir que pueden ser objeto de una *quasi possessio* o *possessio iuris*.

7. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Para adquirir la posesión hay que reunir los dos elementos del que se compone: La detención material de la cosa, y la voluntad de disponer como dueño. La posesión se adquiere por el *hecho* y por la intención: *corpore et animo*. Además, no es necesario para realizar la primera condición estar en contacto directo con la cosa, o si es un campo, poner el pie sobre todas sus parcelas; es suficiente con tenerla a su disposición.

De la necesidad de un *animus domini* personal en el poseedor resulta que las personas incapaces de tener una voluntad, el *infans* y el *furioso*, los municipios, en principio, no podían adquirir la posesión. Las necesidades prácticas obligaron a admitir moderaciones a esta regla:

- a) Para el pupilo *infans* y el loco en curatela se decidió que los tutores o curadores, obrando en nombre de sus incapacitados, les hiciesen adquirir la posesión, aunque el *animus domini* no se pudiese concebir en ellos; suplía la voluntad del tutor o del curador. Esta solución fue dada hacia el fin del siglo I de nuestra era.
- b) Para los municipios parece que el progreso fue un poco más lento, aunque en la época de Ulpiano se admitía que podían adquirir la posesión para sus esclavos y lo mismo por una persona libre.

En el modo de adquirir se podía por uno mismo o por intermedio de otro. Es necesario realizar un acto de aprehensión material de la cosa (*corpus*); y además, debe haber la intención (*animus*), de ejercer sobre ella un cierto control no siendo necesario el *animus domini*, pero únicamente el *animus posesorio*.

8. PÉRDIDA DE POSESIÓN

Se cesa de poseer cuando se pierden a la vez los dos elementos que forman esta posesión. Es lo que ocurre cuando, por ejemplo, la cosa llega a perecer, o cuando el poseedor se deshace de ella voluntariamente, abdicando el *animus dominien* a beneficio de un tercero.

Pero como la posesión supone reunidos el hecho y la intención, se pierde también desde el momento en que el poseedor cesa de tener el uno o el otro.

De este modo, la posesión se pierde *animo solo*; esto no quiere decir que cuando el poseedor no piense ya en la cosa que posee, pero si cuando tiene firme propósito de renunciar a ella. Además, para perder la posesión no es necesario que otro la quiera, es suficiente con que ya no quiera tenerla.

La posesión, también se pierde *corpore solo*, cuando sobreviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a su voluntad, ejerciendo físicamente su poder sobre ella. Por eso el poseedor de una cosa cesa de poseerla cuando el sitio donde se encuentra se hace para él inaccesible cuando la ha perdido, ignorando en absoluto donde se encuentra; y cuando otra persona se queda con ella clandestinamente o por violencia. Pero la posesión no se pierde *corpore* cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa. Continúa poseyéndola *animo suo, corpore alieno*, porque el tercero retiene la cosa por cuenta del poseedor, en quien reside el *animus*; es el instrumento de su posesión.

La pérdida de la posesión *corpore*, resultado de un hecho ajeno a la voluntad del poseedor, podía realizarse aun siendo el poseedor un incapaz, como un *furioso* o un

pupilo, ocurriendo lo contrario con la pérdida de la posesión animo *solo*, pues solo era posible para aquel que fuera capaz de disminuir su patrimonio por un acto de su voluntad. El furioso no podía perder de esta manera una posesión adquirida válidamente, puesto que no tiene voluntad; y lo mismo el pupilo tampoco podía dejar de poseer *ánimo* sin la *auctoritas* de su tutor.

Las reglas expuestas sobre la conservación y pérdida de la posesión son aplicables a las cosas muebles, pero para los inmuebles acabaron por prevalecer principios más amplios, en efecto, los actos de posesión son menos frecuentes sobre un inmueble, aparte de que en ausencia del poseedor, puede un tercero invadir el fundo, haciéndole perder la posesión, aun sin su noticia. Este peligro era en extremo grave para ciertos pastos, donde solo se llevaban a pacer los rebaños durante una estación: *saltus hyberni o aestivi*. Por eso se admitía que la posesión de estos fundos de tierra sería retenida *ánimo solo*; es decir, que el poseedor conservaría siempre la posesión, aunque algún tercero hubiese ocupado el fundo durante su ausencia, y sin su conocimiento.

Sin embargo, si la invasión de un inmueble sin noticia del poseedor no le hacía perder la posesión, esta situación no se prolongaba definitivamente. Cesaba al ser informado de esta ocupación; desde entonces, si expulsa al invasor, continúa poseyendo; en cambio, pierde la posesión si por miedo o negligencia permanece inactivo, o si, procurando recuperar el fundo, le rechazan a él a viva fuerza.

Condición necesaria para la adquisición de la posesión es la concurrencia de sus dos elementos: *corpus* y *animus*. Por tanto, condición suficiente para que se pierda es la desaparición de uno de ellos: *corpus* o *animus*.

Una aparente excepción a estas reglas lo constituye el caso de los servos fugitivos, donde se admite, no obstante, que se retenga la posesión. (Una excepción que confirma la regla). En efecto, los juristas clásicos se cuidan bien de advertir que la continuación de la posesión se admite *utilitas causa*: por causa de utilidad, por tanto, pues de lo contrario sería suficiente la voluntad del esclavo para privar de la posesión a su amo. En definitiva, es la valoración social del *corpus* y *animus* el elemento de carácter mutable que resulta decisivo a la hora de determinar la adquisición de la posesión (así como para su conservación o pérdida). Esta valoración llevará a unas mayores exigencias en la adquisición originaria que en la derivativa. Así, por ejemplo, en la caza no se toma posesión del animal herido, sino que es necesaria la aprehensión efectiva, pues pueden suceder muchas cosas que impidan la captura.

La cualidad física de la cosa es esencial para la posesión. Así resulta decisiva la naturaleza mueble o inmueble de la cosa. En los bienes muebles, que pasan de mano en mano, el problema es mucho menos que en los inmuebles, donde la valoración social es decisiva. Aquí asistimos a un proceso de espiritualización de los requisitos de la *traditio*, que va desde la exigencia de hacer recorrer a enajenante y adquirente los linderos de la finca, a requerir, simplemente, entrar en ella, señalando los linderos, o a entregar la vacía posesión con un acto de desapoderamiento por parte del enajenante. En un texto de Celso se llega, incluso, a admitir la entrega de la posesión de una finca, subidos comprador y vendedor a una torre, y señalando este último los linderos de la misma (*traditio longa manu*).

Por lo demás hay una porción de casos, referidos a muebles e inmuebles, donde la valoración que hace la conciencia social lleva a una cierta espiritualización de la *traditio*:

- a) *Traditio clivia alud chorrea*: La entrega de las llaves de un almacén donde se guardan mercancías equivale a la entrega de las propias mercancías, cuando esta operación

se hace *alud horrea*, junto al propio almacén. No se trata de una *traditio symbolica*, pues las llaves, lejos de ser un mero símbolo, sirven para algo tan concreto como es abrir el almacén y establecer el contacto físico con la cosa.

- b) *Signatio mercium*: Es el señalamiento de las mercancías con una contraseña (una marca) por parte del adquirente es considerada por algunos clásicos como una *traditio*. Aunque algunos creen que esta operación se efectúa solo para que no se cambie la mercancía.
- c) *Traditio brevi manu*: La tradición abreviada se da cuando el *accipiens* tiene ya en su poder la cosa (posesión natural). En este caso, no es necesaria una entrega real de la posesión. Así por ejemplo, cuando un arrendatario compra la finca dada en arrendamiento y pasa a poseerla él mismo.
- d) *Constitutum possessorium*: Es el caso contrario a la *traditio brevi manu*, una persona que poseía *nomine proprio*, pasa a poseerla *nomine alieno*. Así por ejemplo, una persona que era dueño de una finca, y la poseía *nomine proprio*, pasa a poseerla como *arrendatario nomine alieno*. Aunque parezca que en ambos casos hay un claro paralelismo, hay una profunda diferencia entre ellos: en la *traditio brevi manu* una persona que tenía un contacto físico con la cosa, sigue teniéndolo; en la *constitutum possessorium*, una persona que no tenía el contacto físico con la cosa, sigue sin tenerlo.

Este parece chocar además con el principio de que nadie puede cambiar para sí la causa de la posesión (*nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest*), es decir, que si una persona posee como arrendatario, por ejemplo, no puede, por decisión propia, pasar a poseer en concepto de dueño.

En un texto de Celso, aparece una clara contraposición entre *possessio nomine proprio*, y *possessio nomine alieno*; la primera es una verdadera posesión, la segunda una mera *possessio naturalis*. Por eso la construcción dogmática de Celso resulta acertada:

- 1) Lo que poseo en nombre propio (posesión jurídica), puedo pasar a poseerlo en nombre ajeno (como mero detentor).
- 2) Si no cambio por mí la causa de la posesión, pues dejo de poseer y hago a otro poseedor por mediación mía.
- 3) Pues no es lo mismo poseer (jurídicamente), que poseer en nombre ajeno: pues posee aquel para quien se posee.
- 4) El procurador presta sus servicios para la posesión ajena.

Este último punto tiene importancia fundamental, pues revela que los romanos no admitieron el *constitutum possessorium* con carácter general, sino que se trataba de una adquisición por procurador. Y se ve que el *constitutum possessorium* es un caso de adquisición a través de representante. Aquí rigen en Derecho clásico reglas especiales:

- 1) Personas sujetas: el *paterfamilias* adquiere la posesión a través de los hijos sometidos a potestad o esclavos, pero él mismo debe tener animus.
- 2) En el caso del procurador se admite también que este adquiera la posesión para su principal.

- 3) Fuera del caso del procurador, el Derecho clásico no admite la adquisición de la posesión a través de persona extraña.

9. ENTRE LO FÁCTICO Y LO NORMATIVO

El estudio de la posesión comienza con una paradoja. Aparentemente se trata de una noción sencilla, casi intuitiva: la tenencia material de una cosa, dejando de lado el derecho que se tenga a ella o cómo se haya producido. Y, sin embargo, hay pocos conceptos en la ciencia del Derecho que hayan sido tan discutidos.

La razón es que en el fondo de toda problemática late la oposición entre lo fáctico y lo normativo. Cuando se afirma taxativamente que la posesión es la más tangible de las instituciones jurídicas, hay que matizar en el siguiente sentido:

La institución jurídica de la posesión, aun emanando de un hecho tan tangible como es la tenencia material, el contacto físico con la cosa, se separa de este punto de partida, al no vincular necesariamente a esa tenencia material consecuencias jurídicas. La institución jurídica de la posesión ya no resulta así tan tangible.

Al principio parece como si el ordenamiento jurídico pudiera prescindir, incluso, de definir la posesión, pues ¿para qué definir algo que todos percibimos hasta con los sentidos, como es el contacto físico con la cosa?

Sin embargo, no es así. El problema nace en cuanto el ordenamiento jurídico vincula consecuencias jurídicas a un tipo de tenencia material y a otro no. De este modo, el ordenamiento jurídico se enfrenta al problema de cuando lleva la adquisición de la posesión a la de la propiedad.

- ¿Qué requisitos deben darse para que el hecho se transforme en derecho?
- ¿Cuándo habrá de proteger el ordenamiento jurídico al hecho de la posesión, en sí, por sí, y cuándo no?

Los juristas clásicos resuelven estos dos problemas con una doble antítesis:

- *Possessio naturalis - possessio civilis* y
- *Possessio naturalis - possessio ad interdicta*,

Antítesis que tiene su encaje sistemático en el *lus Civile* y el *lus Honorarium* respectivamente. En el Derecho postclásico se oscurecen estas distinciones al confundirse los dos órdenes *lus Civile* y *lus Honorarium*.

El punto de partida es claro: contraposición entre hecho y derecho, por una parte, y, por otra, superación de esta antítesis con la síntesis, que implica el hecho productor de consecuencias jurídicas.

Cuando aparece el ordenamiento jurídico, estableciendo dentro de una sociedad unas normas y reconociendo la propiedad privada, entonces nos hallamos ante el dualismo: *hecho* (posesión natural) - *derecho* (propiedad) y, además, ante el problema de su superación por vía de síntesis: el hecho productor de consecuencias jurídicas (la posesión jurídica).

Para comprender la evolución jurídica desde el punto de vista romano conviene separar el Derecho clásico del postclásico y justinianeo y dentro del primero, el *lus Civile* y el *lus Honorarium*.

A) Derecho Clásico:

En el Derecho clásico hay una doble antítesis:

- a) *Possessio naturalis-possessio civilis*: Los juristas clásicos contestan a la pregunta de cuándo la adquisición de la posesión lleva a la adquisición de la propiedad exigiendo una *iusta causa*. *Possessio civilis* es equivalente a *possessio ex iusta causa*. Ahora bien, hay dos tipos de causas netamente contrapuestos, que se refieren, respectivamente, a la adquisición originaria (*possessio pro suo*) y la derivativa (*todos los demás*).

Para el estudio de la adquisición derivativa conviene partir de tres textos de Gayo que nos llevarán a profundizar en la tradición (*traditio*) y en la usucapión (*usucapio*).

Hay tres pasajes de las Instituciones de Gayo que permiten llegar a una idea clara de la unidad de *iusta causa traditionis* y *iusta causa usucapiendi* en la Roma clásica. Tratan de los supuestos siguientes:

1. Entrega de una *res nec Mancipi*, verificada *ex iusta causa* por el *dominus ex iure Quiritium*.
2. Entrega de una *res Mancipi*, realizada *ex iusta causa* por el *dominus ex iure Quiritium*.
3. Entrega de una cosa, *Mancipi o nec Mancipi*, verificada *ex iusta causa* por un *non dominus*.

En los tres casos está presente la diversidad entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, que constituye la espina dorsal de los Derechos reales en la época clásica, pero también late en ellos la contraposición entre *Ius Civile* y *Ius Honorarium*, cuyas soluciones vienen a entrelazarse armónicamente sin confundirse; al exponer conjuntamente tradición y usucapión se evita la tradicional lluvia de requisitos en la *usucapio*: *res habilis, titulus, fides, possessio* y *tempus*. Partiendo de la *traditio*, no solo se comprenden los requisitos que hacen falta para usucapir, sino también el vicio que la usucapión está llamada a subsanar.

Hay una gran diferencia entre las *res Mancipi* y las *nec Mancipi*, y se explica desde el punto de vista de su adquisición; las *res nec Mancipi* se hacen de otro *pleno iure* (es decir, tanto por Derecho Civil como por Derecho Honorario) por la propia entrega (*traditio*), con tal que sean corpóreas y, como tales, susceptibles de tradición.

1. La *traditio* de una *res nec Mancipi* efectuada en virtud de una *iusta causa* por el propietario de la misma lleva a la adquisición inmediata del *dominium pleno iure*.
2. La *traditio* de una *res Mancipi* en virtud de una *iusta causa* hecha por el propietario de la misma no lleva a la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*, pues se han omitido las formalidades de la *Mancipatio* o de la *in iure cesio*. De momento se adquiere la cosa *in bonis* y solo con el transcurso del tiempo de la usucapión se adquirirá el *dominium pleno iure*.
3. La *traditio* de una *res Mancipio nec Mancipi* en virtud de una *iusta causa*, efectuada por un *non dominus* lleva a la adquisición del *dominium pleno iure* con el transcurso del tiempo, si el adquirente la recibió de buena fe. Y, por supuesto, no debe existir una prohibición legal que impida la usucapión. Siguiendo la tradición romanística hablaremos aquí de *res habilis*.

b) *Possessio naturalis - possessio ad interdicta:*

Esta distinción, que se hace en el ámbito del *Ius Honorarium*, persigue la finalidad de separar los casos en que la tenencia material no está protegida, de aquellos otros en que está protegida por los interdictos.

Respecto a la propiedad, que es un derecho, el problema ni se plantea, pero la naturaleza de la posesión como hecho hace surgir una pregunta. Savigny responde a ella diciendo que se tutela a la posesión para proteger la paz social, en tanto que para Ihering se protege a la posesión por ser la imagen externa de la propiedad, su posición avanzada, de manera que protegiendo a los poseedores, protegeremos también a los propietarios de rechazo.

Si nos fijamos en una primera época, en plena expansión romana, en que el pretor protege por medio de interdictos la posesión del *ager publicus*, tendremos que dar la razón a Savigny. En cambio, si nos centramos en plena época clásica entonces tendríamos que seguir a Ihering. Existe cierto paralelismo entre la propiedad y la posesión como hecho productor de consecuencias jurídicas.

El problema es también el determinar los requisitos que deben concurrir para que se dé la protección interdictal. Savigny en una monografía sobre la posesión aparecida en 1804, cuando solo contaba con 24 años, llegó a una construcción unitaria.

La posesión consta de dos elementos: uno material, *el corpus possessionis*, y otro espiritual, *el animus dominii*:

- El corpus es la tenencia material, el contacto físico con la cosa.
- El animus es la intención de tratar la cosa como propia. Hay tres casos que no encajan en esta teoría:

El acreedor pignoraticio: persona que recibe una cosa en prenda.

- *El secuestrario:* persona que recibe una cosa litigiosa en depósito con el encargo de que la entregue al vencedor del litigio.
- *El precarista:* persona que recibe la posesión de una cosa con carácter libremente revocable.

Estas tres personas están protegidas por los interdictos y, sin embargo, es evidente que no tienen intención de tener la cosa como propia. Savigny, que no desconoce este hecho, trata de salir de la aporía, con una posesión transmitida por el titular originario. Por tanto, se trataría de excepciones expresamente reconocidas por el Derecho objetivo.

El punto más débil de esta teoría lo constituye, la explicación dogmática de la posesión derivada. A partir de Bonfante la moderna romanística ha tendido, en cambio, a justificar los tres casos, atendiendo a las concretas circunstancias históricas de que surgen:

- *El precario:* habría sido en sus comienzos una relación casi feudal de vasallaje, pues las tierras dadas en precario eran las concedidas por los patricios a sus clientes;
- *El secuestrario:* con el tiempo tiende a confundirse con la del depositario, en tanto que sus orígenes hay que ir a buscarlos en la antigua *legis actio sacramento*

in rem, donde hasta la sentencia, se atribuía interinamente la cosa a uno de los litigantes.

- *El acreedor pignoraticio*: que, en principio, no tenía un derecho real, hubo de hacerse sentir pronto su necesidad de protección.

La evolución ulterior lleva a incluir en la protección posesora al *usufructuario*, *enfiteuta* y *superficiario*, pero se siguen excluyendo a aquellos poseedores que poseen en virtud de una relación meramente obligatoria, tales como arrendatario, depositario (con la excepción que ya hemos visto, del *secuestratario*) y *comodatario*.

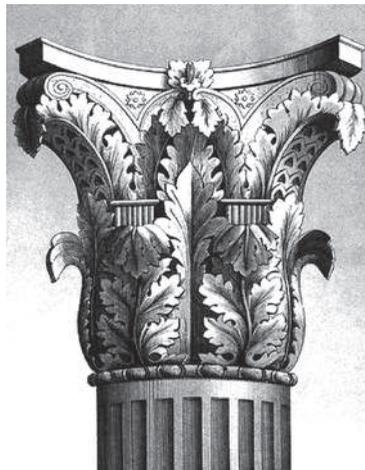
Con todo ello volvemos a la polaridad entre lo fáctico y lo normativo: el Ordenamiento jurídico no reconoce al arrendatario, pongo por caso, una posesión jurídica (como consecuencia no lo protege con los interdictos) a pesar que tiene la tenencia material de la cosa; en cambio, el arrendador, que no tiene el contacto físico con la cosa, es considerado por el Derecho como poseedor jurídico y, por tanto, goza de protección interdictal. La norma se separa así del mundo de los hechos, y la posesión, que había arrancado de un hecho tan sencillo como la tenencia material de la cosa, al separarse de ella, deja de ser la más tangible de las instituciones jurídicas.

B) Derecho posclásico y justiniano

En el Derecho postclásico y justiniano se producen profundas innovaciones en materia de posesión:

En primer lugar, al confundirse las esferas de *Ius Civile* y del *Ius Honorarium*, aparece en lugar de la doble dicotomía *possessio naturalis-possessio civilis* y *possessio naturalis-possessio ad interdicta*, la tripartición *possessio naturalis, ad interdicta, civilis* tendiendo a ofuscar la distinción entre estas dos últimas.

En segundo lugar, se tiende a hacer del *animus* el centro de la teoría de la posesión, olvidando la *possessio ex iusta causa*. Finalmente, aparece la figura de la posesión de derechos, que ha de ser concebida como el ejercicio de hecho de un derecho. Es decir, que si consideramos que la posesión es el ejercicio de hecho de un derecho, es indiferente que sea la propiedad o un derecho como el usufructo, las servidumbres, la superficie... Los clásicos no llegaron por supuesto a difuminar tanto el contacto físico con la cosa, hasta el punto de incluir los derechos, es decir, cosas incorpóreas, como objeto de la posesión.



CAPÍTULO III

De la Propiedad

1. GENERALIDADES

La propiedad es el primero y el paradigma de todos los Derechos reales.

En el Derecho romano no encontramos definiciones sobre la propiedad. No eran partidarios de definir, pues puede ser peligroso. Justiniano no se ocupó de recoger definiciones, sino casos prácticos y eso es lo que nos ha llegado hasta nosotros.

«La propiedad es el derecho de disponer de una cosa sin más limitaciones que las que impongan la fuerza y el Derecho».

«La libertad es el derecho de hacer lo que uno quiera a no ser que lo impida la fuerza y el Derecho».

Las dos definiciones son similares. En el Derecho romano, la propiedad es el derecho de disponer de una cosa. El latín utiliza la misma palabra para designar la sujeción de una cosa a otra: *Servitus* = siervo, esclavo (hombre sujeto a otro hombre) *Servitus* = servidumbre, alude a que una cosa que es de mi propiedad está siendo utilizada por otra persona. Otra forma de definir la *propiedad* es enumerando todas las facultades que comprende el Derecho de propiedad que son:

1º Derecho de usar las cosas.

2º Derecho de disfrutar de las cosas.

3º Derecho de disponer de las cosas.

4º Derecho de reivindicarla cuando nos han privado de ellas.

Por lo tanto se puede, decir, que el derecho de propiedad es una suma de facultades que tiene el hombre sobre las cosas.

Otra forma de definir a la propiedad es la siguiente: Es la plenitud del Derecho que al hombre puede corresponder sobre una cosa, es el señorío jurídico más general en acto o en potencia que al hombre le puede corresponder sobre la cosa. Decimos en *acto* o en *potencia* por lo siguiente:

- *En acto*: es la situación actual (lo que somos).
- *En potencia*: situación futura (lo que podemos ser) porque puede haber limitaciones.

Ese señorío jurídico pleno puede estar limitado como consecuencia de que sobre la cosa puede haber Derechos Reales menores, es decir, facultades del propietario que hayan pasado a otra persona. No puedo recoger sus frutos, ya que le corresponden al usufructuario, pues he trasladado esas facultades a él. Esas facultades se han desgajado del propietario y han ido a parar a otra persona. Sigue siendo propietario, pero no tiene esas facultades.

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 *dominus*, con frecuencia lo calificaban como el señorío más general sobre la cosa. El término *proprietas*, que significa la pertenencia, se difunde solo 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 solo 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 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 civiles*, tan solo por los *cives*, a los cuales fueron más tarde equiparados los *latini* provistos del *commerciumn*. Después de la introducción de los modos de adquisición *ius 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 d. C., que concedía a todos la ciudadanía romana.

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

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 sitios en las primeras eran llamados *stipendiani*, 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 estos 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 civiles*. En tal caso, hasta que el adquirente no fuese considerado *dominus* por la usucapión la propiedad correspondía civilmente al enajenante. Si por el contrario este 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 Mancipium nudum ma*, 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 *dúplex dominium*; por un lado el *dominium* pleno, por otro el *dominium* dividido en *nudum ms Quiritium* *in bonis habere*. Pero habiendo dejado de ser consideradas las formas solemnes y la distinción entre *res Mancipi* y *neo Mancipi*, desaparecieron también estas distinciones, porque el *in bonis haberes* fue concebido como *dominium*, hasta tal punto que Justiniano abolió la expresión *nudum iu 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 *quintana* y provincial y la de propiedad civil y pretoria, en el derecho justiniano se vuelve así, a un concepto unitario de la propiedad, que no tuvo y nunca más necesidad de tantas calificaciones.

2. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

La propiedad es el señorío jurídico que comprendían acto o en potencia todas las cosas que pueden corresponder al hombre sobre las cosas (en acto, lo que son; en potencia lo que pueden ser).

2.1. Limitaciones fundadas en intereses particulares o en beneficio de los vecinos

a) En la ley de las XII Tablas: Se conocen las siguientes limitaciones:

1. El derecho del dueño de una finca para entrar en la finca vecina, en días alternos, para recoger las bellotas caídas en la finca del otro.
2. El derecho del dueño de una finca a pedir el corte de las ramas de un árbol del fundo vecino proyectado en el fundo propio, o de cortarlas por sí mismo hasta una altura de 15 pies.
3. Las aguas deben discurrir, por los fundos, de una manera natural, luego, se le prohibía al propietario de una finca hacer obras o utilizar algún mecanismo que altere el curso natural de las aguas. (*actio aquae pluviae arcendae*)

b) En épocas sucesivas:

- 1º En Derecho clásico se prohíbe que las propias construcciones oscurezcan la casa del vecino.
- 2º En Derecho clásico, cualquier nuevo edificio debe construirse a 12 ó 15 pies del edificio del vecino y, la altura no puede ser superior a los 100 pies.
- 3º Cualquier individuo va a tener derecho a pasar por mi finca si por ejemplo tiene un sepulcro enclavado -en precario-. (En Derecho Justiniano se convierte en servidumbre de paso).
- 4º El propietario de un fundo debe evitar los humos en la casa del vecino, solo se admiten los considerados normales.

Hay una acción en el Derecho romano para proteger el curso normal de las aguas, así pues, el vecino, puede pedir del pretor que se destruya la obra realizada.

Las dos categorías existentes, es decir, por razón de relaciones de vecindad (privados) y por razón de interés público, las conocieron los romanos.

Puede haber colisión entre un interés particular o privado y un interés público, cuando sucede esto los problemas son menores.

2.2. Limitaciones fundadas en interés público

- 1º Está prohibido demoler un edificio propio para especular con los materiales. De ahí que se conserven en la actualidad edificios romanos.
- 2º La expropiación forzosa, que es la privación de un bien patrimonial por una causa de interés público o social previa la correspondiente indemnización (*justiprecio*). En el Derecho Romano no se conoció la expropiación forzosa. Es una técnica moderna. El Pretor en Roma, con su poder de mando actuaba y administraba justicia. Nada tenía de particular que a la par que ordenara, administrara justicia (gobernador provincial magistrado).
- 3º Las minas. En Derecho romano clásico las minas se decían que estaban situadas desde *el suelo hasta el infierno*. El propietario de la mina era el propietario del terreno. No obstante, estas características se van atenuando y, en el Derecho posterior, el propietario de un fundo en el que había una mina, tiene que admitir que cualquiera debidamente autorizado, hiciera excavaciones, bien entendido que lo que obtuviera se dividía en tres partes:
 - a) El 10% para el dueño de la finca.
 - b) El 10% para el pueblo romano (fisco).
 - c) El 80% restante, del descubridor.

- 4º Los propietarios de fundos colindantes con una vía pública, tienen que conservarla en buen estado y si no la mantienen en buen estado, los transeúntes, podían pasar por ese fundo.
- 5º Los propietarios de los fundos ribereños, habían de tolerar su uso para fines de navegación.
- 6º Por razones de tipo religioso y sanitario, no se podía en Roma quemar o dar sepultura a cadáveres, ni dentro de la ciudad ni dentro de un perímetro que abarcara 60 pies.

Resumiendo, la originaria rigidez de la propiedad se revela en el carácter del fundo romano de la edad quintana (*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.

Las limitaciones de Derecho público, establecidas por un interés general, y así, pues, inderogables. Entre estas 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 en 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 esta no fuese reconstruida; 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.

Las 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 *servitutes* 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 arboribus 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 posclásico 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 solo 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 *tododominus*, 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, aún sin *immissio*, 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. Cierto 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. CLASES DE PROPIEDAD

El Derecho romano conoció una doble reglamentación de la propiedad, la primera es la que establece el Derecho Civil y se llama propiedad *quiritaria* (*dominium ex iure quiritium*), la otra que apareció con posterioridad, fue establecida por el Derecho honorario y se denomina propiedad *bonitaria*. Con el tiempo y al darse la fusión entre el Derecho civil y el Derecho honorario, encontraremos un instituto unitario; Justiniano, por ejemplo, solo habla de *proprietas*, sin hacer ya ninguna distinción, así tenemos las siguientes clases de propiedad:

1º *Dominium ex iure quiritium*: (por el Derecho de los ciudadanos) es la propiedad del Derecho Civil. Para que exista es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- a) Solo es asequible a los ciudadanos romanos y a los *latinii* que tuvieran *Ius Commercium*.
- b) Solo cabe sobre fundos itálicos y sobre las cosas muebles.

En cuanto al acto de adquisición debe tratarse de un modo reconocido en el *Ius Civile* que sería la *mancipatio*, la *traditio*, y la *In Iure Cessio*.

La *Dominium Ex Iure Quiritium* estaba protegida por la *Reivindicatio*.

2º. **In Bonis Habere**: Cuando se entrega una cosa *mancipi ex iusta causa* y era el propietario quien hacía la entrega, no pasaba a la propiedad civil, pero se protege al adquirente con una *exceptio* que se llama la *Exceptio Reivinditae e Traditae* y si

había perdido la posesión y se le protegía con una *Actio Publiciana* que daba lugar a la propiedad pretoria.

3º.- Propiedad Provincial: En las provincias no había la *dominium ex iure Quiritium*, el suelo pertenecía, en un principio, al *princeps* o al *populus*, pero cede el uso de la tierra (para su utilización) a los particulares, a cambio de un canon o una renta que se llama *Estipendium* o *Tributum*. Se protegía por una acción que era semejante a la reivindicatoria.

4º.- Propiedad de los *Peregrini*: *Ius Gentium*) Los *peregrini* no podían tener el *dominium ex iure quiritium* y, por tanto, el pretor, tuvo que ingeniar o argumentar una forma para defender a este propietario que era también parecida a la acción reivindicatoria.

Su capacidad se regía por el *Ius Gentium* pero a partir de la Constitución Antoniniana, por tanto, la propiedad se clarificó y ya no hubo tantas distinciones.

4. LA COPROPIEDAD

La *communio*, llamada por los modernos condominio o copropiedad, era una particular situación jurídica en la cual varias personas, llamadas *socio* 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 con el tiempo. En el antiquísimo *consortiums*, 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. En ese sentido se dice que *duorum vel plurium dominium cese non posee*.

Signos de la antigua concepción quedaron, sin embargo, en el *ius aderescendis*; 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 el *ius prohibendi* es mitigado, el cual puede ser ejercitado solo 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, cualquier copropietario podía libertar al esclavo común, pero indemnizando a los otros. En suma: la *actio communi dividundo* podía ser ejercida también *manente communione*, esto es: dejando indivisa la cosa para regular las recíprocas prestaciones (*praestationes personales*) y controversias entre los copropietarios, mientras era disuelta la copropiedad se podía obtener igualmente el reembolso de los gastos hechos con la *actio negotiorum gestorum*.

5. 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 (Derecho natural) y modos derivativos o convencionales (Derecho civil), según que la adquisición tenga lugar por una relación directa con la cosa (*ocupación, accesión, especificación, conmixtion, adquisición de los frutos*), o bien con base a una relación con el anterior propietario (*mancipatio, in iure cessio, traditio, usucapio, aiudicatio*). Algunos de ellos son comunes también a otros derechos reales.

5.1. Modos originarios de adquirir la propiedad

a) 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, 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. Solo 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.

La adquisición originaria de la propiedad es la que supone que el derecho de propiedad surge *ex novo* en el adquirente, sin vinculación con el titular anterior de ese Derecho (tal sería el caso de los animales que son objeto de la caza y pesca y que por tanto no tienen un dueño anterior).

En lugar análogo a la ocupación se hallaba 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 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.

La ocupación es la toma de posesión, *animo domini*, de una cosa susceptible de propiedad privada y que no pertenezca a nadie. Por la ocupación se hace uno propietario, considerando los jurisconsultos romanos que el origen de la propiedad tuvo lugar en este hecho al principio de las sociedades. Pero ejerciendo la ocupación disminuye su dominio, pues a medida que se desarrolla la propiedad privada, las cosas que no pertenecen a nadie se hacen cada vez menos frecuentes. Sin embargo, este modo de adquisición conservó una gran importancia entre los romanos, que se ha perdido en nuestros días porque tenían por *res nullius* susceptibles de ocupación los bienes de sus enemigos y de los pueblos con los cuales no habían hecho contrato de alianza o de amistad.

He aquí cuáles eran las principales cosas que bajo Justiniano y en la época clásica podían ser adquiridas por ocupación:

1. **Los animales salvajes, la caza y la pesca:** Todo esto no pertenece a nadie; así que el primero que llega puede apropiárselo y hacerse propietario. Poco importa que el cazador cace en su terreno o en el de otro; no sería menos propietario por ocupación, puesto que la caza es *res nullius*. El amo del fundo, lo único que puede hacer es prohibir el acceso.

¿En qué momento se hace el cazador propietario de la caza? Según Trebacio, desde que un animal ha recibido una herida tal que se le pueda tomar y apoderarse de él, y también si el cazador le persigue largo tiempo, a él pertenece. Y si algún tercero viene y se apropia del mismo, comete un robo. El animal no se hace *nullius* hasta que deja de ser perseguido. Por el contrario, la mayor parte de los jurisconsultos aplicaban de una manera estricta los principios de la ocupación diciendo que el cazador no fuese propietario de la caza hasta tenerla en sus manos.

El animal salvaje que haya sido cogido vivo será *nullius* al recobrar su libertad natural; es algo parecido al *postliminium*.

2. **El botín hecho sobre el enemigo:** Todo lo perteneciente a los pueblos con los cuales Roma estaba en guerra regular, o a los bárbaros, aun en tiempo de paz, se consideraba *comores nullius*. Los romanos podían, por ocupación, apoderarse de sus bienes, lo mismo que de las personas.

Los territorios conquistados, perteneciendo al pueblo romano, se hacían cosa pública, *ager publicus*. En cuanto a los objetos muebles y a los prisioneros hechos por medio del ejército, parecía igualmente cierto que no fuesen propiedad individual del primer ocupante, pero sí que fuesen adquiridos para el Estado. Una parte se distribuía gratuitamente a los soldados y el resto se vendía en beneficio del Tesoro.

3. **Las piedras preciosas, las perlas y el coral:** Encontrados en el mar o en sus orillas e incluso la isla que se forma en el seno del mar y que todavía no pertenece a nadie.
4. **El tesoro:** Se llama así a una suma de dinero o a un objeto precioso escondido desde hace tanto tiempo que nadie puede saber quién fue el último propietario. El

tesoro no es un fruto del fundo donde estaba escondido, ni tampoco es una parte de este fundo. Es una *res nullius*, y es natural que quien descubra un tesoro adquiera la propiedad por derecho de ocupación. Este principio no sufre ninguna restricción cuando un propietario encuentra un tesoro en su mismo fundo.

Se entiende por *tesoro* cualquier objeto precioso, no solo dinero, que permanece oculto bajo tierra o no, durante el tiempo necesario para que se pierda la memoria de quien era su dueño, sin que sea posible identificar al sucesor.

Si el descubrimiento ha sido hecho en el fundo de otro, Adriano, en este caso, decidió que la mitad del tesoro se le atribuyese al propietario del terreno, por razón de equidad, pues en realidad esta fortuna pertenecía a él más que a nadie. Esto es, una *adquisición lege*, fundada no sobre el hecho natural de la ocupación, pero sí en una disposición legislativa. La otra mitad pertenece a quien encontró el tesoro, pero a condición de que el hallazgo haya sido descubierto por casualidad, pues habiéndole buscado con el único objeto de apropiarse de ello, entonces no tenía ningún derecho.

Regulación: Ha habido una gran diversidad, en cuanto a su regulación, al principio, se considera como incremento del fundo en el que se encuentra y, ello obedece a la especial naturaleza del fundo romano. Más tarde se aplica al tesoro, la consideración de bienes vacantes y se atribuye su propiedad al fisco.

La Constitución de Adriano, posteriormente recogida por *Justiniano* dice que la propiedad del tesoro, será la mitad del dueño del fundo y la otra mitad del descubridor. También dice que el descubrimiento se tiene que hacer por casualidad y no preparado con anterioridad (*data opera*). Si el lugar donde se descubre el tesoro es sagrado, este pertenece por entero, al descubridor. La *Sola Inventio*, tiene fuerza por sí sola para transmitir la propiedad, por ello, no se confunde con la *occupatio*, ya que en esta sería la totalidad para el inventor (descubridor) y, tampoco se confunde con la *accessio* pues sino correspondería la totalidad al dueño de la finca.

Requisitos de la ocupación:

- *En cuanto a la persona.* Debía existir esa voluntad de aprehender la cosa, con el fin de hacerse dueño de ella.
- *En cuanto a la cosa.* Que no tenga dueño, (*res nullius*), y que sea una *res intra commercium*.
- *En cuanto al acto.* Que se tome la cosa; que se materialice la aprehensión de la cosa. Son considerados *res nullius* por ejemplo:
- Los animales objeto de caza (*venatio*) y pesca (*piscatio*). Es decir, animales en libertad natural y que no son de nadie. En Roma no existen cotos vedados, se podía cazar en finca ajena, al culpable de entrar en esa finca se le puede culpar de violación, pero las piezas cazadas o pescadas son suyas. Se excluyen de la ocupación, los animales domésticos, empero, si pueden serlo los domesticados que han perdido la intención de volver con su propietario (*el animus revertendi*), por ejemplo las palomas.
- Las cosas arrebatadas al enemigo como botín de guerra (*occupatio bellica*). He aquí, por tanto, otra manifestación del carácter primitivo de esta forma de adquisición de la propiedad, tanto, que, según comenta Gayo, los antiguos romanos consideraban que eran más suyas las cosas que arrebataban al enemigo. De ahí, que el símbolo de la propiedad sea precisamente la lanza.

- La Insula in mari nata: Isla que nace en el mar.
- La res invecata in litore maris: cosas que el mar arroja al litoral.
- Las res derelictae: cosas abandonadas por sus dueños, es decir, son cosas que en algún tiempo tuvieron dueño. Tienen que ser abandonadas, no perdidas ni extraviadas.

Los proculyanos decían que la propiedad se pierde por abandono y al mismo tiempo coincide con la aprehensión por otros.

Los sabinianos decían que la propiedad se pierde desde que el titular se desprende de la cosa. Esta tesis fue recogida por la jurisprudencia romana y por Justiniano.

b) Accesión

Hay accesión cuando una cosa se adhiere a otra de forma inseparable, en cuyo caso será dueño del conjunto el dueño de la cosa principal. La adquisición es definitiva, aunque indemnizando al propietario de la cosa accesorias.

Existe accesión cuando dos cosas se unen en una principal y otra accesorias, entonces el dueño de la principal, lo es también de la accesorias.

Cuando esa unión no es orgánica, estable y permanente, sino que la cosa puede separarse, el propietario de la cosa accesorias puede exigir la separación por medio de una acción denominada *La actio ad exhibendum*, previa a la *reivindicatio*. Ejemplo: El cuadro y el marco. (El dueño del marco puede pedir la separación por esta *actio*).

Cuando la unión es sólida, duradera y estable, lleva consigo una adquisición irrevocable, pero esto no quiere decir que aquel de los dos propietarios que pierda la propiedad de su cosa no deba ser indemnizado, para ello tenemos que ver, si la unión ha sido hecha por el propietario de la cosa accesorias o por el propietario de la cosa principal.

Si la unión ha sido hecha por el propietario de la accesorias y ha obrado de buena fe y, al mismo tiempo, tiene la posesión del todo puede oponer la *exceptio doli*, ante una *actio reivindicatio* del dueño de la principal, para pedir la indemnización del valor de la cosa suya que va a perder. En cambio, si el dueño de la accesorias es el que ha hecho la unión y no tiene la posesión del todo, se queda absolutamente desamparado.

Si la unión ha sido hecha por el propietario de la cosa principal, el de la accesorias tendrá dos posibilidades:

- Pero si el todo lo tiene el de la accesorias, tendrá la *exceptio doli* ante una *actio reivindicatio* del de la principal, pero
- Si la posesión no la tiene el dueño de la accesorias sino el de la principal, tendrá una *actio in factum*, para reclamar el valor de la cosa accesorias.

Basado en el 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 esta, por el contrario, permanecía, el propietario de la cosa accesorias 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 accesorias tenía, al menos en la edad justinianea el derecho a una indemnización.

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

1) De mueble a mueble:

a) *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 accesorio, fundición o soldadura de dos objetos del mismo metal pertenecientes a propietarios distintos forman un todo inseparable. ¿Quién es el dueño del nuevo cuerpo? La regla es que el dueño de la principal se hace dueño de todo. Para saber quién es el dueño de la principal, se hace referencia a un aspecto cuantitativo y, así la cosa principal será aquella que pesa más, o sea de más valor, pero, pese a ello se ha de indemnizar al propietario de la parte accesorio.

Ad Plumbatio: Cuando la unión de los dos metales se realiza a través de un metal intermedio, si fácilmente separables y el dueño de la cosa accesorio tiene la *actio ad exhibendum*, para obtener la separación.

b) *La textura*, esto es: la accesión admitida por Justiniano de los hilos ajenos entretejidos en una tela o en un vestido; por ejemplo yo soy propietario de una tela; una persona, con unos hilos que son de mi tela, realiza un tapiz, formando, entonces, un todo indisoluble. En la época clásica la textura no otorgaba la propiedad de los hilos y se concedía la *actio ad exhibendum* al dueño del hilo, pero como se estropeaba mucho también se podía llegar a acuerdos.

c) *La tintura*, la accesión del color a la tela que con él viene tintada.

d) *La scriptura*, la accesión de la tinta al papel o pergamino ajeno. Es el supuesto de un papel que tiene una persona y otra escribe algo sobre él. Se va a tener un todo unitario e indisoluble.

El objeto principal es el papel y el dueño de la nueva cosa va a ser el dueño de este. En Roma el papel era un papiro o un pergamino y tenía cierto valor ya que para obtenerlo se seguía un proceso bastante delicado y, esa es la razón por la cual en Roma se considera al papel la cosa principal. A pesar de ello había que indemnizar al propietario de la accesorio por el valor de la misma.

e) *La pictura*: en una tela de una persona otra realiza una obra pictórica.

¿Cuál es la cosa principal y quien es el dueño?

En un principio el dueño es él; el de la tabla, posteriormente. Gayo impuso su criterio y, decía que la pintura era muy difícil de reproducir y, por ello, el dueño del nuevo objeto es el pintor, si bien se ha de indemnizar al propietario del lienzo o tela.

En la época posclásica se da valor a lo pintado y por ello se cambia el criterio acogiendo Justiniano esta fórmula.

2) De mueble a inmueble

La *satio*, la *implantatio* y la *inaedificatio*, esto es: la siembra, la plantación y la construcción realizadas sobre el fundo ajeno. En los tres casos operaba el principio general de *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 derecho 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 (*actio detigno iuncto*). 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.

3. De inmuebles a inmuebles: los llamados incrementos fluviales, esto es:

- La *avulsio*, que tenía lugar cuando un desbordamiento separaba una parte de un fundo y esta se unía orgánicamente a otro; también adquiere la propiedad de la porción o parte que el río separa de un predio y lo agrega al suyo. Se consideran del nuevo propietario cuando las partes se unen y las plantas de la parte segregada echan raíces en suelo propio. Es aquel incremento que se produce de golpe en virtud de una crecida de río que arrastre muchísima tierra y la deposite en la orilla del río incrementando el terreno que componía ese fundo.

Cuando una finca es arrastrada, produciéndose un desgajamiento de un trozo de un fundo, siendo arrastrado por el río y yéndose a depositar junto a otro fundo, se produce una accesión de cosa inmueble a inmueble, siendo principal el fundo donde se une y accesorio el trozo de tierra que se une a ese fundo, teniendo la propiedad el dueño del fundo principal.

- La *alluvion*, que era determinada por la lenta unión de diferentes partes de tierra al fundo ribereño; el propietario del fundo adquiere lo que el agua del río va depositando, poco a poco, en su terreno; el incremento es paulatino, lentamente el río va depositando pequeñas cantidades de tierra, que con el paso del tiempo va a suponer un incremento de ese fundo.
- 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; la isla emergida en un río, también las tierras que poco a poco se van disgregando de los fundos y se unen formando una isla, viendo a continuación como se distribuye. En este supuesto, los romanos trazan una línea imaginaria, artificial, equidistante de las dos riberas por la mitad del cauce, a su vez, trazan líneas perpendiculares desde los límites divisorios de los fundos a la línea imaginaria y, teniendo en cuenta donde se unen, adjudicaban la isla a los propietarios colindantes del río, dándole a cada uno la parte que le correspondía.
- 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, este tornaba al viejo propietario.

c) 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 proculyanos, 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 no hubiere existido mala fe. Correspondía en todo caso a este último si la materia empleada era, aunque fuese en mínima parte, suya.

La especificación es otro supuesto de adquisición originaria de la propiedad; es la creación de una cosa nueva (*speciem aliquam*), mediante la elaboración de materia ajena. Así por ejemplo, cuando se mezclan vino y miel para producir *mulsum* o, cuando con diversas especies vegetales se hace un emplasto o un colirio.

¿Quién es el propietario de la nueva especie?

En cuanto al régimen jurídico de la especificación encontramos en el Derecho Clásico una controversia de escuelas. Así, en caso de que la nueva cosa no pueda volverse al estado anterior, entonces, según los *proculeyanos*, pertenece al especificante, en tanto que los *sabinianos* dan preferencia al dueño de la materia. *Justiniano* acoge el punto de vista de los *proculeyanos* con algún retoque (regulando, por ejemplo, el caso de que el nuevo producto haya sido elaborado con materia en parte propia y en parte ajena, para atribuir en este caso la propiedad al especificante). Resuelto el problema del Derecho real sobre quién adquiere la propiedad, se plantea otro en Derecho de obligaciones ¿Cómo evitar el enriquecimiento a costa ajena del que adquiere la propiedad de la cosa? Los romanos resolvieron el problema de la indemnización del que pierde la materia o el trabajo por medio de la *exceptio doli*, que se puede oponer al propietario si este no indemniza previa *actio reivindicatio* del propietario.

d) Confusión y conmixtión

- *Confusio*: Comunidad de bienes dada al mezclarse varios líquidos, pertenecientes a diferentes personas. (Es la mezcla de líquidos de una misma especie). Por ejemplo la mezcla de aceites.
- *Conmixtio*: Modo de adquirir la propiedad mediante la unión de dos sólidos -de la misma especie- que se confunden de tal modo que no se pueden distinguir. (Es la mezcla de sólidos).

No se trata de accesión puesto que, no hay una cosa principal y una accesoria, las dos son principales. Si la mezcla es con el consentimiento de los dueños, surge una copropiedad que se denomina *Communio* y, para salir de ella hay que ejercitar la acción denominada *actio communi dividundo*. Si no hay consentimiento de los dueños hay que distinguir:

- 1) Si la mezcla es inseparable, se produce una copropiedad y se le concede a cada uno de los propietarios la *actio communi dividundo*.
- 2) Si la mezcla se puede separar cada propietario sigue siéndolo, se le concede una acción llamada *Actio ad exhibendum* para que luego pueda ejercitar la acción reivindicatoria. En este supuesto no se produce una adquisición de copropiedad, salvo en el caso especial de las monedas, donde el que las recibe es dueño por *conmixtio*, pero el propietario anterior, tiene contra el que pagó una acción denominada *la actio furtis*.

e) 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 esta

subsistiese en el momento de la separación. Sin embargo, en el Derecho justiniano, este último era obligado a restituir al propietario reivindicante los *frutos extantes*, por lo que en realidad solo 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).

El fruto no tiene existencia propia hasta que no se desprende de la cosa matriz. Al desprenderse, son cosas independientes.

- Por *separativo*: el propietario adquiere los frutos por *separación*, como consecuencia de la extensión del derecho de propiedad a los productos que de ella nacen o derivan. (hace que adquiera el fruto el dueño de la cosa fructífera o el poseedor del *Ager Vectigalis* o el *Enfiteuta*).
- Por *perceptio perceptis*: Personas distintas al propietario tienen derecho a los frutos por la recogida o la percepción. Así el vectigalista y el usufructuario. (adquiere el fruto el usufructuario).

En el Derecho justiniano, el poseedor de buena fe, solo se beneficia de los bienes consumidos que se denominan *consumpti*, antes de promoverse la reivindicación, debiendo restituir los todavía existentes en ese momento *extantes*.

1) Noción y atribución de los frutos:

Entre los productos de las cosas, hay algunas a las cuales se las da particularmente el nombre de frutos, *fructus*: son los productos conforme al destino de la cosa productiva, y que renacen periódicamente, de suerte que vienen a constituir una renta. Son, por ejemplo, las cosechas, el vino, las legumbres, la lana y las crías de los animales.

Los productos que no ofrecen estos caracteres no se consideran como frutos *in fructu non sunt*, y por eso los árboles de un bosque no son frutos. Pero si el propietario, cortándolos regladamente, organiza una explotación periódica, da a estos árboles el carácter de frutos.

La cuestión era más delicada para el hijo de una mujer esclava, estando aún en controversia en tiempos de Cicerón. Pero se terminó por decidir en justicia que el hijo de una esclava no era un fruto; y no fue el respeto a la dignidad humana lo que hizo admitir esta solución, aunque lo digan Gayo y las Instituciones de Justiniano, pues semejante motivo no sería invocado en un pueblo que admitía la esclavitud. Ulpiano da la verdadera razón al afirmar que ese no es el destino de una esclava, puesto que el provecho que el dueño espera consiste en los servicios que pueda prestar en las adquisiciones que realiza por su intermedio, y no en los hijos que nacen.

Pero todos los productos periódicos y conformes al destino de la cosa son frutos, sin necesidad de tener que distinguir si nacen solo por la fuerza de la Naturaleza (*frutos naturales*) o por la industria y el trabajo del hombre (*frutos industriales*), y por eso la recolección de los cereales, la leche y la cría de los animales son frutos. Se asimilan a los frutos por extensión las utilidades habidas indirectamente de las cosas, como el alquiler de las casas y de los fundos de tierra, y el interés de las cantidades en dinero. Estos no son frutos, propiamente dichos, nacidos de la misma cosa; pero el derecho los considera como si fueran frutos, y los comentaristas los llaman *frutos civiles*.

En un principio, el propietario de alguna cosa era igualmente propietario de los frutos y productos, sin distinción, que ella pudiese producir. En efecto, en tanto que no están separados de la cosa, forman parte integrante de ella. Según esto, el propietario

del todo lo es igualmente de cada una de las partes, y continúa siéndolo aun cuando alguna de estas partes, es decir, los frutos y los productos, estén separados de las cosas y adquieran una existencia distinta; poco importa por quién haya sido hecha la separación. La adquisición de los frutos y productos por el propietario es consecuencia natural de su derecho de propiedad, y se justifica sin necesidad de invocar la accesión. Por excepción, los frutos propiamente dichos pueden ser adquiridos por otros además del propietario; lo que tiene lugar: a) Cuando el *ius fruendi* pertenece a un tercero, bien sea por consecuencia de un derecho real constituido en su provecho, tal como el usufructo, el *ius in agro vectigali* y la *enfiteusis*, o bien por efecto de un contrato de arrendamiento el cual permite al *colono* disfrutar de la cosa arrendada y percibir los frutos mediante un precio pagado al propietario y b) Cuando la cosa está en manos de un *poseedor de buena fe*. Este es el lugar para insistir sobre este caso especialísimo de adquisición.

2) Adquisición de frutos por el poseedor de buena fe:

Se llama poseedor de buena fe al que posee una cosa creyendo ser su propietario. Esta situación implica una doble condición:

- Un *título justo*, es decir, una causa, teniendo por efecto ordinario una traslación de propiedad, como una venta, sin haber llegado a este resultado, por no ser propietario el enajenante.
- La *buena fe*, es decir, la ignorancia del poseedor del vicio que impidió que no le fuese transferida la propiedad. Por ejemplo: Ticio compra una res nec mancipi de una persona que no es propietaria, recibe tradición y paga su precio: la propiedad la tendría si el vendedor hubiese sido el propietario, pero como compró a *non domino*, este vicio, que ignoraba, ha impedido la traslación de propiedad y solo resulta un poseedor de buena fe. En principio, el que posee una cosa de buena fe adquiere los frutos por el motivo expuesto, en cuanto a los frutos, como un verdadero propietario. Es equitativo y natural, pues él cree tener la propiedad, y en esta creencia ha recogido los frutos habiéndoles consumido o aprovechado su valor, por lo que sería muy difícil hacérselos devolver, tanto en materia como en dinero, al propietario, quien casi siempre tiene que reprocharse su negligencia.

Para el poseedor de buena fe, estando asimilado a un propietario en lo concerniente a los frutos, resultaban las siguientes consecuencias: Adquiere todos los frutos, tanto los naturales como los industriales. Pero la asimilación está limitada a los frutos. Los hijos de una mujer esclava, aun poseyéndola de buena fe, no le pertenecen desde su nacimiento; y solo por usucapión puede hacerse propietario de ellos. Los frutos le pertenecen inmediatamente de ser separados de la cosa, *separatione*, no siendo necesario que los haya percibido, es decir, recolectado por él mismo o algún intermediario, puesto que se hace propietario desde el momento que tienen una existencia distinta a la cosa, sea quien sea el autor de la separación. Por eso, cuando un ladrón se ha apoderado de una cosecha, todavía pendiente, el poseedor de buena fe de este fundo puede ejercitar contra él la *rei vindicatio*.

La adquisición de los frutos está supeditada a la buena fe del poseedor, puesto que el poseedor de mala fe no es digno de ningún favor, así que no basta que el poseedor haya sido de buena fe desde su entrada en posesión, porque cada percepción de frutos

es un hecho distinto, apreciado aisladamente, y desde el momento que cesa la buena fe, el poseedor cesa también de hacer suyos los frutos.

De los principios que preceden, resulta que si el propietario de la cosa la reivindica y obtiene sentencia favorable, el poseedor de buena fe conserva todos los frutos adquiridos, *separazione*, hasta la *litis contestatio*, no teniendo obligación de entregar con la cosa más que los productos aún no *usucapidos*. No es dudoso que esta haya sido la solución en el Derecho clásico, en presencia de los textos que dan sobre los frutos al poseedor de buena fe todos los derechos del propietario.

Pero las *Instituciones* de Justiniano sancionan otra teoría, según la cual el poseedor de buena fe debe restituir al propietario, con la cosa, los frutos *existentes aun naturalmente* entre sus manos en el día de la *litis contestatio*, quedándose únicamente con los que hubiera consumido. Esta doctrina del Bajo Imperio parece ser una consecuencia tardía del senadoconsulto Juvencio, habido bajo Adriano, según el cual, el poseedor de buena fe de una sucesión demandada en justicia por petición de herencia, debía entregar al heredero todo con lo que él se había enriquecido. Este mismo principio se extendió al poseedor de buena fe de una cosa particular demandada en reivindicación por el propietario. Pero la cuestión de enriquecimiento presentaba dificultades de prueba y sin duda por esta razón se aplica una regla más sencilla, obligando al poseedor de buena fe a devolver los frutos aún existentes.

Bajo Justiniano, el poseedor de buena fe no adquiriría más que los frutos *separazione*, y que no los hace suyos, sino consumiéndolos; de ser así, el propietario de la cosa sería también propietario de los frutos no consumidos, porque podría reivindicarlos contra terceros, habiéndoles enajenado el poseedor de buena fe; y si la cosa había perecido, podía también ejercitar contra este poseedor una *rei vindicatio* especial de los frutos aún existentes. Según esto, ninguna de estas soluciones está admitida por los textos, que no dan ninguna acción al propietario para reclamar los frutos, considerados aisladamente. Es tan solo en la instancia en reivindicación de la cosa productiva donde el juez puede ordenar al poseedor de buena fe devolver los frutos existentes el día de la *litis contestatio*. Concluimos, por consiguiente, que adquiere siempre los frutos por simple separación; pero que si es demandado en reivindicación por el propietario de la cosa, está obligado a transferirle la propiedad de los frutos aún existentes.

5.2. 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 solo 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 iunis 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*, o por la facultad reconocida por el Derecho y en los límites de esta. En algunos casos, por el contrario, el propietario no podía 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 y cosas litigiosas.

a) *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 (*libripens*), todos ellos ciudadanos romanos púberes. El adquirente (*mancipio accipiens*), ante la presencia de la cosa y del enajenante (*mancipium dans*), teniendo en la mano un pedazo de bronce (*randusculum*), 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 daba este al enajenante 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 llegó 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.

Si el enajenante era *dominus ex jure quiritium*, al momento se transfería la propiedad, pero por otra parte él, para el cumplimiento de la *usucapión* en favor del adquirente, era considerado como garantizador (*auctoritas*), para el caso de que un tercero pretendiera ser propietario de la cosa, y con la *aetio autoritatis*, 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, 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.

Otras versiones afirman que en el Derecho arcaico, la *mancipatio* era una compraventa real, teniendo lugar el trueque inmediato de la mercancía y el dinero; el trozo de bronce que se entregaba no era, por tanto, como si fuera un precio, sino el precio mismo, y finalmente la balanza no era un mero símbolo sino que servía efectivamente para pesar el bronce en una época en que este era dinero.

Con el paso del tiempo se acuña la moneda, y claro es, el dinero ya no se pesaba, sino que se contaba. Entonces la *mancipatio* se convierte en una imaginaria *venditio* (compraventa ficticia), compraventa imaginaria, en la cual el símbolo del precio era el trozo de bronce que se entregaba, ya que el verdadero precio se daba fuera de las palabras. También la *mancipatio* se utilizaba para la donación siendo el precio simbólico de un sestercio (*numo uno*). El *mancipio Dans* (el que entrega) no tenía que decir ninguna palabra, todas las decía el *mancipio accipiens* (el adquirente).

Pero con el transcurso del tiempo, cuando era una compraventa real, la cosa que se vendía podía tener unas determinadas circunstancias, entonces si nadie decía las

circunstancias que tenía la cosa no se podía reclamar, ni la cosa no tenía esas circunstancias. Entonces se hacía que el *mancipio dans* antes de pronunciar las palabras el *mancipio accipiens* decía de forma lacónica y sucinta la circunstancia de la cosa que se iba a vender.

Por ejemplo, de una finca, se debía decir la extensión de la misma y si disponía de alguna carga o servidumbre.

Esas circunstancias se garantizaban de alguna forma por la *mancipatio*. Sin embargo ¿Cómo se garantizaba que la cosa reuniese esas circunstancias?

Porque por la *mancipatio* se protegía a aquel que utilizaba este medio de transmisión de la propiedad, concediéndole unas determinadas acciones para protegerse de que lo que había adquirido era realmente en esas circunstancias.

Por ejemplo: Vendo una finca de 5 hectáreas y cuando el *mancipio accipiens* va a la finca hay tres hectáreas.

Entonces al *mancipio accipiens* se le concedía una acción llamada *Actio de modo agro*, para reclamar la diferencia de la finca e incluso por haber actuado de manera dolosa podía reclamar hasta el doble del valor de esa diferencia.

Con que el vendedor fuera dueño y se cumplan los requisitos se producía la transmisión de la propiedad.

Por ejemplo, ¿qué ocurría si el vendedor no era propietario?

Tan solo podría al adquirente en posesión de la cosa (poseedor de buena fe) en *propietario bonitario* y mediante la *usucapión* sería propietario civil de la cosa, si no reclamaba nadie.

Pero si alguien reclamase mediante una *actio reivindicatio* diciendo que es el propietario civil contra el adquirente, ¿Cuál es la situación en que se encuentra? El adquirente poseedor de buena fe perdería.

¿Qué defensa tiene el adquirente y qué garantías le otorga la celebración de la *mancipatio*?

Esta garantía sería que el *mancipio accipiens* pondrá contra el *mancipio dans* una *demonstratio*, el *mancipio accipiens* dice: «me vendiste una cosa y me la están reclamando por una *actio reivindicatio*, solicito tu ayuda para defenderme». Si el *mancipio dans* no presta su ayuda o aun prestándola el *mancipio accipiens* pierde (perdería porque el otro es el verdadero propietario civil).

Cuando el *mancipio accipiens* ya pierde, la *mancipatio* le otorga una *actio auctoritatis*, pues siempre va del *mancipio accipiens* contra el *mancipio dans* (adquirente contra enajenante), encaminada a obtener el precio que se pagó por la cosa, permitiendo reclamar hasta el doble del valor de la cosa, justificada por el dolo.

También la *Actio Auctoritatis* se utilizaba cuando no había reclamación por parte de nadie, sino simplemente que el enajenante no diga que la finca vendida no tiene por ejemplo servidumbre, y el adquirente cuando va a la finca ve que el vecino tiene una servidumbre de paso para abrevar el ganado, mediante *actio auctoritatis*, podía pedir que se le devuelva la parte proporcional del precio que supone la disminución de valor de la cosa, por el hecho de estar gravada por servidumbre. Y pedir hasta el doble de esa diferencia por no decir que estaba gravada con esa servidumbre. Todo esto existió, en el periodo arcaico y fundamentalmente en el clásico.

A finales de la República se acostumbró a redactar un documento escrito y firmado por las partes y los testigos, con la finalidad de servir como medio de prueba. En cualquier caso, si se llegaba a demostrar que hubo omisión de palabras y ceremonias del ritual ese documento carecía de todo valor. Poco a poco, la escritura tiende a sustituir el acto mancipatorio.

La *mancipatio* es abolida posteriormente por *Justiniano* en el siglo IV, con quien desaparece la diferencia entre *res Mancipi* y la *res nec Mancipi*. En los textos clásicos utilizados por los compiladores justinianos su nombre es sistemáticamente substituido por el de *traditio*.

Desde la época antigua, la *mancipatio* se utilizaba no solo para adquirir la propiedad de las *res Mancipi*, sino también para tener la potestad de las personas que formaban la familia y para otorgar testamento. En la época clásica se mantuvo como acto general y abstracto con distintas finalidades: a) A la transmisión de propiedad o constitución de Derechos reales; b) A la adopción, emancipación y *coemptio*, en Derecho de familia; c) A la venta del hijo en *mancipium*; d) A la constitución de dote o donación; e) A la enajenación con fines de garantía (*fiducia*); f) A la venta del deudor para el cumplimiento de una obligación; g) A la liberación de la obligación; h) Al testamento.

Podían intervenir en el acto mancipatorio los ciudadanos, los latinos y los peregrinos con *ius commercii*; los hijos de los esclavos, podían intervenir, en representación del *paterfamilias*, como adquirentes, pero no como enajenantes.

En virtud del precepto de las XII Tablas: *lo que la lengua de alguno haciendo un nexum o un Mancipium haya declarado sea derecho*, el mancipante puede hacer una declaración solemne que tenía los efectos de una *Lex privata*. Con ello, podía reservarse un derecho sobre la cosa, por ejemplo, el usufructo o recuperarla en determinadas ocasiones. Si el enajenante faltaba a la verdad sobre la extensión de la finca vendida, el adquirente podía ejercitar contra él la *actio de modo agri*, para pedir el doble de valor de lo que falta.

La *mancipatio* transfería la propiedad solo si el mancipante era verdadero propietario, pero si no lo era el adquirente solo tenía la propiedad en virtud de usucapión. El vendedor (*auctor*) respondía en caso de que el verdadero propietario ejercite contra el adquirente una *reivindicatio*, y estaba obligado, a prestarle su ayuda en el proceso (*auctoritatem praestare*).

b) In iure cessio

La *in iure cessio* significa *cesión ante el pretor*, esta institución ya aparece en la Ley de las XII Tablas pero sin embargo es posterior a la *mancipatio*. El acto de la *in iure cessio* es formal y abstracto. En el sentido de que el negocio que allí se celebraba no aparecía la causa del mismo, pudiendo ser cualquier motivo la causa que fundamenta ese negocio.

En un proceso aparente de reivindicación, solo podían participar en el mismo los ciudadanos romanos porque era el modo de transmisión de la propiedad del *Ius Civile*. La particularidad fundamental de este medio de adquisición de la propiedad derivativa, tenía muchísima aplicación para la adquisición y extinción de derechos sobre personas o cosas (Derechos reales, Servidumbres personales como el usufructo). Servía para las cosas *Mancipi* y *Nec Mancipi*.

El proceso era acudir ante el pretor compareciendo adquirente y enajenante. El magistrado o pretor (podía ser el pretor urbano en la ciudad o el gobernador en

las provincias) y se reivindicaba la cosa de que se trate. Adquirente y enajenante comparecían ante el pretor como demandante y demandado, siendo el demandante el adquirente y demandado el enajenante. El adquirente decía: «*Digo que esta cosa me pertenece de acuerdo con el Derecho civil*»; el enajenante que tenía la posición de demandado, calla y entonces el pretor en base a que *el que calla otorga*, concedía la propiedad de esa cosa al demandante (adquirente) y en base a esto se producía la transmisión de la propiedad.

La transmisión de propiedad que se hacía con la *In Iure Cessio*, eran todas aquellas que estén sancionadas por la *Vindicta*:

- 1º Todos aquellos que tienen por objeto la transmisión de una cosa *mancipi* o *nec mancipi*.
- 2º Constitución del usufructo o derechos análogos (uso, habitación).
- 3º Constitución de servidumbres rústicas y urbanas.
- 4º Emancipación.
- 5º Adopción.
- 6º Transmisión de la tutela legítima sobre las mujeres.
- 7º Transmisión de los derechos inherentes a la legítima hereditaria.
- 8º Manumisión Solemne (la *vindicta*).

Algunos de los negocios indicados no podían realizarse mediante la *mancipatio*, constitución del usufructo, la constitución de la servidumbre rústica y urbana y la transmisión de la tutela de las mujeres.

Durante la época clásica la *In Iure Cessio* es poco utilizada para enajenar *res mancipi*, bien sea por la dificultad que conlleva el acudir ante el Magistrado, bien sea porque tampoco proporciona las garantías que ofrecía la *mancipatio*.

Otra razón fue el desvanecimiento del sistema de las *legis actiones* y el reconocimiento de un medio para transmitir la propiedad, como la *traditio*. Todos estos factores determinaron su desaparición.

Este acto era también de carácter abstracto, ya que la causa no se manifestaba. Lo único que se desprende es una atribución formal de la propiedad, o, a lo sumo, que hay una transmisión de la propiedad que pasa del enajenante al adquirente.

Como modo de adquirir la propiedad se aplicaba tanto a las *res mancipi* como a las *res nec mancipi*.

En la época de Justiniano, las palabras *in iure*, se sustituye por *cedere* (cesión ante el pretor) lo que equivaldría hoy a una cesión, pero es en esta época donde la *in iure cessio* desaparece definitivamente.

La *in iure 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 d. C. 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 iure*, dejando solo la palabra *cessio o cedere*, que asumieron así el significado de transferencia.

C. *Traditio*

En la época antigua la *traditio* tenía una pura expresión material. Si la cosa era mueble había de pasar de una mano a otra, si se trataba de un fundo se precisaba entrar en él.

En la época clásica se inicia una tendencia que se afianza más tarde en el Derecho posclásico y justiniano y, es que, se espiritualizan ciertos modos de tradición y, así se regulan situaciones en las que la entrega efectiva no tendría sentido, como ejemplo, la *traditio ficta*, con la que se expresaba que la tradición se hacía sin la entrega de la cosa y producía los mismos efectos que aquella que se entregaba de mano en mano.

La tradición es el más importante de los modos de adquirir de derecho de gentes. Descansa sobre una idea muy sencilla. 'tratándose de una cosa *nullius*, el que toma posesión se hace propietario, esto es la ocupación. Pero cuando se trata de una cosa de la cual alguno tiene ya la propiedad, es necesario, para adquirirla, que a la toma de posesión se una el abandono por parte del propietario. Por eso, si el propietario entrega una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tenga intención de adquirirla es conforme al Derecho natural que haya traslación de propiedad en beneficio del adquirente: esto es la tradición. Mientras que en la ocupación interviene una persona, aquí, en cambio, se encuentran dos: *el tradens* que se deshace de la posesión, y el *accipiens*, que al recibirla se hace propietario.

Es fácil comprender que al entregar su cosa a un tercero, el propietario no pierde por necesidad la propiedad; esto es cuestión de intención. Por eso, dejándosela a un locatario o a un depositario, no es que quiera ceder, ni cede, en efecto, nada más que la detención, por lo cual queda propietario y poseedor: entonces se dice que hay *nuda traditio*. Es el hecho sin la intención; así que es necesario que estos dos elementos vivan reunidos para constituir la tradición considerada como manera de adquirir la propiedad.

Su eficacia traslativa depende de que se cumplan tres requisitos:

- 1º La entrega misma (en el derecho antiguo).
- 2º La voluntad concorde de transmitir y querer adquirirla, en el adquirente y transmitente.
- 3º La *iusta causa traditione*, es decir, el fin práctico que motiva la entrega y que al propio tiempo es reconocido por el Derecho como fundamento de la adquisición.

• Elementos de la tradición.

- a) *De la intención de enajenar y de adquirir*: es el elemento esencial sin el cual la tradición no transfiere la propiedad. Consiste en la conformidad de las dos partes: la una, el *tradens*, tiene la voluntad de ceder la propiedad; y la otra, el *accipiens*, tiene la voluntad de adquirirla. De hecho, las partes no tienen esta común intención nada más que para alcanzar un fin determinado. La transferencia de la propiedad con ayuda de la tradición es únicamente un modo de realizar una operación que tengan entre manos; por ejemplo, un pago o una venta, una donación o un cambio. Es por este acto y con motivo del cual se manifiesta la voluntad de las partes, lo que los textos llaman *causa* de la tradición, *iusta causa traditionis*.

La *iusta causa* no es indispensable para que la tradición transfiera la propiedad. Solo es el hecho que revela la intención de las partes, y la prueba de haber tenido la voluntad de enajenar y de adquirir, que es lo único que separa la tradición traslativa de propiedad, de la *nuda traditio*; aunque es esta voluntad, y no su manifestación, lo que es un elemento de la tradición. Con tal de que exista, importa poco que la causa sea nula, inmoral, o puramente imaginaria; el *accipiens* en virtud de la tradición, no será menos propietario, y estando obligado a restituir, es suficiente obrar con una acción personal. Esta teoría resulta muy favorable a los intereses de los terceros que hayan adquirido por el *accipiens* derechos sobre la cosa, después que él la ha recibido por tradición. Estos derechos son respetados, y quedan opuestos al *tradens*, que después de todo, tiene siempre en el mismo caso alguna falta o imprudencia que reprocharse.

- b) *De la remisión de la posesión*: en Derecho romano no era suficiente la voluntad de las partes para transferir la propiedad. Era necesario que se manifeste por alguna señal exterior; y aquí es la remisión de la posesión, que es una señal de propiedad. Para realizar una traslación de propiedad, según el Derecho natural, el *tradens* tiene que entregar al *accipiens* la posesión de la cosa, esto es, el elemento material de la tradición. Resulta también que la tradición solo se aplica a las cosas corporales, que son las únicas susceptibles de ser poseídas.

La remisión de la posesión se efectúa poniendo la cosa a disposición del adquirente, de manera que pueda realizar sobre ella los actos de propietario.

Siendo dinero o alguna cosa mueble, el *tradens* puede hacer entrega al *accipiens* mano a mano. Si es un inmueble, es suficiente con conducir allí al *accipiens*, o enseñárselo desde un lugar elevado, diciendo que se lo entrega. Tratándose de mercancías encerradas en un almacén, basta también con entregar las llaves al adquirente, delante del mismo almacén, para que pueda entrar a su gusto.

Casi siempre el acuerdo de las partes sobre la transferencia de propiedad precede al hecho de la tradición; por ejemplo, se vende una cosa, y se entrega enseguida. Pero también puede ocurrir que el adquirente sea ya detentador de la cosa por alguna otra causa y entonces el propietario le hace donación del objeto que le había prestado o que había puesto en sus manos. En este caso, la traslación de propiedad tiene lugar en el preciso momento que las partes estén acordes sobre ello, pero no es decir que en este caso sea suficiente la voluntad para transferir la propiedad. El hecho y la intención deben siempre estar reunidos. Más, en semejante caso, la remisión material estaba hecha por adelantado. Los textos prevén otra hipótesis bastante frecuente donde la remisión de la posesión se manifiesta con menos claridad, y que antiguos autores han hecho célebre bajo el nombre de *constituto posesorio*.

• *Efectos de la tradición*:

En la época clásica, la tradición de una *res nec mancipi* transfiere inmediatamente la propiedad plena y entera al *accipiens*. Aplicada a una *res mancipi*, es un Derecho civil insuficiente para hacer perder al *tradens* la cualidad de propietario. Conserva el *nudum ius quiritium* y el *accipiens* posee la cosa *in bonis*, hasta que la usucapión le haya dado la propiedad *ex utroque iure*. Bajo Justiniano, ya no hubo *res mancipi*. La tradición, a cualquier cosa que se aplique, es suficiente para transferir la propiedad.

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 justiniano, preludivando 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 transmisión de la propiedad sin la entrega física de la cosa.

- A) *La traditio simbólica*: consistía en entregar un símbolo o en realizar un acto simbólico. Dentro de esta distinguimos:
1. La entrega de las llaves de un almacén, granero o bodega donde las mercancías están depositadas, sirve como entrega de las cosas mismas.
 2. Entrega de un escrito justificativo de la propiedad del enajenante.
 3. El señalar la cosa con signos convencionales.
 4. El encargo de la custodia de la cosa a un guarda.
- B) *La Traditio Longa Manu*: Consistía en entregar una cosa que está situada a distancia por su indicación (el comprador señala los linderos con la mano).
- C) *La Traditio Brevi Manu*: El que se haya detentado una cosa como arrendatario, depositario o comodatario, se convierte, con el consentimiento de la otra parte, en poseedor jurídico.
- D) *El Constitutum Possessorium*: Es el caso contrario al anterior, es decir, cuando el que posee la cosa en nombre propio la enajena a otro pero conservándola en su poder como usufructuario o arrendatario.

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 justiniano se hizo depender la adquisición de la propiedad inmobiliaria.

En conclusión, el Derecho romano arrancó con la transferencia solemne (*mancipatio, injure cessio*), para luego decidirse poco a poco por la transferencia material (*traditio*), y en muchos casos a ciertas extensiones equivalentes a la transferencia consensual.

E) **Usucapión**

Es la adquisición de la propiedad por la posesión, es decir, por el uso continuado de una cosa durante un cierto tiempo. Esa posesión continuada durante cierto tiempo hace que ese hecho se convierta en Derecho. La adquisición de la propiedad por posesión prolongada durante cierto tiempo se llama usucapio o prescripción. Su origen es muy antiguo, pero su teoría se fue desarrollando lentamente. La usucapio tiene dos finalidades: transformar el dominio bonitario en quiritarario y convertir en propiedad la posesión de buena fe.

Esta Institución surge por la necesidad de convertir en propietario a aquel que no es tal por no haber cumplido algunas formalidades en la transmisión, o bien porque aquel del que se adquirió no era su dueño.

En el Derecho justiniano, al desaparecer la distinción entre adquisiciones formales y no formales, se utilizó la *usucapión* solo para transformar en verdadera la situación jurídica aparente del que adquiere de buena fe, un *non domino*.

El régimen de la usucapión atravesó por una compleja y larga evolución histórica, por lo que es necesario distinguir las siguientes etapas:

- a) Régimen primitivo de la Ley de las XII Tablas;
- b) Reformas de la jurisprudencia clásica;
- c) Prescripción de largo tiempo;
- d) Régimen del Derecho postclásico y Justiniano.

1. La Ley de las XII Tablas y el régimen del *Usus*

a) *La usucapión en el Derecho arcaico*

En la Ley de las XII Tablas se establece que la propiedad se adquiere por el estado posesorio continuado durante dos años si la cosa es inmueble o de un año si la cosa es mueble.

¿Cómo tenía que ser esa posesión/uso?

Primero: Por uso continuado se entiende que el poseedor de una cosa puede defenderse cuando han transcurrido dos años, si se trata de fundos, o de un año en las demás cosas muebles.

Segundo: Hasta que transcurra ese tiempo, el enajenante debe prestar su garantía (o *auctoritas*).

El uso y la *auctoritas* duran el mismo tiempo que el necesario para la adquisición por *usucapión*. Una vez afirmada la propiedad, no son los requisitos necesarios, porque ya se tiene un título inatacable de propiedad.

La auctoritas: Cuando el que pretende usucapir sea un extranjero, no tiene límite de tiempo ya que, a los extranjeros no les alcanza los beneficios de la usucapión.

- Requisitos para la usucapión:
 - El uso.
 - El transcurso del tiempo.
 - Que las cosas que se posean no lo sean por hurto (*res furtivae*).

La *Lex Atinia*, del siglo II a.C., confirma esta prohibición de que las cosas robadas no pueden usucapir. La *Lex Plautia* (violencia) equipara las cosas hurtadas con las adquiridas por violencia.

2. En el Derecho clásico:

Se precisan con más firmeza los requisitos para usucapir y, también se precisan más conceptualmente, culminados con la exigencia de la *Iusta Causa Usucapiendi* y la *Bona Fides*.

- *Iusta Causa*: relación precedente del poseedor con la cosa que justifica la posesión.
- *Bona fides*: recta conciencia del usucapiente de que posee legítimamente y no lesiona derechos ajenos.
- La usucapión en el Derecho clásico es un modo de adquisición de la propiedad de *Ius Civile*, solo beneficiaba a los ciudadanos romanos y, solo recaía en las cosas susceptibles de propiedad *quiritaria*, por lo tanto, no se aplicaba a los fundos de provincias. Para los fundos provinciales existía otro medio jurídico para poder proteger la posesión del fundo, la *praescriptis longa possessioni* (o *longi temporis praescriptio*) que atribuía al poseedor de largo tiempo la posibilidad de oponerse mediante un procedimiento parecido a la acción reivindicatoria del dueño; primero se limitaba a los inmuebles, luego se extendía a los muebles, pero solo como derecho de los peregrinos.

Requisitos de la *longi temporis praescriptio*: (prescripción de largo tiempo)

- Solo podía realizarse por los ciudadanos romanos y por los latinos.
- Recaía sobre las cosas que podían ser objeto de dominio.
- Se usucapían los predios itálicos pero no los provinciales.
- El *Iustum Initium Possessionis* que equivale a la *Iusta Causa*.

Durante el principado, si se había poseído sin perturbación, un plazo de 10 años para *interpraesentes*, es decir, si propietario y adquirente viven en la misma población, o 20 años, *interabsentes*, cuando viven en distintas ciudades.

En principio, parece que no se exigió la buena fe, pero fue exigiéndose al aproximarse la usucapión. Con ella no se adquiere el *dominium ex iure quiritium*, sino la adquisición de la propiedad provincial.

Clases de usucapión en el Derecho clásico:

- a) *La usucapión del propietario bonitario*: Se aplica en el supuesto de la *traditio ex iusta causa*, de una *res Mancipi*, efectuada por un *dominus*, viene aquí a subsanar el defecto padecido por la falta de los requisitos formales de la *Mancipatio* o de la *In Iure Cessio*.

Inicialmente hay un desdoblamiento de la propiedad, es decir, por un lado el enajenante sigue siendo propietario civil, por otro, el adquirente tiene solo la propiedad pretoria (*in bonis habere*).

La usucapión venía a producir el ajustamiento del *Ius Civile* y el *Ius Honorarium*, haciendo recaer la propiedad *pleno iure*, en una sola persona. Aquí hay que tener en cuenta que hay una identidad entre la *Iusta Causa Traditionis* y la *Iusta Causa Usucapiendi*, esta última lleva la adquisición de la propiedad civil, y la *Iusta Causa Traditionis* lleva a la adquisición de la propiedad pretoria y empezar a usucapir.

No se exigía *bona fides* en este tipo de usucapión. Es claro que la buena fe se refería, siempre al vicio que va a subsanar la usucapión. Y como en este caso el vicio era un defecto de forma (*no realización de Mancipatio o in iure cessio*), sería realmente disparatado que el pretor solo protegiera al adquirente que creyera que las *res Mancipi* se transmitían por *traditio*, llegando a la conclusión de que este tipo de usucapión no requiere buena fe. Por eso Gayo no hace referencia de la exigencia de buena fe en el supuesto que contemplamos.

b) *La usucapión del poseedor de buena fe*: Se aplica a la *res Mancipi* o *nec Mancipi* que fueron transmitidas por un no propietario, o más exactamente, por una persona que no tenía la *potestas alienandi* (potestad de enajenar). La usucapión viene aquí a subsanar, por tanto, un defecto de titularidad mejor de legitimación del transmitente. Aquí se requiere desde luego, buena fe, concebida como la creencia de que la persona que transmitió era dueño (o más exactamente, tenía *potestas alienandi*).

La usucapión llevaba a la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*, y de ahí, se deduce ya su ámbito de aplicación:

- En cuanto a las personas, solo era accesible a los ciudadanos romanos y latinos.
- En cuanto a las cosas inmuebles, solo se podían usucapir los fundos itálicos (pues los provinciales no eran susceptibles de *dominium ex iure Quiritium*) y las cosas muebles.

Requisitos en el Derecho clásico para la usucapión:

1º La posesión continuada de la cosa durante cierto tiempo

La posesión no ha de ser interrumpida. En caso de interrupción de la posesión, la usucapión ha de comenzar de nuevo. El problema que se planteaba era si la *litis contestatio*, trabada por el propietario interrumpía la usucapión (*erga omnes* - contra todos). El problema es interesante en el caso de que se consumiera el plazo de la usucapión en el tiempo que media entre la *litis contestatio* y la *sentencia*, resultando luego el demandante vencedor. El pretor remediaba la situación injusta obligando, al que consumó la usucapión a retransmitir la propiedad.

En la usucapión clásica el heredero continuaba la posesión del causante sumando su propio tiempo de posesión al de aquel (*accessio possessionis*). Los plazos de la usucapión son en Derecho clásico los mismos que en las XII Tablas (dos años para los inmuebles y un año para el resto de las cosas).

2º La *iusta causa usucapiendi*:

La *Iusta Causa*, es aquella que va a convertir la posesión cualificándola en posesión civil, consecuentemente esa causa será la situación jurídica objetiva, que por sí misma justificaría la adquisición inmediata de la propiedad, pero que por insuficiencia formal del acto de transmisión o por atribución o por defecto de derecho del transmitente (*potestas alienandi*) sirve solamente para iniciar la usucapión.

En las fuentes romanas no hay una definición de justa causa de la usucapión, pero sí se enumeran las *iustae causae* y, así vemos por ejemplo:

- *Pro emptore*, (procede de compraventa: venta de una cosa que no es del enajenante).
- *Pro soluto*, (en pago de una deuda: cuando se entregaba una cosa ajena en pago de una obligación anteriormente contraída).
- *Pro donato*, (procede de una donación; cuando entrego una cosa que no es mía en donación sin que exista una obligación precedente).
- *Pro dote* (la dote de la mujer para el matrimonio: no se puede vender bienes de la dote -*Lex Julia*-).
- *Pro legato* (cuando el testado legaba algo de lo que no era propietario).
- *Pro herede*, (Cuando se recibía una cosa en herencia del causante sin ser propiedad suya)

- *Pro derelicto* (cuando alguien que se comportaba como propietario abandonaba la supuesta propiedad).
- Título *Pro suo*, la adquisición originaria del título *pro suo*, se aplicaba a innumerables casos no especificados que por error se funda en una causa o título inexistente.

Con todo ello podemos hacer tres grupos:

- a) Causas derivadas de la traditio (Venta, la *solutio in pago*, donación).
- b) Causas derivadas por *mortis causa* (el *derelicto*).
- c) Causas derivadas de cualquier otra actividad *pro suo*.

3º La buena fe

La buena fe consiste en una discrepancia entre la creencia de uno y la realidad. Sencillamente lo que se cree es que se recibe la cosa de un propietario, cuando de verdad el *tradenteno* es propietario.

El poseedor es de buena fe cuando cree haber recibido tradición del verdadero propietario, o al menos de una persona que tenga el poder y la capacidad de enajenar. La buena fe descansa, pues, sobre un error; según esto, son posibles dos clases de errores: se puede ignorar un hecho, o equivocarse sobre algún punto de derecho. Por ejemplo, después de haber comprado una cosa y haber recibido tradición de un pupilo sin la *auctoritas* del tutor, se puede uno creer propietario, o porque se ha engañado sobre su edad, creyéndole púbero; este es el *error de hecho*; o por haber creído que el pupilo podía enajenar sus bienes sin la *auctoritas* del tutor: este es el error de *derecho*. En lo concerniente a la usucapión, es un principio cierto que el error de derecho no permite nunca usucapir. El error de hecho solo puede servir de base a la buena fe del poseedor; además, no es necesario que sea muy exagerado.

En principio, la buena fe no es exigida desde el momento del acto jurídico que constituye la causa justa, sino solamente en el momento de la entrada en *posesión*.

La persistencia de la buena fe durante todo el tiempo de la posesión no era necesaria para usucapir, porque la posesión exigida forma un todo único y es apreciada en su principio. Sin embargo, ciertos jurisconsultos de la época clásica solo admitían esta solución en el caso en que el poseedor es un adquirente a título oneroso, habiéndose mostrado más severos para el adquirente a título gratuito, exigiendo entonces la continuación de la buena fe por la duración del término requerido para la usucapión.

* *Longi temporis praescriptio*

En las provincias y paralelamente a la usucapión, se desarrolla a finales del siglo II, arrancando de la práctica y reconocida por el Derecho imperial, la institución de la *longi temporis praescriptio* que se aplica a los inmuebles provinciales primero y luego a los muebles. Como su nombre indica, al principio es simplemente un medio de defensa que tiene a su disposición el demandado que haya poseído durante un cierto tiempo. Luego se configura como una auténtica adquisición de la propiedad, aproximándose así al régimen jurídico de la *usucapión*.

Los requisitos son: la posesión continuada de una cosa hábil, el *iustum initium possessionis* (que equivale a la *iusta causa*), y un plazo que es de 10 años interpresentes y de 20 años interabsentes (cuando *prescribiente* y propietario residen en distintos municipios). En un principio parece que no se exigía la buena fe, que solo se exigiría al aproximarse la *longi temporis praescriptio* a la *usucapio*.

La *Longi temporis praescriptio*, no llevaba, por supuesto, a la adquisición del *dominium ex iure quiritium*, sino tan solo a la adquisición de la propiedad provincial.

• **La usucapión en el Derecho posclásico y justiniano**

La usucapión en el Derecho posclásico, dominada a partir de Constantino, por el fenómeno del vulgarismo, se caracteriza por la caída del nivel científico. Desaparecen la usucapión de 1 o 2 años del *ius Civile*. Así como la *longi temporis praescriptio* de las provincias. En su lugar aparecen una porción de prescripciones especiales. Constantino no exige *longum initium possessionis* a los poseedores de inmuebles que los tengan por más de 40 años. Teodosio II, rebaja el plazo a 30 años, que se imponen con carácter general. Este tipo de prescripción no requiere buena fe.

Con la llegada de *Justiniano* se vuelve al Derecho clásico. Al desaparecer la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, desaparece, también la usucapión del propietario bonitario. Funde la antigua usucapión del *ius Civile*, con la *longi temporis praescriptio* de las provincias; porque desde hacía bastante tiempo habían desaparecido las diferencias, ya que todos eran ciudadanos romanos y también había desaparecido la diferencia entre fundos itálicos y los situados fuera de la Península itálica.

La usucapión se aplicaba a los bienes muebles y se requería una posesión ininterrumpida de 3 años, en tanto que la *longi temporis praescriptio*, aplicable a los inmuebles tenía un plazo de 10 años para los presentes y de 20 años para los ausentes.

La *litis contestatio* no interrumpe el tiempo de la usucapión.

Finalmente, Justiniano introduce una *praescriptio* de 30 años, que dispensa de la prueba del título, pero, en cambio, exige la buena fe. La exigencia de la buena fe en este *tricennalis praescriptio* es, pues, una innovación justiniana.

Los requisitos necesarios para la usucapión y la prescripción en el Derecho justiniano fueron reunidos por los intérpretes en el *hexámetro*, *res habili, titulus, fides, possessio, tempus*.

- *Res habili*: Estaban excluidos de la usucapión: 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 *auctonitas* del tutor.
- *Titulus*: Era llamado más propiamente por los romanos *iusta causa usucapiones*. Representaba la condición objetiva que era por sí 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 *usucapición*. Bastaba que existiese en el momento inicial de la posesión, y no ya por todo el tiempo de la adquisición.
- *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 usucapición. 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 *usucapionera* interrumpida desde el comienzo de la litis fue 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 temponis*, que prescindía de la *iusta causa*, exigiendo tan solo 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.).

e) De la *adjudicatio*

Mientras que en la *in jure cessio* la propiedad se transfiere por el magistrado, es el juez quien opera esta traslación por la *adjudicatio* con el proceso de partición y deslinde. En efecto, solo hay tres acciones por medio de las cuales la fórmula le confiere este poder:

- 1) La acción *familiae erciscundae*, para la partición de una sucesión entre coherederos;
- 2) La acción *communi dividundo*, para la partición de cosas indivisas entre copropietarios, y
- 3) La acción *finium regundorum*, para reglar los límites de las propiedades contiguas. En estos tres casos, cuando el juez ha adjudicado a uno de los litigantes todo o parte de una de las cosas comprendidas en el proceso, el adjudicatario es propietario *ex jure quiritium*, lo mismo si se trata de una *res Mancipi*, que de una *res nec Mancipi*. La adquiere, por tanto, lo mismo que está en el día de la sentencia, soportando también las servidumbres y las hipotecas con que ella está gravada.

f) De la *Lex*

Había adquisición *lege* cuando la propiedad era atribuida a una persona por el solo efecto de la ley. He aquí algunos ejemplos:

- 1) Si una cosa ha sido legada *per vindicationem*, el legatario se hace propietario en virtud de la ley de las XII Tablas, luego que había aceptado el heredero la sucesión.
- 2) La Ley *Papia Poppoea* atribuye de pleno derecho a ciertas personas que favorece y, en su defecto al *aerarium*, las partes caducas, es decir, las liberalidades

testamentarias de las cuales declara decaídos a ciertos herederos y algunos legatarios.

- 3) La Constitución de Adriano atribuye la mitad del tesoro al propietario del fundo sobre el cual ha sido descubierto.

Bajo la denominación de *la Lex*, el Derecho civil incluyó todos aquellos casos en los que se adquiría la propiedad por el solo efecto de la ley.

Estos casos son tres: 1) El legado vindicatorio, por el cual el legatario se hace propietario en el momento en que el heredero acepta la herencia; 2) Las leyes caducarias de Augusto, que excluían de ciertas liberalidades a las personas solteras o sin hijos, para atribuírselas a otros herederos; finalmente, 3) El que encontraba un tesoro en un terreno ajeno, debía entregar la mitad al dueño del terreno, quien se convertía en propietario de esa parte por disposición de la ley.

6. 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 inenajenable 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 proculeyanos 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, esta se perdía al finalizar el término o al verificarse la condición resolutoria (*revoca reale*).

7. DEFENSA DE LA PROPIEDAD

El propietario normalmente era 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 oponerse al disfrute de su posesión.

Disponía así, 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 solo por quien fuera propietario. En un principio se dirigía solo 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 jure*, 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 este, si el demandado no restituía voluntariamente, se procedía a la *litis aestimatio*, mediante

un juramento deferido al actor sobre el valor de la cosa (*iusiurandum in litem*), ya que dada la estructura del proceso clásico toda condena debía ser pecuniaria. Solo 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 *actio negativa*, era la *actio inhibitoria*, 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 *o peris 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 de una obra nueva, bien que fuera esta una construcción o una demolición, considerada lesiva o perjudicial para el propio interés. Consistía en un acto extrajudicial realizado con una intimidación foral sobre el lugar del trabajo (*in re praesenti*). A ello debía seguirle la demostración del derecho. El *nuntiatius* 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 *nuntiatius* llegará a probar su pretensión.
- b. La *cautio damni injecti*. Era 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 el 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 este 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 con una *nussio ex secundo decreto*, que constituía *iusta causa usucapionis*, y aun caso de propiedad pretoria. Con Justiniano esta posesión se cambió en dominio.
- c. El *interdictum quod vi ant 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 la Ley de las XII Tablas y con posterioridad muy extendida, especialmente en el Derecho justiniano, que competía al propietario de un fundo para regular el régimen de las aguas de lluvia 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 *adjudicatio*, que en este caso, sin embargo, era tan solo declarativa.

Para la tutela de la propiedad provincial, hasta cuando ella desapareció, se van adaptando oportunamente las acciones civiles que competían exclusivamente al *dominus quiritario*. Así, el poseedor de un fundo estipendario 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 dominio.

7.1. Protección de la propiedad civil

La *actio reivindicatoria* era la que tenía el propietario civil no poseedor contra el poseedor no propietario para obtener la declaración de su Derecho y, en consecuencia, la restitución de la cosa o el pago de su precio. En el Proceso de la acción reivindicatoria intervenían, primero los sujetos: con el *demandante* que sería el propietario civil no poseedor y el *demandado* que sería el poseedor no propietario.

En el Derecho clásico el demandado era el que tenía la posesión jurídica, en el Bajo Imperio, también era el demandado el simple detentador, si bien estaba obligado a declarar en nombre de quién la poseía. Si el demandado no se defendía, se entregaba la posesión al actor o demandante.

En el Derecho justiniano solo existían dos casos en que podía ser demandado un no poseedor:

- a) El que cesa dolosamente (intencionadamente) la posición de demandado para engañar al propietario.
- b) Quien se ofrece a mantener dolosamente la posición de demandado para engañar al propietario.

El objeto: La cosa que es objeto de reivindicación debe ser determinada individualmente.

La prueba: (*la carga de la prueba*), es el proceso que distribuye los papeles de actor y demandado. La carga de la prueba le corresponde al demandante, con lo que la situación del demandado es más fácil y favorable, máxime teniendo en cuenta que si se ha adquirido la propiedad de modo o de manera derivativa habrá que ir demostrando el modo de adquirir o de adquisición hasta llegar al originario.

La usucapión viene también a simplificar la carga de la prueba, simplemente se debería demostrar lo siguiente:

- Que se tuvo la posesión.
- Basada en *Iusta Causa*.
- Durante un tiempo.
- Con los requisitos que la ley exige.

Efectos de la *reivindicatio*: Tiene como primer efecto el reconocimiento del derecho de propiedad y devolución de la cosa, si bien esto último, en el Derecho clásico se llevaba por el camino indirecto de la cláusula arbitraria de los *praedes*, (que eran personas que se obligaban como fiadoras de otras personas para garantizar alguna actuación).

En el Derecho romano clásico rige el principio de la condena pecuniaria y no se podía privar al demandado vencido de la cosa. En el Derecho clásico funcionaba la *cláusula arbitraria*, salvo que se restituyera la cosa a su arbitrio, es decir el juez ofrece al demandado la posibilidad de entregar la cosa para salir absuelto y si se negare le hace pagar al demandante el valor de la cosa.

La *cláusula arbitraria* permite la matización de la figura que se llama *Restituere* que significa restituir la cosa igual que se encontraba en el momento de la *litis contestatio* que es el momento procesal en que quedan fijadas las pretensiones de las partes ante el juez.

Si el perecimiento o la entrega es después de la *litis contestatio*:

- * El de buena fe responde por dolo o culpa.
- * El de mala fe responde además por caso fortuito.

En cuanto a la restitución de los frutos hay diferencias en el Derecho clásico y en el Derecho justiniano: En el Derecho clásico el poseedor de buena fe no estaba obligado a devolver los frutos percibidos, antes de la *litis contestatio*, pero sí los percibidos después de la *litis contestatio*, e indemnizar por los consumidos que se llaman *Consumpti*. El poseedor de mala fe, tanto el en Derecho clásico como en el justiniano, está obligado a restituir los frutos percibidos, antes y después de la *litis contestatio*, e incluso de los que no se preocupó de percibir (*Percipiendi*).

Se podía reclamar por parte del poseedor de buena fe, los gastos que hubiese hecho en la cosa para su conservación, sin aumentar su valor, pero no, los realizados simplemente para embellecer.

Gastos hechos en la cosa:

- * Los indispensables para la conservación del objeto.
- * Las mejoras que aumentan el rendimiento o valor.
- * De mero embellecimiento o lujo.

El Derecho pretorio estableció que se deberá reembolsar al poseedor:

- * Todos los gastos necesarios.
- * Los gastos de mejora.
- * No se indemnizaba por los gastos de lujo.

CASOS DE PROPIEDAD:

- **CASO: Un litigio sobre cerdos**

Hechos:

1. Los lobos arrebatan unos cerdos de Cayo a su esclavo Estico, que los persigue.
2. Los cerdos son recuperados por unos perros de Ticio.
3. Ticio se niega a devolver los cerdos a Cayo alegando derecho de caza.
4. Cayo alega que los cerdos, como animales domésticos, no pueden ser cazados, y que Estico, de no ser por los perros de Ticio, los habría recuperado.
5. Ticio alega que los cerdos han dejado de estar en la posesión de Cayo desde el momento en que fueron arrebatados por los lobos, luego son suyos por derecho de caza.

Personas:

Cayo es el perjudicado y, por tanto, será el actor demandante. Ticio, que se niega a la entrega de la cosa, será el demandado. Estico, en su calidad de esclavo que carece de personalidad jurídica, no será parte en el proceso y sus actos o ánimos los asumirá como suyos propios su dueño Cayo.

Instituciones:

- * Propiedad: dominio civil sobre la cosa.
- * Posesión: es el uso de la cosa por su ocupación.
- * Ocupación: apropiación de las cosas que no tienen dueño.

Reglas:

- * La caza solo se puede dar en animales salvajes.
- * Son animales salvajes los que gozan de natural libertad y pueden ser apropiados por cualquiera.
- * Los animales sin dueño son del que efectivamente los captura.
- * Son animales domésticos los que están continuamente bajo la potestad del hombre.

Acciones:

- * Cayo debe ejercer una acción exhibitoria y luego una reivindicatoria; por último, por negarse Ticio a devolver los cerdos y entender que existe ánimo de hurto, una *actio furti*.
- * Ticio, en virtud del derecho a la propiedad por la posesión u ocupación en caza, opondrá una *exceptio iusti dominii*.

Respuestas:

- * A favor del demandado: Las cosas que nos arrebatan las fieras dejan de ser de nuestra propiedad, cuando se liberan de las garras o la boca de la fiera, pasan a ser de la propiedad del que las ocupa.
- * A favor del demandante: Las cosas siguen siendo nuestras mientras sea posible su recuperación y esté en el ánimo conseguirlo, pues ni lo perdido en un naufragio deja de ser nuestro inmediatamente.
- * Además, es competente la acción de hurto, pues aunque Ticio persiguió los cerdos sin intención de hurtarlos, la tuvo cuando se negó a devolverlos.

Conclusiones:

- * Los cerdos no son animales salvajes y por tanto no se pueden cazar, por consiguiente pertenecen a Cayo mientras esté en su ánimo el recuperarlos.
- * Cayo ejercerá la *acción exhibitoria* previa a la *reivindicatoria*; si Ticio se niega a la restitución, queda probado que existe ánimo de hurtar, por lo que procede la *actio furti* contra él.

• CASO: Las abejas ajenas y la miel propia

Hechos:

1. Unas abejas sin propietario hacen un panal.
2. El panal y las abejas están en un árbol.
3. El árbol está en el fundo de Cayo.
4. Ticio se lleva las abejas y el panal.
5. Cayo quiere recuperar las abejas y el panal.
6. Cayo posee unas abejas.
7. Las abejas de Cayo vuelan hacia las de Ticio.
8. Ticio las quema.
9. Cayo quiere un resarcimiento.

Personas:

- * El demandante será Cayo, el perjudicado dueño de las abejas y el panal que ejercerá las acciones.
- * El demandado será Ticio, que se llevó las abejas y el panal, y quemó las abejas.

Instituciones:

- * Propiedad: Es el dominio civil de la cosa.
- * Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- * Ocupación: Es la apropiación de la cosa que no tiene dueño.
- * Caza: Solo se pueden cazar los animales salvajes.
- * Son salvajes los animales que gozan de natural libertad y pueden ser apropiables por cualquiera.

Las abejas pueden considerarse:

- * Como salvajes, apropiables por cualquiera, mientras no mantengan la costumbre de volver.
- * Amansadas, mientras mantengan la costumbre de volver.
- * Si están en la posesión de alguien no pueden ser apropiadas, si alguno se las apropia comete hurto; por consiguiente, el propietario puede ejercer la acción exhibitoria, la reivindicatoria y la *actio furti*.
- * Si alguien las destruye intencionadamente, al ocasionar daño se da la acción de dolo, pudiéndose ejercer la *actio legis Aquiliae*.

Respuestas:

- * A favor del demandado: Niegan el carácter de amansamiento de las abejas, que por no estar encerradas son salvajes; por lo que no procede aplicar la *Ley Aquilia* ni la *actio furti*.

- * Mientras no se construya una colmena y se las encierre, el simple hecho de que se posen en el árbol del fundo y hagan un panal, no basta para arrogarse la propiedad. Igual ocurre con los pájaros que se posan en las ramas de los árboles.
- * A favor del demandante: Son las más y admiten que las abejas, como las palomas, mientras conservan la costumbre de volver a nuestra casa o a sus colmenas en nuestros fundos, son amansadas y, por consiguiente de nuestra propiedad.
- * El enjambre que escapa de una colmena de nuestro fundo, es nuestro mientras permanece a la vista y existe ánimo de perseguirlo, pudiéndose hacer por fundo ajeno; cuando se cese en su persecución, podrá el dueño de la finca ocuparlo y retenerlo.

Conclusiones:

En el primer caso, parece ser que el dueño del árbol no era el propietario ni de las abejas ni del panal, pues no las retuvo en una colmena y, por tanto, los animalillos no podían tener la costumbre de volver a ella. Por lo que no procede que ejercite ninguna acción.

En el segundo caso, según la exposición, uno es dueño de las abejas que volaron; por tanto, las abejas quemadas tenían la consideración de propiedad y, al ser destruidas, se causó un daño a su propietario, por lo que si procede la *actio legis Aquiliae*.

• CASO: El animal salvaje herido

Hechos:

1. Cayo hiere a un animal salvaje.
2. El animal puede ser capturado por Cayo.
3. Ticio se apropia del animal.

Personas:

- * Cayo será el demandante que entable las acciones a fin de recuperar el animal.
- * Ticio será el demandado que se opondrá a la devolución.

Instituciones:

- * Propiedad: Dominio civil sobre la cosa.
- * Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- * Ocupación: Apropiación de las cosas que no tienen dueño. La controversia se plantea de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El animal herido pertenece al que lo hiere, mientras continúe la persecución.
2. El animal se hace propiedad por ocupación de quien efectivamente lo captura.

El actor demandante puede ejercitar la *acción exhibitoria, reivindicatoria* y la *actio furti*. El demandado puede oponer la *exceptio de iusti dominii*.

Respuestas:

- * Las respuestas se dividen entre las que creen que mientras se persigue el animal salvaje sigue siendo nuestro, si se dejara de perseguir pasa a ser del que

lo ha ocupado. Pero si habiéndolo perseguido aquel que ocupó el animal no lo devuelve, comete hurto.

- * Gayo opina que la pieza de caza no es nuestra hasta que efectivamente es capturada, pues pueden ocurrir muchas cosas que impidan su captura.

Conclusión:

Pese a la respuesta de Gayo, parece procedente creer que, de acuerdo con la primera regla expuesta, la parte demandante que ha abatido la pieza y posee el ánimo de captura, por persecución adquiere la propiedad del animal que hirió, hasta que no deje de perseguirlo; así resulta, a mayor abundamiento, si la ocupación del animal por el demandado lo fue como consecuencia directa del debilitamiento ocurrido en él por la herida que le produjo el demandante.

Con todo, lo que procede es que el demandante ejerza la acción exhibitoria para que el demandado muestre la pieza, la reivindicatoria para que la entregue y la *actio furti* para que pague una pena, por existir en el demandado ánimo de hurtar.

• CASO: El jabalí liberado del cepo

Hechos:

1. Un jabalí cae en un cepo.
2. El cepo es de Cayo.
3. Ticio libera al jabalí.
4. Cayo quiere recuperar el jabalí.

Personas:

- * Cayo protagonizará la parte demandante al sentirse perjudicado por la acción de Ticio contra su propiedad.
- * Ticio será la parte demandada, negando la propiedad de Cayo sobre el jabalí.

Instituciones:

- * Propiedad: Dominio civil sobre la cosa.
- * Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- * Ocupación: Apropriación de las cosas que no tienen dueño. La controversia se plantea de acuerdo con las siguientes reglas:
 1. El animal herido pertenece al que lo hiere, mientras continúe la persecución.
 2. El animal se hace propiedad por ocupación de quien efectivamente lo captura.
 3. El animal caído en una trampa es de quien la puso, si no puede escapar de ella.

Acciones:

- * El demandante podría ejercer la acción exhibitoria, reivindicatoria y *actio furti* para el caso de que Ticio se hubiera apropiado del jabalí; y la *actio legis Aquiliae*, con ocasión de dolo, para el caso de que hubiera puesto en libertad al animal.
- * En caso de que el demandado hubiera ocupado el jabalí, podría oponer una *exceptio de iusti dominii* (justo dominio).

Respuestas:

- * Las respuestas distinguen entre el tipo de terreno en el que estuviera colocado el cepo, según fuera su clase de propiedad. También distinguen sobre si el cepo estuviera fijo a la presa de modo que esta no pudiera soltarse forcejeando. No obstante, y suponiendo estas circunstancias a favor del demandante, consideran la presa de su posesión, pudiendo ejercer contra el demandado que la ocupe la acción de hurto y la de daño hecho si la libera, pues sería lo mismo que arrojar por la borda de un barco la valija de otro.
- * Otras respuestas opinan a favor del demandado, que la caza es del que primero la ocupa, y si el animal salvaje escapa se pierde la propiedad.

Conclusión:

Pese al principio o regla de que la caza es propiedad del que efectivamente la captura, considero que en este caso es más justo conceder la propiedad del jabalí a la parte demandante; pues Cayo tiene el ánimo de poseer, y el animal salvaje, o cuerpo, se encuentra sujeto a un artefacto de su propiedad, que viene a ser como la colmena a las abejas. Por todo lo que, si Ticio liberó al animal, la parte demandada actuó causando daño al actor, al que corresponde otorgar la *actio legis Aquiliae*; y si Ticio se lo apropió, le corresponde a Cayo ejercer la *actio ad exhibendum*, *reivindicatio* y *actio furti*, pues el demandado actuó con intención de hurtar.

• CASO: La inundación y los fundos ribereños

Hechos:

1. Acio es propietario de un terreno.
2. El terreno de Acio linda con unos terrenos públicos.
3. Los terrenos públicos son ribereños de un río.
4. Más allá del río está el terreno de Ticio.
5. El terreno de Ticio es ribereño del río.
6. El río inunda por desbordamiento los terrenos públicos.
7. El río vuelve por aluvión a su antiguo cauce.

Personas:

En caso de que surja litigio entre partes, estas serían:

- * Demandante: El representante público, intentando recuperar los terrenos perdidos en la inundación.
- * Demandada: Acio, nuevo poseedor que ocupa ahora los terrenos públicos devueltos por aluvión del río.

Ticio no sería parte en este litigio.

Reglas:

1. Aluvión: El propietario del fundo ribereño adquiere lo que el agua del río va depositando, poco a poco, en su terreno.
2. Si el río deja su antiguo lecho, este se distribuye entre los dueños de los fundos ribereños, siendo la medianera el eje del río.

Acciones:

- * El litigio entre Acio y el representante público, seguiría los trámites de un juicio de propiedad.
- * La parte demandante ejercería la acción reivindicatoria, oponiendo el demandado una exceptio iusti domini.
- * En caso de delimitación final de los confines de los fundos, supuesto en el que intervendría Ticio, se ejercitaría la actio finium regundorum.

Respuestas:

Las respuestas jurisprudenciales resultan favorables a la parte demandante, el representante público, que debe recuperar sus terrenos debido a que se considera que estos eran los ribereños y no los de Acio.

Conclusión:

Cuando se produce el desbordamiento e inundación de los terrenos públicos, el terreno de Acio efectivamente no es ribereño; pero cuando el río regresa a su antiguo cauce por aluvión, el fundo de Acio sí es ribereño. Por consiguiente, aplicando rigurosamente las reglas del Derecho privado romano, los terrenos que el río abandona, o que deposita por aluvión, pasan a ser propiedad de Acio. El principio de utilidad pública, en este caso, es el único procedente o imperativo para devolver los terrenos al pueblo.

Ticio, ni gana ni pierde en este caso; pues, lo que el río le da en un principio, que es su antiguo lecho, luego se lo quita, sin que en estas acciones estén implicados los demás litigantes.

• CASO: El lago sin ribera

Hechos:

1. Rutila compra un lago a Ticio.
2. Rutila compra 10 pies de tierra alrededor del lago a Ticio.
3. El lago crece y sumerge los 10 pies de tierra.
4. Rutila reclama a Ticio 10 pies de tierra alrededor del lago.
5. Cayo vende un predio que tiene una fuente a Ticio.
6. Cayo se reserva el agua de la fuente y diez pies de tierra alrededor.
7. Cayo puede pasar por aquel lugar.
8. Cayo reclama la propiedad de aquel lugar a Ticio. Comentario: Son dos casos, aunque puede tratarse de uno solo.

Personas:

- * Parte demandante: Rutila y Cayo, que reclaman la propiedad de la tierra circundante al agua.
- * Parte demandada: Ticio, propietario de los fundos donde se encuentran la fuente de Cayo y el lago de Rutilia.

Instituciones:

- * Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- * Posesión: Uso de la cosa por su ocupación.
- * Ocupación: Apropiación de las cosas que no tienen dueño.
- * Servidumbre: Limitaciones de usos establecidas entre los propietarios de fundos vecinos.
- * Compraventa: Convenio contractual entre partes que no transmite la propiedad, pues esta debe de entregarse con las formalidades de la mancipatio, in iure cessio, etc.
- * Reservas: Estipulaciones realizadas en la celebración de un convenio contractual que deben ser respetadas por las partes.

Reglas:

Los terrenos que ocupan las aguas, por causas naturales, dejan de pertenecer a sus propietarios.

Acciones:

Las acciones de los demandantes contra el propietario de los fundos seguirán el trámite de un juicio de propiedad; Rutilia y Cayo pueden ejercer la reivindicatio, a la que los dueños opondrán la exceptio iusti dominii.

Respuestas:

- * Las respuestas de los juristas coinciden en que Cayo solo conserva la servidumbre de paso, por la forma que utilizó al reservarse el terreno alrededor del agua.
- * Para el caso de Rutilia estiman que ella compró el lago en lo que era entonces y que por haber crecido no debe poseer más de lo que compró.
- * En los lagos y estanques, puesto que suelen conservar sus propios límites, no se admite en ellos el derecho de acesión por aluvión.

Conclusión:

- * La forma en como Rutilia compró fue: «10 pies alrededor del lago»; si el lago crece por causas naturales, Rutilia debe mantener su propiedad que concretamente es «10 pies alrededor del lago», que fue precisamente lo que se le vendió. Ello siempre que el lago se mantenga dentro de los límites del fundo del vendedor y no se perjudique a terceros, en cuyo caso habría que establecer servidumbres de paso.

En el caso de Cayo, habría que dirimir si la forma verbal «reservado» se refiere a una reserva de uso o de propiedad. Si Cayo en realidad no vendió el agua ni los diez pies de tierra alrededor de ella, estos elementos continúan en su propiedad; si por el contrario constituyó una reserva de uso, Cayo solo conserva la servidumbre de paso.

• CASO: Un tesoro en mi fundo

Hechos:

1. Cayo tiene un fundo.
2. En el fundo existe un tesoro.

3. Cayo no encuentra el tesoro
4. Ticio encuentra el tesoro.
5. Cayo reclama la propiedad del tesoro.

Personas:

- Parte demandante: Cayo que es dueño del fundo donde se encuentra el tesoro.
- Parte demandada: Ticio, que lo puede encontrar de manera fortuita y hacerlo suyo.

Instituciones y reglas:

- Tesoro: Es algo depositado de lo cual ya no se recuerda quién fue su propietario. Si se recuerda su dueño, no es tesoro y puede ser objeto de hurto. Para poseer el tesoro es necesario el animus y el corpus. El tesoro se considera un incremento del fundo donde está depositado, pero también se hace del primero que lo encuentra. Su encuentro debe ser fortuito. En caso de aceptarse la reclamación se reparte por mitades. El litigio seguirá el trámite de un juicio de propiedad; la parte demandante alegará usucapión por prescripción de largo tiempo; para hacerse con la totalidad del tesoro ejercerá una actio ad exhibendum, reivindicatio y posiblemente una actio furti.
- La parte demandada opondrá una *exceptio iusti dominii*.

Respuestas:

- La mayoría de los juristas coinciden en que el tesoro no es nuestro hasta que efectivamente lo encontramos y cambiamos de sitio, aunque sepamos que existe en nuestro fundo.
- Una respuesta afirma que el tesoro por posesión de largo tiempo se hace del dueño del fundo, aunque ignore que existe.

Conclusión:

- Cayo no tendrá la posesión del tesoro hasta que lo encuentre. Para que la parte demandante posea el tesoro por prescripción de largo tiempo, antes debe de encontrarlo y tocarlo, pues no se puede poseer lo que no está demostrado que existe; luego no será suyo hasta que no lo encuentre.
- Las reglas en cuanto a tesoros son bien claras, y por ellas, en caso de que Ticio lo encuentre primero, a la parte demandante solo le corresponde la mitad del tesoro.

• CASO: El comprador de ovejas robadas

Hechos:

1. Ticio posee un rebaño de ovejas.
2. Cayo hurta el rebaño de Ticio.
3. Cayo vende el rebaño a Sempronio.
4. Sempronio no sabe que el rebaño es hurtado.
5. Sempronio esquila el rebaño y vende la lana.
6. Sempronio consume varios corderos.

Personas:

- * Parte demandante: Ticio demandará a Cayo por el delito de hurto. Ticio demandará a Sempronio a fin de conseguir la restitución íntegra del rebaño y de la lana. Sempronio demandará a Cayo por los perjuicios que le ha causado.
- * Parte demandada: Cayo por Ticio y Sempronio. Sempronio por Ticio.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- Ocupación: Es la apropiación de las cosas que no tienen dueño.
Usufructo: Es el derecho de uso de una cosa, o el derecho a percibir sus frutos sin alterar la cosa misma.
- Hurto: Apropiación indebida, con mala fe y ánimo de hacer daño.
- Mala fe: Saber que se perjudica a otro.
- Dolo: Propósito de hacer daño.

Reglas:

- El propietario adquiere los frutos por separación.
- El usufructuario adquiere los frutos por percepción.
- La percepción de los frutos por quien no tiene derecho se considera delito de hurto.
- También adquiere los frutos el poseedor de buena fe.
- En el caso de un rebaño, el usufructuario debe sustituir los animales muertos con los nacidos.
- No se adquiere la propiedad ni la posesión de lo que se adquirió mediante hurto, mala fe o con dolo.

Acciones:

- * La demanda de Ticio sobre Sempronio seguirá el trámite de un juicio de propiedad: Ticio ejercitará la acción reivindicatoria sobre Sempronio, aunque antes puede ejercitar la acción exhibitoria. Ejercerá también la *actio furti* contra Cayo.
- * Sempronio podrá ejercer la acción de compra contra Cayo, y exigirle una indemnización por la venta fraudulenta; también puede ejercer una *exceptio in iusti dominii* contra Ticio.

Respuestas:

Según las respuestas, el ladrón no tiene derecho ni a la propiedad ni a los frutos por usucapión; el comprador de buena fe si tiene derecho a todos los frutos que haya dado el rebaño, sin necesidad de usucapión; lo mismo vale para los corderos si han sido ya consumidos.

Conclusiones:

- * Sempronio deberá restituir el rebaño a Ticio, pero el fruto de la venta de la lana, al ser poseedor de buena fe, no deberá devolverlo. En cuanto a los corderos consumidos,

debe discernirse si se consideran como fruto del rebaño, en cuyo caso pertenecen al comprador de buena fe; o si son parte del rebaño, por lo que Sempronio debería indemnizar a Ticio.

- * Cayo deberá devolver la cantidad de la venta a Sempronio, más una pena por ser esta fraudulenta. Cayo también deberá de pagar a Ticio el precio de los frutos consumidos del rebaño, más una pena por el hurto.

• CASO: La reparación del barco con materiales ajenos

Hechos:

1. Cayo es dueño de una nave.
2. Cayo reconstruye su nave con materiales.
3. Los materiales pertenecen a Ticio.
4. Ticio reclama la propiedad de la nave.

Personas:

- Demandante. Ticio será la parte demandante, pues reclama a Cayo la propiedad de la nave.
 - Demandado. Cayo será el actor demandado que se opondrá a la pretensión de Ticio.
- Instituciones, reglas y acciones:

Se trata de un caso de especificación, que se da cuando uno hace una cosa con materiales de otro.

La controversia se plantea de acuerdo con las siguientes reglas:

- La cosa pertenece al propietario del material si es posible devolver la cosa a su origen (vaso).
- La cosa pertenece al artífice si no es posible devolver la cosa a su origen (vino, aceite).
- El litigio de Ticio contra Cayo seguirá el trámite de un juicio de propiedad: Ticio puede ejercer una *reivindicatio*, precedida de una *actio ad exhibendum* fin de valorar el precio de la cosa. También podría ejercer una *actio furti* basada en la intención de Cayo de no entregar la cosa, y, por tanto, en su ánimo de hurtar.
- Cayo opondrá una *exceptio iusti dominii*.

Respuestas:

- Algunas respuestas entienden que el dueño de la cosa fabricada es el dueño de los materiales con que se hizo. Y otras al contrario.
- Otras creen que Ticio sería dueño de la nave si los materiales se hubieran utilizado en su construcción y no en su reparación.

Conclusión:

- Para que haya lugar a un caso de especificación debe de haberse fabricado algo nuevo, y puesto que los materiales de Ticio se utilizaron en la reparación de la nave de Cayo, no en su fabricación, Cayo sigue siendo su propietario.
- A Ticio solo le corresponde el precio de los materiales pactados o su devolución; ello

por aplicación de las reglas, ya que las reparaciones de la nave, realizadas con los materiales de Ticio, pueden restituirse a su forma primitiva y entregársele.

• **CASO: El edificio con materiales ajenos**

Hechos:

1. Cayo posee un solar.
2. Cayo construye en él un edificio.
3. Los materiales del edificio son propiedad de Ticio.
4. Ticio reclama los materiales.

Personas:

- Parte demandante: Ticio ejercerá las acciones de la demanda contra Cayo, reclamando la devolución de los materiales.
- Parte demandada: Cayo se opondrá a las pretensiones de Ticio, intentando conservar la propiedad íntegra del edificio.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- Ocupación: Es la apropiación de la cosa que no tiene dueño.
- Accesión: Cuando una cosa accesoria se une a otra principal.

Reglas:

- Cuando una cosa accesoria se une a otra principal, el dueño de la principal adquiere su propiedad por accesión.
- La superficie accede al suelo, todo lo que siembra, planta o construye pertenece al dueño del suelo.
- Si un propietario construye en su suelo con materiales de otro, el otro no podrá reivindicarlos mientras el edificio esté en pie; pero puede ejercer una acción por el doble del precio de los materiales incorporados, *actio de tigno iuncto*.

Acciones:

- El litigio de Ticio contra Cayo tendrá el trámite de un juicio de propiedad:
- La parte demandante, Ticio, podrá ejercer una acción reivindicatoria para recuperar la cosa íntegra, o bien una *actio de tigno iuncto* para exigir el doble del precio de sus materiales, o una *actio furti* si estos fueron robados.
- La parte demandada, Cayo, opondrá la *exceptio iusti dominii*.

Respuestas:

Las respuestas son unánimes en atribuir la propiedad íntegra del edificio a Cayo, porque nadie está obligado a sacar una viga ajena o cualquier otro material de su casa. Sin embargo Ticio tiene derecho a reclamar el doble del valor de los materiales o si el edificio se demoliere, a la restitución de estos mediante una acción exhibitoria.

Conclusión:

A la vista de los hechos y las reglas, Ticio no tiene derecho a la devolución de los materiales; sí tiene, sin embargo, derecho a la cantidad que se pactará si hubo venta,

y al doble de su valor, o una pena contra Cayo, si los materiales fueron hurtados.

• **CASO: La casa sin ventanas ni puertas**

Hechos:

1. Ticio habita en una casa.
2. Cayo es propietario de la casa.
3. Ticio instala ventanas y puertas en la casa.
4. Cayo quitó las ventanas y las puertas.
5. Ticio quiere recuperar las ventanas y puertas.

Personas:

- Parte demandante: Ticio será el actor de la parte demandante que, mediante sus acciones, reclamará la posesión de las ventanas y puertas.
- Parte demandada: Cayo, dueño de la casa, que se opondrá a las pretensiones de Ticio.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- Ocupación: Es la apropiación de la cosa que no tiene dueño.
- Accesión: Se produce cuando una cosa accesoria se une a otra principal.

Reglas:

- * Cuando una cosa accesoria se incorpora a otra principal, el propietario de la principal la adquiere por accesión.
- Existe la accesión definitiva y la provisional, que se da cuando las cosas son o no son separables.
- En caso de accesión provisional, cuando dos cosas son separables sin causarse daño, el dueño de la accesoria tiene derecho a su reintegro.

Acciones:

- El litigio de Ticio contra Cayo seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- La parte demandante, Ticio, podrá ejercer la acción exhibitoria previa a la reivindicatoria.
- Cayo, actor demandado, podrá oponer una exceptio iusti dominii.

Respuestas:

- A favor del demandante: Las cosas incorporadas a los edificios ajenos pertenecen a ellos mientras permanezcan unidas. Una vez se separan vuelven a su primitiva condición.
- La parte demandante, Ticio, tiene derecho a que Cayo le restituya la propiedad de las puertas y ventanas; ya que el demandado las separó de su edificio sin producirle daño.
- Luego procede el ejercicio de las acciones de Ticio.

• **CASO: La usucapión del hijo de la esclava**

Hechos:

1. El esclavo Estico hurta una esclava a Cayo.
2. Estico entrega a su dueño, Ticio, la esclava.
3. Ticio manumite a Estico a cambio de esta entrega.
4. La esclava concibe un hijo.
5. Cayo reclama la esclava y el hijo.
6. Ticio quiere usucapir el hijo.

Personas:

- * Partes demandantes:
 - Cayo, propietario de la esclava, que litigará contra Ticio a fin de recuperar sus propiedades.
 - Cayo contra Estico por el acto de hurto.
 - Ticio, poseedor de la esclava y del hijo, que podría litigar contra Estico por una venta fraudulenta.
- Partes demandadas:
 - Ticio, poseedor del hijo de la esclava hurtada.
 - Estico, reo de hurto y presuntamente de venta fraudulenta.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil (de los ciudadanos romanos) de la cosa misma.
- Posesión: Es el uso de la cosa por su ocupación.
- Ocupación: Apropiación de la cosa que no tiene dueño.
- Usucapión: Adquisición de la propiedad por el transcurso de uno o dos años en la posesión.
- Hurto: Ocupar cosas a sabiendas de que tienen dueño.
- Esclavitud: Capiti deminutio máxima. El ser humano carece de personalidad jurídica y puede ser apropiado por otro.
- Manumisión: Liberar un esclavo de nuestra propiedad.
- Bona fides: Creer obrar rectamente sin causar perjuicio a otro.
- Noxalidad: En ciertos casos, por la acción noxal, los dueños de los esclavos responden sus actos, lo mismo que los tutores de sus pupilos, los padres de los hijos. etc.
- Venta: Es un contrato consensual entre las partes que no implica la adquisición de la propiedad de la cosa vendida.

Reglas:

- Para adquirir la propiedad por usucapión es necesario que el poseedor lo sea de buena fe, bona fides, en el momento de comenzar la posesión.

- Los hijos de los esclavos no son frutos.
- Los dueños de los esclavos, por noxalidad, responden de las acciones de estos. Pueden librarse de la acción noxal entregando al esclavo.
- El esclavo no tiene capacidad negocial.
- En caso de engaño o fraude en una venta o transacción comercial, una parte puede ejercer acciones contra la otra a fin de conseguir una pena (indemnización, indemnización del duplo, restitución de la cosa, etc.)

Acciones:

- El litigio de Cayo contra Ticio seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- La parte demandante, Cayo, podrá ejercitar contra Ticio una acción exhibitoria previa a la reivindicatoria, y una actio furti por acción noxal.
- La parte demandada, Ticio, podrá oponer una exceptio iusti dominii, basándose en una posible posesión de buena fe.

Ticio podrá ejercer contra Estico una actio doli.

Cayo podrá ejercer contra Estico una actio furti, una actio doli y una actio legis Aquiliae, porque Estico actuó contra él de mala fe, con intención de causar daño y hurtar.

Respuestas:

- * Cayo puede usucapir al hijo de la esclava como si fuese un comprador, puesto que se puede suponer que realizó una transacción comercial o venta con su esclavo, que consiguió su libertad a cambio de esta.
- * A consecuencia del hijo de la esclava, Estico no puede ser demandado, puesto que no lo vendió.
- * El hijo pertenece al dueño de la esclava, puesto que el hijo no es un fruto.

Conclusión:

- * Si Ticio no sabía que la esclava era hurtada, actuó de buena fe al principio de poseerla, luego puede usucapir tanto a la esclava como al hijo. Estico sustrajo una esclava de Cayo, por lo que es reo de hurto y debe responder de ello ante Cayo; debe responder personalmente puesto que ahora es liberto.
- * Si Ticio sabía que la esclava era hurtada, actuó de mala fe al principio de poseerla, luego no puede usucapir ni a la esclava ni al hijo. Estico sustrajo una esclava de Cayo, por lo que es reo de hurto y debe responder de ello ante Cayo, pero el que debe responder realmente es Ticio por acción noxal.

• CASO: El encargo del esclavo

Hechos:

- 1 Cayo tiene un esclavo, Estico.
- 2 Estico compra un fundo, por medio de Ticio.
- 3 Estico es manumitido por Cayo.
- 4 Ticio entrega el fundo a Estico.

- 5 Cayo reclama la propiedad del fundo.
- 6 Estico ejerce contra Cayo la prescripción de largo tiempo.

Personas:

- * Parte demandante: Cayo, que pretende la propiedad del fundo.
- * Parte demandada: Estico, poseedor del fundo, que se opone a la pretensión de Cayo ejercitando una exceptio praescriptio longi temporis.

Instituciones:

- * Compraventa: Contrato consensual entre partes que no transmite la propiedad.
- * La generales de propiedad y posesión.
- * Las generales para la entrega y adquisición de la propiedad: Usucapión, traditio, mancipatio, in iure cessio, donación y prescripciones de largo tiempo.
- * Esclavitud. Capiti deminutio máxima por la que la persona es considerada como una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- * Peculio. Ciertos bienes de que puede disponer el esclavo, el pupilo o el hijo según los límites concedidos por el dueño, el tutor o el padre.

Manumisión: Dar la libertad a un esclavo de nuestra propiedad.

Reglas:

Un esclavo no tiene capacidad negocial, salvo en los límites del peculio concedido por el dueño.

CAPÍTULO IV

De las Servidumbres

1. NOCIONES

La explotación óptima de fundos pertenecientes a distintos propietarios, impone que se rompa su aislamiento, estableciendo relaciones de sujeción entre ellos para su mejor aprovechamiento. Surgen así las servidumbres (*servitutes*).

En realidad, el concepto de *servitus* nace de una metáfora: al igual que la institución de la esclavitud (*servitus*) hace en el Derecho de personas que una persona se someta a otra, prestándole sus servicios, de la misma forma, en el Derecho de cosas, la institución de la servidumbre, permite que un fundo se aproveche de los servicios de otro.

El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre, es decir, el de procurar al propietario solo las ventajas que el tolera. Pero mientras que el *jus abutendi* no puede pertenecer más que al propietario, otros derechos, tales como el *jus utendi*, el *jus fruendi*, están algunas veces, en todo o en parte, separados de la propiedad, que está disminuida y aminorada de esta manera; entonces se dice que está gravada con una servidumbre.

Las servidumbres son derechos reales establecidos sobre un fundo para el servicio de otro fundo o de una persona que no es su dueño. Confiere facultades de uso o de disfrute, pues, el derecho de disposición pertenece siempre al propietario. Además, son derechos limitados por su contenido, de lo contrario se atentaría contra el derecho del propietario.

La servidumbre es, por consiguiente, una restricción a la propiedad de una parte, y de otra parte un derecho sobre la cosa de otro, un *jus in re aliena*. Se distinguen dos clases:

- a) Las servidumbres personales, *servitutes personarum*, que están establecidas sobre una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada, sin pasar a sus herederos, y

- b) Las servidumbres reales o *prediales*, *servitutes rerum o praediorum*, que solo pueden existir en provecho de un fundo de tierra sobre otro fundo; es un derecho unido a un fundo y que beneficia a los propietarios sucesivos de este fundo.

Al lado de las reglas especiales que gobiernan estas dos clases de servidumbres hay ciertos principios que les son comunes en razón de su misma naturaleza.

1. La servidumbre consiste en algunas ventajas desprendidas de la propiedad, de lo que resultan dos consecuencias: a) debe procurar utilidad a una persona o a un fundo: una simple incomodidad en la propiedad de otro, sin provecho para alguna persona, no puede constituir una servidumbre y b) Un propietario no puede tener servidumbre sobre su propia cosa, puesto que todas las ventajas que puede sacar entran en su derecho de propiedad.
2. La servidumbre es un Derecho real y no una obligación. Es la cosa quien está sujeta, y el propietario no está obligado a realizar los actos. La restricción que le impone la servidumbre solo puede consistir en no hacer o en sufrir que sea ejercitada. Puede desembarazarse de ella, abandonando o cediendo la cosa sometida, porque personalmente no está obligado; aunque, por eso, la servidumbre sigue persistiendo.
3. La servidumbre es una relación entre una cosa y una persona determinada, o entre dos fondos igualmente determinados. Es, por consecuencia, inalienable, puesto que al cederla se modifica uno de los términos de relación y se desnaturaliza el mismo derecho. Por esta misma razón tampoco puede sufrir enajenación parcial; de donde procede la regla de que no se puede constituir servidumbre sobre servidumbre.

La servidumbre está sancionada por el Derecho civil, y el Derecho real que confiere está también sancionado por una acción civil *in rem*: la acción confesoria, por la cual el titular de la servidumbre puede hacer reconocer en justicia su derecho negado.

Para los clásicos eran servidumbres solo 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 dominii*.
- b) *Servitus in faciendo consistere nequit*: También establecida para las servidumbres prediales, expresaba el principio de que el deber del propietario de la cosa gravada por la servidumbre podía consistir solo 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) *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.

2. LAS SERVIDUMBRES REALES O PREDIALES

Las servidumbres prediales eran Derechos reales sobre la cosa ajena, consistentes en la sujeción permanente de un fundo, llamado sirviente, en beneficio de otro fundo, llamado dominante. 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.

Eran constituidas para beneficio no de una persona sino de un fundo, las servidumbres podían ser ejercidas solo en los límites de la utilidad objetiva de este. 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.

La servidumbre predial es un derecho establecido sobre un inmueble en provecho de otro inmueble. Supone, por consiguiente, dos fundos vecinos pertenecientes a propietarios diferentes; uno, el fundo dominante, que tiene la ventaja sobre el cual está establecida; el otro, el fundo sirviente, que es el que está gravado.

La servidumbre, que es una restricción de la propiedad, no podía ser creada arbitrariamente, y debía encontrar su justificación, bien en interés de la agricultura, a la cual los antiguos romanos daban mucha importancia, o bien en las necesidades resultantes de la vecindad de los fundos construidos y no construidos; en una palabra, debe aumentar de una manera permanente la utilidad o el placer del fundo dominante. Los romanos expresan, por consiguiente, una idea exacta diciendo que la servidumbre predial es una cualidad del fundo dominante, como la fertilidad, la existencia. Sacaban las consecuencias siguientes:

- a) La servidumbre predial debe procurar utilidad al fundo dominante, sin poder consistir en una ventaja puramente personal para el propietario. Por eso no existe ni puede haber servidumbre predial autorizando al propietario de un inmueble a pasearse o a recoger los frutos del fundo vecino, porque este acuerdo dañaría a un fundo sin beneficiar al otro.
- b) La servidumbre predial solo puede establecerse a perpetuidad y no por una duración determinada. En efecto, los fundos de tierra tienen una existencia y necesidades permanentes, la servidumbre, por ser una cualidad de un fundo, debe ser permanente. Siendo temporal, respondería más bien al interés de una persona que al de un inmueble.

Sin embargo, el Derecho pretoriano ha corregido lo que esta solución del Derecho civil podía tener de contraria a la voluntad de las partes, cuando ellas han establecido una servidumbre por un tiempo limitado. A la expiración del término fijado, si el propietario del fundo dominante quiere ejercer la servidumbre, a pesar de la cláusula aceptada y obra por la acción confesoria para vencer la resistencia del

propietario del fundo sirviente, el pretor concede al demandado una excepción de pacto o de dolo que le asegura la victoria del pleito.

- c) La servidumbre debe tener una causa perpetua, ya que exige en el fundo sirviente una cualidad natural y permanente que permita el ejercicio de la servidumbre indefinidamente renovado e independiente del hecho del propietario del fundo sirviente. Por eso se puede establecer una servidumbre de sacar agua o de acueducto sobre un curso de agua alimentado por una fuente, pero no sobre un estanque o una cisterna.

Esta consecuencia lógica, pero rigurosa, del carácter de la servidumbre predial, recibe, fuera de esto, una interpretación bastante amplia y por eso se admite como servidumbre el derecho a coger arena o piedra de un fundo, en beneficio del fundo vecino. Sin duda, una excavación debe terminar por agotarse. Pero, en realidad, estando limitada la servidumbre a las necesidades del fundo dominante, no es posible prever el término.

- d) La servidumbre es indivisible. Es una consecuencia de su naturaleza, puesto que la servidumbre, siendo una cualidad del fundo dominante, solo se comprende perteneciendo al fundo entero o a una parte divisa del fundo, y no a una parte indivisa. Por la misma razón, debe gravar el fundo sirviente todo entero, o alguna parte determinada, sin que pueda concebirse que grave una porción indivisa. De esto resulta que una servidumbre no puede ser establecida ni extinguirse en parte.

Por consiguiente, si un fundo está indiviso entre varios copropietarios, una servidumbre no puede ser creada sobre este fundo o en su beneficio más que con el consentimiento de todos y una vez constituida, no puede extinguirse por el hecho de uno solo de los copropietarios del fundo dominante. La indivisibilidad de la servidumbre no se opone por lo demás a regular el modo de ejercitarla. Así se puede establecer que la servidumbre de paso se ejercerá sobre tal parte del fundo sirviente, o bien en una época y a horas determinadas.

Principios de las servidumbres prediales:

- 1º Las servidumbres tienen que proporcionar al fundo dominante una utilidad objetiva y permanente. Esto se explica que no puede pasar por uno quien quiera o suministrar agua cuando uno quiera, tiene que ser objetivo y permanente.
- 2º Es un derecho real en el sentido de que no solo recae sobre fundos, sino que los sucesivos propietarios del fundo dominante son los que se benefician y, por otro lado, los sucesivos propietarios de fundo sirviente son los que deben sufrirla. }
- 3º Es sobre cosa ajena y, nunca puede serlo sobre cosa propia. Los fondos dominantes y sirvientes tienen que ser de distintos propietarios. Cuando ambos se hacen del mismo propietario, entonces, la servidumbre se extingue por confusión. Puede un fundo seguir ofreciendo ventajas a otro, pero al ser del mismo propietario, ya no hay derecho real sobre cosa ajena y, por ello, no hay servidumbre ya que el propietario ejerce sus facultades dominicales, por completo.
- 4º La servidumbre, no puede consistir en un hacer, es decir, el dueño del fundo sirviente debe solo sufrir la servidumbre o simplemente no hacer. Ejemplo: no levantar una pared que pueda tapar las luces del vecino.
- 5º Las servidumbres son inherentes de los fondos e inseparables de los mismos, independientemente de quién sea su dueño. Por eso se dice que las servidumbres es *qualitas fundus* (cualidad del fundo), el fundo dominante tendrá esa *qualitas*

como de beneficio, mientras que en el fundo sirviente esa qualitas es de carga, pero es inseparable de los fundos.

- 6º La servidumbre debe reportar al fundo una utilidad objetiva y permanente. Ello implica que no se puedan constituir servidumbres que satisfagan el mero capricho de una parte.
- 7º Los fundos han de ser vecinos, lo que no implica necesariamente que sean contiguos.
- 8º La servidumbre es indivisible, no se puede adquirir ni imponer por partes ideales, las servidumbres no se parten.
- 9º Si hay varios propietarios de un fundo, es necesario la concurrencia de todas las voluntades para imponer la servidumbre, la razón es que en el uso en que consiste es indivisible. Pero por parte del propietario sirviente la servidumbre puede limitarse a una parte del fundo de su propiedad.

Desde su origen ha sido calificada la servidumbre según la naturaleza del fundo dominante.

La costumbre de los romanos era, en efecto, designar una servidumbre por el sujeto al cual beneficiaba; por eso dicen *servitutes personarum* o *rerum*, según que están establecidas en favor de las personas o de los fundos de tierra. Por tanto, las *servitutes* o *ivra praediorum urbanorum* o *rusticorum*, son derechos establecidos en beneficio de los fundos rurales.

Esta noción de las servidumbres rurales y urbanas permite comprender con facilidad el origen y principal interés de esta división. Entre los antiguos romanos, muy dados a la agricultura, se dio importancia excepcional a las servidumbres destinadas a facilitar o hacer más productiva la explotación de los fundos itálicos, es decir, a las servidumbres rurales; por eso fueron colocadas entre las *res mancipi*. Las servidumbres urbanas, que solo beneficiaban a las casas, fueron, sin duda, admitidas más tarde, a causa de su menor utilidad, quedando en la categoría de las *res nec mancipi*.

2.1. Servidumbres rurales

Las principales eran las siguientes:

- a) La servidumbre de pasaje; está calificada diversamente según su extensión: el *iter* permite pasar sobre el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera, (camino estrecho); el *actus*, además otorga derecho para pasar las bestias y los carros (camino más amplio); la vía confiere el derecho de pasaje más completo, y permite un camino de un largo fijado por la ley de las XII Tablas. Es la suma de *Iter* más *Actus*; es un camino más amplio que mide 8 pies, en línea recta, y 16 pies en curva. (*Cañada*).
- b) La servidumbre de acueducto o derecho de conducir el agua a través del fundo sirviente con ayuda de regueras o tubos, para llevarla al fundo dominante; en esencia su contenido consiste en el aprovechamiento de cualquiera de las utilidades que puede proporcionar el agua. Destacan:
 - Las de toma de agua: *Abrevaderos*, con posibilidad de permitir dar agua al ganado, debiendo tener dos, una de *Actus* para pasar el ganado y la de *abrevadero*.
- c) La servidumbre de estanque, *acuae hauriendae*, para las necesidades del fundo dominante.
- d) El derecho de pastar, *ius pascendi*; el derecho de abrevar los rebaños en el fundo de otro, *pecoris ad aquam adpulsus*, limitados los dos a las bestias unidas al fundo dominante;

- e) También varias servidumbres, que daban derecho a coger del fundo sometido, pero siempre en el límite de las necesidades del fundo dominante, arena, piedras y demás materiales. Consistían en sacar arena y cal, siempre que no sea con fines industriales. El destino de esos materiales no podía ser la venta, sino que tenía que utilizarse en el fundo dominante (en construcción pero sin ánimo de lucro).

2.2. Servidumbres urbanas

Eran las siguientes:

- a) La servidumbre *tigni inimitendi* o derecho de hacer penetrar vigas en la muralla del vecino,
- b) La servidumbre *oneris ferendi*, o derecho de hacer descansar un edificio sobre un muro o sobre una construcción del vecino. Esta presentaba la particularidad de que el propietario del fundo sirviente debía conservar en buen estado la construcción gravada con la servidumbre. Parece ser que esta regla, que no fue admitida sin controversia, resultaba de una convención hecha habitualmente en este sentido fuera de la constitución de la servidumbre. En todo caso, y a juicio de Labeon, esta carga era impuesta, no a la persona, pero sí al fundo sirviente: el propietario podía liberarse abandonando el inmueble sometido
- c) La servidumbre *stillicidii vel fluminis recipiendi*, o servidumbre de cloaca, obligaba a los fundos sirvientes a recibir las aguas pluviales que caían de las casas vecinas, bien fuese gota a gota (*stillicidii*), o recogida por algún conducto (*flumen*).
- d) La servidumbre *altius non tollendi, en luminibus officiatur*, impedía levantar las construcciones del fundo sirviente, con el fin de no molestar la vista ni quitar la luz al fundo dominante.

Esta enumeración permite comprobar que las servidumbres consideradas en general como rurales suponen un hecho ejercido sobre el fundo sirviente por el propietario del fundo dominante; consisten, por consiguiente, *in faciendo* y como este hecho solo se ejercía en intervalos más o menos lejanos, tenía un carácter de discontinuidad. Se ve, por el contrario, que las servidumbres tratadas casi siempre como urbanas consistían, bien sea en mantener cierto estado de cosas en detrimento del fundo sirviente, *in habendo*, o bien en impedir que ciertos trabajos sean realizados *in prohibendo*; el hecho del hombre no era necesario para que sean ejercidas, y tener, por consiguiente, un carácter de continuidad.

Constitución: El establecimiento de una servidumbre podía presentarse bajo dos aspectos:

- a) El propietario de un fundo podía ceder sobre este fundo, en provecho de un inmueble vecino, las ventajas formando una servidumbre predial; entonces había constitución directa o *translatio servitutis*.
- b) El propietario de dos fundos podía enajenar uno, reservando sobre este fundo una servidumbre en provecho de aquel que la retuviera para sí: entonces hay *deductio* o *retentio servitutis*.

Los procedimientos que permitían establecer una servidumbre de una u otra manera han variado según las épocas.

En el antiguo Derecho civil: una servidumbre rural o urbana podía ser directamente creada:

- a) Por *in jure cessio*, era el modo ordinario de constitución entre vivos.
- b) Por *adjudicatio*, pronunciada por el juez entre dos fundos comprendidos en un proceso de partición o de deslinde.
- c) Por testamento en virtud de un legado *pervindicationem*. Los mismos procedimientos permitían también establecer una *servidumbre per deductionem*.

Hay que añadir la *mancipatio*, aunque con una aplicación más limitada, porque no podía servir para constituir directamente más que las servidumbres rurales, que son únicamente *res mancipi*. Pero enajenando un fundo itálico, podía el propietario reservar sobre este fundo, en beneficio de algún otro fundo, alguna servidumbre urbana o rural, puesto que el fundo itálico es *res mancipi* y no la servidumbre que era entonces objeto de la mancipación. Estos eran los únicos modos, porque la tradición, en efecto, no era aplicable a las cosas incorpóreas, ocurriendo lo mismo con la usucapión. Sin embargo, Paulo nos enseña que la usucapión de las servidumbres había sido prohibida por una ley *Scribonia*. Se debe concluir que antiguamente ciertas servidumbres podían ser *usucapidas*, acaso por haber sido primeramente tratadas como cosas corporales, y confundidas con los fundos de que eran objeto.

Por otra parte los procedimientos del Derecho civil, siendo inaplicables a los fundos provinciales, no podían servir para crear servidumbres. Pero se llegó a establecer una relación análoga entre dos fundos de esta naturaleza por un modo indirecto *pactionibus et stipulationibus*, las partes regulaban, con la ayuda de una convención o *pacto*, la extensión y las condiciones de la servidumbre, y por una estipulación, el que había prometido la servidumbre se obligaba a observar la convención y a pagar a la otra una indemnización, para el caso en que se opusiera al ejercicio de la servidumbre. Este procedimiento no tenía por efecto constituir un derecho real de servidumbre, porque solo creaba un lazo personal entre las partes. Pero de hecho, resultaba entre los fundos, mientras no cambiaran de dueño, una relación equivalente a una servidumbre.

En el Derecho pretoriano, hacia el fin del siglo I de nuestra era, y después de alguna incertidumbre, vino a prevalecer una idea nueva. Los jurisconsultos admiten que el ejercicio del derecho equivale, para las servidumbres, a la posesión de las cosas corporales. Es una *quasipossessio* o *possessio juris*. Debía manifestarse como la posesión *animo et corpore*, es decir, que el propietario del fundo dominante debía *ejercer* la servidumbre como un derecho que le perteneciera.

Gracias a este progreso, el pretor sancionaba nuevos modos de establecimiento de servidumbres a) *La quasitradition*, cuando, seguido de una venta, o de otra causa engendrando la obligación de crear una servidumbre, el propietario del fundo sirviente haya dejado ejercer esta servidumbre por el propietario del fundo al cual es debida. Desde entonces se pudo establecer por este modo servidumbres sobre los fundos provinciales; b) La reserva de una servidumbre hecha en la tradición de un fundo provincial; c) El largo uso *diuturnus usus* o *longa consuetudo*. Si una servidumbre ha sido ejercida durante largo tiempo sobre el fundo vecino, sin oposición del propietario, y que esta *quasi possessio* ha sido exenta de vicios, el pretor consideraba que la servidumbre estaba adquirida legítimamente. Por otra parte, no exigía ni justo título ni plazo determinado.

En estos diversos casos. la servidumbre no estaba constituida en el Derecho civil, pero el pretor reconocía la existencia y protegía el ejercicio, desde luego, con ayuda de *interdictos quasi possessorios*, y después dando al propietario del fundo dominante una excepción y aun una acción, es decir, bien sea una, acción confesoria útil o bien una acción *publiciana*.

En el Derecho de Justiniano: último estado del Derecho romano cayeron en desuso ciertos modos de constitución; estos eran la *mancipatio* y la *in iure cessio*; y, por otra parte, el Derecho civil admite los que estaban sancionados por el Derecho pretoriano. Una servidumbre predial puede, por consiguiente, ser constituida por los procedimientos siguientes:

- a) Por *cuasitradicción* operada en ejecución de una convención a la cual se une una cláusula penal: *pactis et stipulationibus*. Es el procedimiento señalado por Gayo con ocasión de los fundos provinciales, que llegó a ser un modo general de constitución entre vivos para las servidumbres.
- b) Por una reserva en la tradición de un fundo.
- c) Por testamento, en virtud de un legado en cualquier forma que estuviese.
- d) Por *adjudicatio*;
- e) Por la *prescripción*, es decir, por una *cuasiposición* exenta de vicios prolongada durante diez años entre presentes, veinte años entre ausentes, y satisfaciendo las condiciones requeridas para la usucapión de la propiedad.

La constitución de una servidumbre predial podía tener lugar pura y simplemente, o estar suspendida por una modalidad, de manera que la servidumbre fuese creada únicamente a la llegada de un término o la realización de una condición. La naturaleza misma de este derecho no tiene nada que a ello se oponga, y por eso precisamente los textos prevén el *legado* de una servidumbre bajo condición. Pero algunos modos de constitución, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, no permitían la inserción de ninguna modalidad de las expresadas.

La extinción: La extinción de una servidumbre predial hace desaparecer la restricción impuesta a la propiedad del fundo sometido que recobra su libertad natural. He aquí las causas que conducen a este resultado:

- a) *El no uso:* Existe no uso cuando una servidumbre no es ejercida ni por el propietario del fundo dominante ni por ninguna otra persona obrando por su interés. Un ejercicio parcial impide la extinción de la servidumbre, porque es indivisible. En cambio, hay no uso, limitándose a hacer actos ajenos al ejercicio de la servidumbre.

Para que la servidumbre sea extinguida por el no uso, era preciso que haya durado todo el tiempo requerido para la usucapión de los inmuebles, es decir, dos años en la época clásica, y bajo Justiniano diez años entre presentes, veinte entre ausentes.

Esta causa de extinción se aplicaba a las servidumbres urbanas lo mismo que a las rurales. Sin embargo, hay sobre esto, entre las dos clases de servidumbres, una diferencia importante. Para que una servidumbre rural se extinga por no uso era suficiente con que no sea ejercida y que el plazo corra del último acto de ejercicio, por ejemplo, desde el día en que se ha pasado por última vez sobre el fundo sirviente. Siendo la servidumbre urbana, era necesario que el propietario del fundo sirviente haya hecho un acto contrario a la servidumbre; por ejemplo, que haya construido más alto de lo que le permitía una servidumbre *altius tollendi*.

Esta diferencia no tiene nada de arbitraria, puesto que explica el carácter dominante de cada clase de servidumbre. La base de la extinción de las servidumbres por el no uso es que el fundo sirviente queda en libertad durante el término fijado. De manera que tratándose de una servidumbre rural, que da al propietario del fundo dominante el derecho para hacer ciertos actos, el fundo sirviente queda en libertad por la sola razón de no haber realizado ningún acto. Por el contrario, la servidumbre urbana, confiriendo en general al fundo dominante el derecho de hacer mantener cierto estado de cosas sobre el fundo sirviente, subsiste mientras que las cosas queden en este estado. Para que el fundo recobre su libertad es necesario hacer un acto contrario a la servidumbre, y cuando el nuevo estado de esta manera creado haya durado suficientemente, este fundo sirviente habrá consolidado su libertad, esto es a *usucapido*; de donde vienen las expresiones *usucapio libertatis*.

- b) La pérdida de uno de los fundos: Para que la servidumbre sea extinguida hacía falta también que uno de los fundos haya sufrido tales cambios que no pudiera ser ejercida. Sin embargo, si esta modificación solo era temporal, por ejemplo, si un fundo sometido a una servidumbre de paso se inundaba y las aguas se retiraban después de cierto tiempo, la servidumbre no dejaba de existir, al menos que en este intervalo haya perecido por el no uso.
- c) La confusión: Es la reunión, sobre la misma cabeza, de la propiedad de los dos fundos y entonces la servidumbre estaba extinguida, puesto que no se podía tener servidumbre sobre su propia cosa. Si más tarde el propietario vendía uno de los fundos, la servidumbre no volvía a revivir; era necesario, para restablecerla, una nueva constitución. Esta causa de extinción no producía su efecto si el propietario de uno de los fundos solo adquiría una parte del otro; la servidumbre sobrevivía, siendo indivisible.
- d) La renuncia *del propietario* del fundo dominante: según el Derecho civil antiguo, la renuncia no podía extinguir la servidumbre únicamente si estaba hecha con ayuda de la *injure cessio*. En el caso en que el propietario hiciera abandono de la servidumbre por una simple convención, el derecho real no se extinguía. Pero más tarde, si quería prevaler, y ejercer la acción confesora, el pretor concedía al demandado, para rechazar este ataque, la excepción de pacto o de dolo. Además, en el Derecho clásico se admitía la extinción de la servidumbre cuando con autorización del propietario del fundo dominante han sido realizados sobre el fundo sirviente actos contrarios a esta servidumbre. Por lo demás, cuando el fundo dominante pertenecía a varios copropietarios, la servidumbre que es indivisible solo se extingue si la renuncia emana de todos.

3. DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES

Las servidumbres personales son derechos separados de la propiedad de una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada. Ya hemos visto cómo las servidumbres prediales tienen frecuentemente una importancia agrícola muy considerable, o son una consecuencia casi necesaria de la vecindad de los fundos de tierra. En todos los casos, solo imponen a la propiedad sujeta una restricción muy limitada y largamente compensada por la utilidad general que resulta. Ocurre lo contrario con las servidumbres personales: llevan a la propiedad un menoscabo de los más graves, sin otra ventaja que el provecho de una persona.

Por eso, es natural que estas servidumbres sean consideradas con menos favor, y muy lejos de ser perpetuas; como las servidumbres prediales, son esencialmente temporales. Unidas también a la suerte de la persona que las disfruta, morían con ella. Su número, además, era muy limitado. Durante mucho tiempo, el Derecho civil solo ha conocido el *usufructo* y el *uso*. Bajo Justiniano, se consideraban también como servidumbres personales la *habitación* y el derecho a los servicios del esclavo de otro, *operae servorum*.

3.1. El usufructo

El usufructo (*usus fructus*) era un Derecho real consistente en la facultad de usar una cosa ajena y percibir todos los frutos, sin cambiar la estructura y función económica de ella.

Podía constituirse indiferentemente sobre cosas muebles o inmuebles, con tal de que fuesen inconsumibles. Este derecho consiste en el uso o tenencia de la cosa ajena y en la facultad de percibir sus frutos, sin poder consumir ni disponer de la cosa misma.

Nació como consecuencia, de las relaciones *mortis causa* y, en casos muy concretos: El *paterfamilias* para asegurar a la viuda unas condiciones de vida familiares iguales, le dejaba el usufructo si bien respetaba a sus hijos como herederos. Así, la necesidad de proveer al sustento de la viuda debió sentirse especialmente en el matrimonio *sine manu* (matrimonio en el que el marido no tiene la potestad sobre la mujer, sino que esta sigue en su familia de origen), ya que en el matrimonio *cum manu*, la mujer entraba en la sucesión como una hija más. Así pues, el usufructo debió surgir como respuesta a la proliferación de los matrimonios *sine manu*. Se suele suponer que el usufructo surgió en la segunda mitad del siglo II a.C., fecha en la que la difusión del matrimonio *sine manu* había encontrado ya una respuesta en lo que atañe a la falta de derechos sucesorios de la mujer con respecto al marido.

El origen alimentario del usufructo explica una porción de rasgos, que el usufructo va a conservar a lo largo de su evolución ulterior:

- 1) La forma prevalente de constitución es el legado.
- 2) El carácter personal e intransferible debido a su función económico-social.
- 3) El carácter temporal, pues al ser un derecho tan amplio sobre bienes ajenos, lo contrario equivaldría a vaciar de contenido el derecho de propiedad. (el tiempo que sobrevive la viuda al marido).
- 4) Se diferencia de las servidumbres prediales en tres cosas:
 - Es personal e intransferible.
 - Puede recaer sobre cosas muebles e inmuebles y derechos, e incluso en ocasiones sobre cosas consumibles (*quasi usufructo*).
 - El propietario de la cosa merma sus facultades pero solo temporalmente (*nuda propiedad*).

Concepto de usufructo:

Una célebre definición del jurista Paulo, contenida en el *Digesto* de Justiniano lo explica muy bien:

Usufructus est - El usufructo es

ius alienis rebus - un derecho sobre cosas ajenas

utendi fruendi - que permite usarlas y percibir sus frutos

salva rerum substantia - dejando a salvo su sustancia

Análisis de la definición:

- 1) ***Ius Alieni Rebus***: Es el derecho real sobre cosa ajena. El propietario ve limitadas todas sus facultades sobre la cosa, en ese tiempo que dure el usufructo. En las facultades del propietario se produce un desmembramiento, por un lado vemos las de goce y disfrute que las tiene el usufructuario.
- 2) ***Utendi Fruendi***: El contenido es el de usar la cosa ajena y percibir sus frutos en el usufructuario, puede usar y disfrutar la cosa, pero sin alterar su esencia de tal manera que esa alteración puede suponer la extinción del usufructo, aunque produzca mejora o beneficio de la cosa. En el Derecho postclásico se amplían los poderes al usufructuario y ya en la última época, se le concede el poder mejorar la sustancia de la cosa.
- 3) ***Salva Rerum Substantia***: Para que los derechos de propiedad y usufructo sobre una misma cosa, resulten compatibles, es necesario que se establezca un límite, en las facultades del usufructuario, este debe respetar la naturaleza y el destino de la cosa.

El Quasi-Usufructo: La regla *salva rerum substantia*, implica que en principio, el usufructo solo puede recaer sobre cosas inconsumibles (se exige una *cautio*). Ahora bien, cuando se legaba el usufructo de un patrimonio, la distribución de las cosas en consumibles e inconsumibles, determinaba, naturalmente, una diversa extensión del contenido del usufructo. Especialmente en el caso del dinero, bien consumible por excelencia, se siente la necesidad de extender a él el régimen del usufructo, estableciéndose que se pueden legar cualquier tipo de cosas que se encuentren en el patrimonio de una persona. Surge así una figura híbrida, que se caracteriza por una disparidad: desde el punto de vista de su función económico-social, el *quasi-usufructo* no difiere del usufructo, pero si atendemos a su naturaleza jurídica todo son diferencias: la más notable es que en el *quasi-usufructo* hay una auténtica transmisión de la propiedad al usufructuario, que se obliga a devolver otro tanto de lo mismo, del mismo género. La consumibilidad de las cosas es, por tanto, un rasgo tan fundamental, que determina una desnaturalización del concepto mismo de usufructo, al chocar frontalmente con el principio *salva rerum substantia*. De ahí, que el llamado *quasi-usufructo* se aproxima mucho más, desde el punto de vista jurídico, a un *mutuo* que a la figura del usufructo.

Régimen jurídico del usufructo:

Al concurrir sobre la cosa fructífera dos derechos reales, propiedad y usufructo, debemos examinar las facultades que sobre la cosa tienen sus titulares respectivos, propietario (*dominus proprietatis*) y usufructuario (*dominus usufructus*) o simplemente los derechos y obligaciones del usufructuario:

- 1.- El usufructuario tenía el *Ius possidendi*, es decir, el derecho a exigir la entrega de la posesión de la casa para poder ejercitar su derecho. Para ello tenía la posibilidad de ejercer los siguientes interdictos posesorios:

- a) El *uti possidetis*
- b) El *utenti*
- c) *Unde vi*
- d) De *vi armata*

Estos interdictos se concedían por analogía, teóricamente no tienen la consideración de poseedor.

- 2.- El Derecho fundamental de usufructo era el de percibir los frutos naturales y civiles; el modo de adquirirlos era a través de la *perceptio* y los civiles se adquirían día a día.

La limitación natural a la hora de percibir esos frutos era el principio *salva rerum substantia*, esto significa que el usufructuario no podía alterar la naturaleza y el destino económico de la cosa (Ejemplo: no podía transformar tierras de cultivo en pastos).

El Derecho justiniano amplía, en cambio, las facultades del usufructuario en el sentido de permitirle mejorar la cosa, (en el derecho posclásico se ampliaron las facultades del usufructuario como medio de fomentar el cultivo de la tierra: se le concede el mejorar la substancia, abrir nuevas luces en la casa o hacer excavaciones mineras).

- 3.- El usufructuario tampoco podía transmitir el usufructo, pero sin embargo si podía ceder su ejercicio tanto onerosa como gratuitamente. En el Derecho justiniano amplía, en cambio, las facultades del usufructuario en el sentido de permitirle mejorar la cosa.
- 4.- El usufructuario no tenía facultades de disposición sobre la cosa, sino que las tenía el propietario. No podía enajenar, vender, hipotecar, gravarlas con servidumbres, (Ejemplo: no podrá constituir una servidumbre de desagüe ya que esto era facultad del propietario).

Obligaciones del usufructuario:

- 1º Tratar la cosa con la debida diligencia; realizando las reparaciones ordinarias o módicas. También debía pagar los tributos y cargas. Los gastos para alimentar o atender a la enfermedad del esclavo correspondían al usufructuario. Como principio general, debía usar las cosas según arbitrio de hombre recto. Si se trataba del usufructo de un rebaño, debía mantener el número constante de cabezas que recibió, sustituyendo los animales muertos por las crías. Si el usufructo era de un bosque, podía talar los árboles en la misma manera que se venía haciendo. En el usufructo de un esclavo, eran del usufructuario las adquisiciones hechas por este con medios propios del titular del usufructo o con su propio trabajo. Otras adquisiciones pertenecían al propietario, por ejemplo, los legados o herencias a favor del esclavo. También son del propietario los hijos de las esclavas legadas en usufructo.
- 2º Devolver la cosa o restituírle el término del usufructo, para garantizar ambas obligaciones debía prestar lo que se llamaba *la cautio usufructuaria*, (Al constituirse el usufructo, el usufructuario debía prestar una promesa de garantía o caución con fiadores, de usar y disfrutar de la cosa. Otra caución o garantía se daba en el caso de usufructo sobre bienes consumibles).

Constitución y extinción del usufructo:

Los modos de constituir un usufructo se parecen a los modos de las servidumbre prediales, es decir, a través de la:

- *in iure cessio* o la *mancipatio*
- *deductio*
- *legatum per vindicationem* (modo primitivo en el usufructo y que a lo largo de la evolución del usufructo sigue siendo el más importante).
- *adiudicatio*

Considerado como *res incorporalis*, el usufructo no era en el Derecho clásico susceptible, ni de *traditio* ni de *usucapión*, sin embargo, el Derecho justiniano admitió la *traditio* y la *longi temporis praescriptio*, como modo de constituir el usufructo.

Otro modo sería por medio de las *pactiones* y *estipulaciones*, que en la época clásica se aplican solo a los fundos provinciales. En la época justiniana adquiere vigencia general sustituyendo a la *In iure cessio* (cesión ante el pretor) y la *deductio* (reserva), se realiza en la entrega o *traditio*. La tolerancia en el ejercicio del usufructo se considera como *traditio*.

Entre las causas de extinción del usufructo y las de las servidumbres, la naturaleza personalísima del usufructo y su carácter temporal, los modos de esa extinción en base a esas características eran los siguientes:

- **Consolidatio:** El usufructo se extingue al reunirse como una misma persona, la propiedad y la facultad que tenía el titular del usufructo, lo normal es que, la propiedad vuelva a su plenitud originaria.
- **Renuncia del Usufructuario:** En el Derecho clásico tiene lugar por medio de una *In iure Cessio* (ante el pretor).
- **Destrucción material de la cosa o jurídica:** Cuando la cosa queda fuera del *comercium*.
- **Non usus:** en los mismos términos que las servidumbres prediales, (durante los plazos de la usucapión o de la prescripción).
- **El cumplimiento del término o de la condición resolutoria:** Caso frecuente debido a la naturaleza temporal del usufructo.
- **Por muerte o capitis deminutio del usufructuario:** Debido al carácter personalísimo del usufructo. Cuando se trataba del usufructo de una persona jurídica se fijó el límite en cien años. Esta limitación se atribuye a Justiniano. Para capitalizar el usufructo se operaba con el cálculo de 30 años, tiempo de una generación.

Protección del usufructuario

Doble protegido por la *vindicatio usufructus* que se llamaba en la época justiniana *actio confessoria* y por otro lado por ejercicio se protegía a través de interdictos que imitaban a los posesorios (*uti possidetis unde vi*) y que se concedían como interdictos útiles.

3.2. Otras servidumbres personales

- **Usus:** Es el derecho de usar una cosa *sin percibir sus frutos*. Al comienzo debió de recaer solamente sobre cosas no fructíferas, si bien con posterioridad hubo de extenderse a las cosas fructíferas y, a partir de ese momento, se planteó el problema de señalar sus límites. En el Derecho justiniano si se trataba del uso de unas habitaciones y quedaban otras vacías se permitía el arrendamiento de las vacías con lo cual se permitía la percepción de frutos que serían las rentas, así en fundos agrícolas se permitía al usuario que perciba los frutos de la cosa, siempre que estos sirvan para satisfacer sus necesidades o las de sus familia, a través de la *cautio usuaria* (fianza). La *cautio usuaria* tiene como fin garantizar al titular de la cosa, la conservación de

esta y su devolución al propietario. Al terminar el *usus*, se extingue por no uso.

- *Habitatio* o habitación: Daba al titular y a su familia el derecho a utilizar una casa ajena o alguna pieza de ella. En la época clásica, se suscitó una discusión sobre si se trataba de un usufructo o de un uso. En la época justiniana se resolvió el problema, considerando a la *habitatio* como un Derecho real especial (autónomo) distinto del uso y del usufructo y considerando a su titular las facultades de arrendar el bien objeto de la *habitatio*. El derecho se distingue del uso y usufructo, porque es vitalicio, no se extingue por el *non usus*, y tiene una característica particular, si se pierde la *capitis deminutio* máxima no se extingue ese derecho.
- 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*.

4. PROTECCIÓN DE LA SERVIDUMBRE

Es parecida a la protección de la posesión de la propiedad. Las servidumbres estaban protegidas por la *vindicatio servitutis*, llamada en el Derecho justiniano *actio confessoria*, que imitaba a la *Revindicatio* que protege la propiedad. Esta acción contenía la cláusula arbitraria, que permitía al juez absolver al demandado si prestaba caución de cesar la perturbación (de *non amplius turbando*). Con el ejercicio de esta acción se restableció el uso de la servidumbre y se obtuvo el resarcimiento de los daños. Contra el que no quería defenderse, el pretor concedía un *interdictum quam servitatem*, a semejanza del *interdictum quem fundum*. En las servidumbres sobre fundos provinciales se concedía una acción petitoria, semejante a la que protege la propiedad provincial.

El titular de la servidumbre estaba protegido también con interdictos especiales (de paso, de agua cotidiana y estival, de fuentes, de cloacas, etc.), pero no podía ejercitar el interdicto como *possessio (uti possidetis)* por consistir la servidumbre en *usus* y no en *possessio*.

También disponía el titular de la servidumbre de un interdicto restitutorio, que se calificaba como *demolitorium*, por los romanistas, para conseguir que se destruya la obra que se hacía en el predio vecino y que perturbaba o dificultaba la servidumbre. Era previo al ejercicio del interdicto la denuncia al pretor de la obra nueva. Se daba contra las obras que se iban a hacer o se estaban haciendo, pero no por las ya terminadas. El magistrado, una vez examinada la causa, podía rechazar la denuncia o imponer al demandado que preste caución de indemnizar si era vencido en la *vindicatio servitutis*. Si no prestaba la caución, decretaba el interdicto que ordenaba destruir lo construido.

En un principio solo estaba legitimado el propietario del fundo sirviente, que discutía la existencia o no existencia de la servidumbre.

En el Derecho justiniano también estaba facultado pasivamente un tercero; el ejercicio de la servidumbre estaba protegido por unos *interdictos prohibitorios*, de *itinere actuque privatio de aqua cottidina* y también *aestua*, protegía al titular de la servidumbre

siempre que la haya ejercitado; al menos 30 días en el año y la segunda protegía el ejercicio de la servidumbre, de toma de agua en verano y también durante todo el año sin distinción de la época del año.

CASOS DE SERVIDUMBRES:

• CASO: El acueducto sobre los tres fundos contiguos

Hechos:

1. Los fundos A, B, y C, pertenecen a Ticio, Cayo y Sempronio.
2. Los fundos A y B, son sirvientes del C.
3. La servidumbre es de acueducto.
4. Sempronio compra el fundo A a Ticio.
5. Sempronio vende el fundo C a Mario.
6. Cayo y Sempronio niegan la servidumbre sobre el fundo C.

Personas:

Parte demandante: Mario, que ejercerá sus acciones contra Cayo y Sempronio, dueños de los predios sirvientes, que le niegan su derecho de acueducto.

Parte demandada: Cayo y Sempronio, que niegan el derecho de la servidumbre de Mario, oponiéndose a sus pretensiones, basados en la extinción de la servidumbre por confusión con el predio C cuando Sempronio adquirió el fundo A.

Instituciones:

- * Servidumbre: Servidumbres prediales son las que se constituyen entre varios fundos por voluntad de sus propietarios.
- * Servidumbre de toma de agua.
- * Servidumbre de paso de agua: de acueducto. Conducir agua en la superficie de un fundo ajeno.
- * Fundo sirviente es el gravado con una servidumbre a favor de otro llamado fundo dominante.

Reglas:

- * Transferencia de las servidumbres: La servidumbre no es una propiedad, es un derecho que se transfiere con la enajenación del fundo.
- * Extinción de servidumbres:
 - Por confusión. Cuando el fundo sirviente y el dominante pasan a pertenecer al mismo dueño.
 - No uso. Si no se usa durante dos años. Justiniano amplía el plazo a 10 años entre presentes y a 20 entre ausentes.
 - Desaparición de la utilidad de la servidumbre.

Acciones:

- Mario, parte demandante, accionaria contra Sempronio y Cayo, por medio de la vindicatio servitutis, acción semejante a la reivindicatio, ejerciendo la actio confesionaria, al objeto de restablecer la servidumbre y resarcirse de los daños.
- La parte demandada, Sempronio y Cayo, pueden alegar la extinción de la servidumbre por confusión; Mario, entonces, podría replicar contra Sempronio, que

le vendió el fundo, con una replicatio doli.

Respuestas:

A favor de la parte demandante: Se niega que se haya perdido la servidumbre por confusión, ya que el fundo intermedio nunca perteneció al mismo dueño que los otros dos. A la vez existe otro derecho, que es el de toma de agua, que no es personal sino predial. La servidumbres se pierde toda o se retiene toda.

Conclusión:

A mi entender no se extingue la servidumbre por confusión, ya que el predio intermedio nunca perteneció a Sempronio, como fundamentan las respuestas de los juristas, resultando que por ello esta nunca perdió su utilidad; además, el acueducto se mantuvo.

• CASO: Rescripto sobre el acueducto seco

Hechos:

- 1 Estatilio y otros son dueños de varios predios.
- 2 Los predios son dominantes sobre una servidumbre de acueducto.
- 3 El predio Sutrino, con su fuente, es el sirviente.
- 4 La fuente del predio Sutrino se seca.
- 5 Pasa el tiempo para que la servidumbre se pierda por desuso.
- 6 Vuelve a manar el agua de la fuente Sutrino.
- 7 Estatilio y los otros pretenden continuar con su derecho de acueducto.

Personas:

- * Parte demandante: Estatilio y otros, que pretenden continuar con su derecho de acueducto sobre la fuente y el predio Sutrino.
- * Parte demandada: Sutrino, dueño del predio sirviente, que se opondrá a las pretensiones de Estatilio y los otros, alegando la pérdida del derecho por desuso.

Instituciones:

- * Servidumbre: Servidumbres prediales son derechos de uso sobre fundos ajenos, que se constituyen entre varios por voluntad de sus propietarios.
- * Servidumbre de toma de agua.
- * Servidumbre de paso de agua: De acueducto. Conducir agua en la superficie de un fundo ajeno.
- * Fundo sirviente es el gravado con una servidumbre a favor de otro llamado Fondo Dominante.

Reglas:

Extinción de servidumbres:

- No uso. Si no se usa durante dos años. Justiniano amplía el plazo a 10 años entre presentes y a 20 entre ausentes.
- Desaparición de la utilidad de la servidumbre.

Acciones:

De la parte demandante: Ejercerá, por medio de la vindicatio servitutis, acción semejante a la reivindicatio, una actio confesionaria, a fin de que le sea restituido el uso de la servidumbre y el resarcimiento de los daños.

De la parte demanda: Puede alegar la pérdida del derecho de acueducto por desuso.

Respuestas:

No existen respuestas jurisprudenciales. El caso se expuso ante el César y este dictó una rescripto, decisión en la que apareció la demandada en base, parece ser, a que no había desaparecido la utilidad de la servidumbre, que las causas del desuso habían resultado ser ajenas a la voluntad de los usufructuarios de los predios dominantes y a que la construcción del acueducto se mantuvo.

Conclusión:

En atención a las reglas, el derecho de acueducto desapareció por desuso; no obstante, el César apreció la bona fides en las pretensiones de los demandantes y amparó la demanda, parece ser, en función de su utilidad y buena fe.

• CASO: La servidumbre del mar

Hechos:

1. Uno (Ticio) es dueño del fundo Geroniano y Botranio.
2. Los fundos Botranio y Geroniano limitan con el mar.
3. Ticio vende a otro (Cayo) el fundo Gerononiano.
4. El fundo Geroniano es vendido con una servidumbre a favor del Botranio.
5. La servidumbre es de prohibición de pesca frente al fundo Botranio.
6. Cayo quiere anular está servidumbre.

Personas:

- Parte demandante: Cayo, que actúa contra Ticio a fin de anular la servidumbre sirviente.
- Parte demandada: Ticio, que se opone a las pretensiones de Cayo, a fin de conservar su servidumbre dominante.

Instituciones y reglas:

- Compraventa: Convenio contractual entre partes que no transmite la propiedad. Los contratantes se comprometen a guardar las estipulaciones del contrato.
- Servidumbres prediales. Son los derechos de uso entre fundos que establecen o constituyen sus propietarios libremente.
- Reserva de la servidumbre (deductio servitutis): Al realizarse la enajenación de un

fundo, el vendedor puede reservarse un derecho de uso a favor de otro predio que tenga próximo.

Acciones:

- * Parte demandante: Cayo podrá ejercitar contra Ticio una acción negatoria a fin de extinguir la servidumbre.
- * El propietario debía probar su propiedad y las perturbaciones, y el demandado el derecho que alegaba sobre la cosa.
- * La sentencia del juez tenía como efectos:
 - Declarar la cosa libre de los pretendidos derechos.
 - Reposición a la situación anterior de la perturbación.
 - Declarar una caución que le protegiera frente a futuras perturbaciones.
- * Parte demandada: Ticio podrá ejercitar contra la acción de Cayo una exceptio in iusti domini, basándose en la bona fides, buena fe contractual de la venta.

Respuestas:

- A favor de la parte demandante: Sobre el mar no se pueden establecer servidumbres, puesto que es de todos.
- A favor de la parte demandada: La buena fe del contrato exige que se respete la cláusula de la venta, por lo que Cayo y sus sucesores deberán respetar la estipulación de la venta.

Conclusión:

- A pesar de la respuesta jurisprudencial a favor de la parte demandada, las reglas dicen que las servidumbres prediales son los derechos de uso sobre fundo ajeno; luego la estipulación de la venta no constituye servidumbre, puesto que no es un derecho de uso sobre fundo, sino sobre el mar que es de todos.
- Por lo expuesto, Cayo deberá respetar la cláusula de su contrato de compra en base a la buena fe contractual establecida con Ticio; pero no así sus sucesores, que nada estipularán ni comprarán a Ticio.

• CASO: Servidumbre de no elevar la edificación

Hechos:

1. Cayo, Ticio y Mevio tienen tres casas vecinas.
2. La casa de Cayo tiene una servidumbre de no poder elevar.
3. La servidumbre de Cayo es a favor de Ticio y Mevio.
4. Cayo consigue en precario de Ticio elevar su casa.
5. La casa de Cayo permanece elevada durante el tiempo prescrito.
6. Ticio y Mevio quieren recuperar el uso de su servidumbre.
7. Cayo se opone alegando que ha liberado la servidumbre por usucapión.

Personas:

- * Parte demandante: Ticio y Mevio, que pretenden restablecer el derecho de uso de su servidumbre.

- * Parte demandada: Cayo, que se opone alegando que ha liberado la servidumbre por usucapión, al haber transcurrido el tiempo para que prescribiera.

Instituciones y reglas:

- * Servidumbres urbanas: Son prohibiciones o derechos que se establecen entre los propietarios de edificios vecinos.
- * La servidumbre es un derecho de uso, no una propiedad.
- * Precario: Por el régimen de precario se entrega la posesión de una cosa o el derecho de uso sobre algo a un precarista; esta entrega lo es en concepto de favor, normalmente sin recibir compensación cambio.
- * Usucapión: Adquisición de la propiedad por el transcurso de uno o dos años en la posesión. La usucapión, en el régimen normativo de servidumbres, se abolió en el siglo I a.C...
- * Posesión: Ocupación efectiva de la cosa.
- * Extinción de la servidumbre por prescripción de no uso: Si durante un determinado tiempo, dos años, no se utiliza el derecho.

Acciones:

- * Parte demandante: Mevio, que no autorizó nada a Cayo, puede ejercitar contra este, por medio de la vindicatio servitutis, acción semejante a la reivindicatio, una *actio confessionaria* (en terminología postclásica), con el fin de restablecer el derecho de uso de su servidumbre dominante y percibir una indemnización. También podría ejercer la denuncia de obra nueva y un interdicto demolitorium, con el fin de derribar la obra nueva.
- * Ticio podría solicitar al pretor un interdicto «lo que por precario» (*quod precario*), que se concedía para recuperar lo que se dio al precarista.
- * Parte demandada: Cayo pretende oponerse a las demandas alegando la libertad de la servidumbre por usucapión, al haber poseído libertad de construcción durante el tiempo prescrito para ello.
- * También podría alegar la extinción de la servidumbre por desuso, al haber prescrito el plazo para que se pierda el derecho por desuso.

Respuestas:

- * A favor de la parte demandante: Cayo solo adquiere la libertad de servidumbre respecto de Ticio, pues nada contrató con Mevio.
 - Con razón se debe demandar a Cayo, por levantar el edificio, si le está prohibido.
 - Aunque Ticio autorizase a elevar la casa a Cayo, si Cayo no la elevó, la servidumbre no pierde su utilidad.
- * A favor de la parte demandada:
- * Solo renace el derecho a la servidumbre, si Cayo hubiese rebajado el edificio antes de que se perdiera el derecho por desuso.

Conclusión:

- A favor de la parte demandada: Si Cayo ha construido y el tiempo para adquirir la libertad por usucapión y desuso ha prescrito antes de la demanda de Ticio y Mevio, la servidumbre ha quedado extinguida.

- A favor de la parte demandante: Si Cayo no construyó o la obra es nueva cuando Ticio y Mevio interponen su demanda, la servidumbre sigue en vigor y los demandantes deben recuperar su derecho; la obra de Cayo debe ser demolida.

CASO: La casa de la puerta grande

Hechos:

1. Ticio es propietario de una casa.
2. Mevio es propietario de la casa vecina a Ticio.
3. Ticio amplía su casa y abre una puerta a la vía pública.
4. Las obras de Ticio no causan perjuicio a Mevio.
5. Mevio prohíbe la obra de Ticio.

Personas:

- * Parte demandante: Mevio, que acciona contra Ticio a fin de que no realice las obras.
- * Parte demandada: Ticio, que se opone a las acciones de Mevio, con el fin de continuar con sus obras.

Instituciones:

Servidumbres urbanas: Derechos de uso o prohibición que se constituyen entre edificios vecinos.

Acciones:

- * Parte demandante: No podrá ejercer acción alguna, puesto que no tiene constituida a su favor ninguna servidumbre; si tuviera constituida a su favor alguna servidumbre, podría accionar por medio de la vindicatio servitutis, semejante a la acción reivindicatoria, con una denuncia de obra nueva, solicitando un interdicto de demolición; O actio confessionaria (en terminología postclásica) a fin de restablecer sus derechos de uso y percibir una indemnización por los daños. Pero no es el caso.
- * Parte demandada: Ninguna, puesto que la demandante no puede accionar. Para el caso hipotético de que accionara, podría interponer una exceptio *in iusti dominii*.

Respuestas:

- * - A favor de la parte demandante: Ninguna.
- * - A favor de la parte demandada: Según los datos, Mevio no tendrá acción alguna.

Conclusión:

Según los datos, Mevio no puede interponer acción alguna.

CAPÍTULO V

Derechos Reales Pretorianos o Imperiales

1. LA ENFITEUSIS Y LA SUPERFICIE

En el Derecho justiniano, *enfiteusis* y *superficie* son derechos reales sobre cosa ajena, transmisibles *intervivos* y *mortis causae* y que, como contraprestación al pago de un canon o pensión anual, conceden a su titular un amplio poder sobre un inmueble ajeno: en la *enfiteusis* con la finalidad de cultivar la tierra, en la *superficie* con la finalidad de levantar sobre una finca una construcción.

A pesar de su naturaleza de derechos reales sobre cosa ajena, *enfiteusis* y *superficie* conceden a su titular unas facultades tan amplias, que la conciencia social va aproximándolas paulatinamente a la propiedad. Y ello tiene, incluso, un reflejo jurídico en que su régimen, con frecuencia, imita al de la propiedad (proceso que se da primero en la *enfiteusis*): concesión de casi todas las acciones del propietario a los titulares de estos derechos, si bien como acciones útiles; posibilidad de hipotecar estos derechos y, en el caso del enfiteuta, adquisición de frutos por mera separación.

Enfiteusis y *Superficie* son instituciones jurídicas de un normal contenido social. Por ello siguen las vicisitudes de la historia política, social y económica, y su mismo contenido cambiante, así como sus raíces en el seno del Derecho público.

2. ENFITEUSIS

La tierra para el que la cultiva, podría ser el enunciado de un principio de Derecho natural y, sin embargo, no lo es. En efecto, los que creen en este derecho no suelen enunciar este principio y, los que lo enuncian no suelen creer en el Derecho natural. Lo que encontramos a lo largo de la historia es, más bien, una separación entre «*aquel para quien es la tierra*» y «*el otro que la cultiva*».

Varias circunstancias contribuyen a hacer especialmente intrincada la exposición de esta materia:

- 1) El Imperio romano era una organización tan dilatada en el tiempo y en el espacio, que figuras del tipo de la enfiteusis se nos presentan a lo largo y ancho de la evolución jurídica romana con multiplicidad de nombres y formas de aparición, sin que, con frecuencia pueda establecerse una relación genética entre ellos.
- 2) Aunque el nombre enfiteusis, que viene del griego, significa etimológicamente «hacer plantaciones»; se refiere a la obligación concreta del concesionario de mejorar la tierra por medio de plantaciones, esta obligación dista mucho de ser un rasgo constante en la evolución de la enfiteusis.
- 3) Se puede decir que figuras del tipo de la enfiteusis arrancan de un arrendamiento, pasan a un arrendamiento a largo plazo, toman la configuración de un Derecho real sobre cosa ajena (cuando ese arrendamiento es protegido por una *Actio in rem*) y terminan por configurarse como una quasi-propiedad. Pero en la realidad concreta romana hay que matizar algo más: los arrendamientos a largo plazo parten de los entes públicos (Estado, municipio, etc.), se pasa a una situación de hecho protegida interdictalmente que desemboca, luego, en una *actio in rem*, y, aunque en la época posclásica se hable de *dominium*, ello se debe, simplemente, a que la falta de finura jurídica propia del Derecho vulgar, le hace reducir todas las titularidades sobre las cosas al paradigma de la propiedad. Justiniano volverá a la consideración de la enfiteusis como *ius in re aliena*.

De esta manera llegamos al siguiente esquema:

- A) Derecho preclásico y clásico: *ius agro vectigali*, (Derecho sobre el campo de un vectigal).
- B) Derecho posclásico:
 - a) Siglo IV: *ius perpetuum* y *emphyseusis*
 - b) Siglo V: la configuración de la *emphyseusis* como derecho sui generis por obra del emperador Zenón.
 - c) Derecho Justiniano la *emphyseusis* como *ius re aliena*.
1. *El ius in agro vectigali*: el conjunto de partida lo constituye el dualismo entre *ager privatus*. Así cuando la expansión de Roma lleva a que se concentre en manos de la res pública grandes extensiones de terrenos; parte de este suelo era cedido a los particulares, debiendo estos pagar anualmente un canon o vectigal. La forma de estas concesiones era de un arrendamiento (*locatio*) realizado por los censores. En un principio estos arrendamientos duraban lo que el censor en su cargo, cinco años, debiendo luego ser renovado. Pero muy pronto la presión de las circunstancias, situación política, económica y social, hace que en la práctica, los arrendamientos se transformaron en perpetuos y hereditarios. Por otra parte, las concesiones las realizaba no solo la res pública, sino también otros entes (municipios, colonias, templos, colegios sacerdotales). La regla general era la del carácter perpetuo y hereditario de tales arrendamientos.

Derecho posclásico:

- a) **Siglo IV: *Ius Perpetuum* y *Emphyteusis*.**- Las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales que derivan de la crisis del siglo III determinaron que ya en las fuentes de principios de siglo IV, encontremos una variedad de situaciones del hombre con la tierra, concretando en cinco agrupaciones: *Locatio*, *Emphyteusis*,

Ius Perpetuum, *Ius Privatum Salvo Canone* y *Ius Privatum Dempto Canone*. Aquí no nos interesa ni la *locatio* (arrendamiento), pues es claro que se trataba de una relación meramente obligatoria, ni el *ius privatum*, configurado como un derecho de propiedad del concesionario, tanto si este tenía que pagar un canon al poder público (*salvo canone*); pues ello se consideraba como una mera carga de la tierra equivalente a un impuesto como, por supuesto, si le libera al concesionario de esa obligación (cosa que suele suceder cuando se trataba de tierras yermas).

En cambio, interesan la *emphyteusis* y el *ius perpetuum*, que aparecen ya en una constitución de Constantino. Ambos derechos difieren entre sí, tanto por el objeto sobre el que recaen, como por los poderes que confieren a su titular.

En cuanto al objeto sobre el que recaen los mencionados derechos, hay que tener en cuenta que en el siglo IV hay tres masas de bienes que tienden a diferenciarse:

1. Los bienes del fisco, que como consecuencia de la institucionalización del principado primero y del creciente absolutismo estatal después, se han convertido en el auténtico patrimonio estatal.
2. Las *res privata*, que representan algo similar a lo que hoy llamaríamos bienes de la Corona, vinculados por tanto, a la función imperial.
3. El *patrimonium* o caja privada del emperador (fondos patrimoniales)

Pues bien, sobre los *fundi patrimoniales*, es decir, sobre los fundos pertenecientes a la fortuna privada del emperador, se constituyen los mismos arrendamientos normales (*locationes*), que arrendamiento a largo plazo, que reciben el nombre de *emphyteusis* (así resulta que la expresión *fundus patrimonialis* es prácticamente equivalente a la de *fundus emphyteucarios*). En cambio, sobre los *fundi rei privatae* se constituyen arrendamientos a perpetuidad, que reciben el nombre de *ius perpetuum*.

Pero también los efectos de ambas concesiones son distintos: el *ius perpetuum* solo podía ser rescindido por decisión del propio emperador e incluía el derecho a manumitir los esclavos del fundo. En cambio, la amenaza de rescisión gravitaba sobre el *enfiteuta* y con frecuencia era utilizada como medio de coacción para elevar la cuantía del canon.

b) Siglo V: la configuración de la *emphyteusis* como derecho *sui generis* por obra del emperador Zenón:

El siglo V lleva a la fusión y confusión de *ius perpetuum* y *emphyteusis*. No obstante, el emperador Zenón intenta una definición de la naturaleza jurídica del contrato *emphyteucarius*. Para Zenón este contrato no es ni una compraventa ni una *locatio*, sino que tiene un derecho de naturaleza peculiar (un contrato especial *ius tertium*). La importancia práctica del tema estriba, concretamente, en la regulación del problema del riesgo: si se configura el contrato de enfiteusis como una *locatio*, la cosa parece para el concedente; en cambio, si se le otorga al contrato de enfiteusis la naturaleza de compraventa la cosa parece para el concesionario o *enfiteuta* (comprador), pues en ambos casos se parte de la base de que las cosas perecen para su dueño. Al afirmar Zenón que la enfiteusis es un *tertium genus*, lo que hace es dar a la enfiteusis una regulación especial repartiendo riesgos: si la cosa perece definitivamente el concedente (propietario) soporta el perecimiento -destrucción por causa mayor-; en cambio, si la cosa sufre solo un deterioro temporal -daños reparables-, es el *enfiteuta* (comprador) el que carga con él y tiene que seguir pagando el canon.

c) Derecho Justiniano: *La emphyteusis como ius in re aliena.*

En el Derecho justiniano, la enfiteusis es un derecho real sobre cosa ajena que concede a su titular la facultad de transmitirlo *inter vivos* y *mortis causa*. El enfiteuta tenía la obligación de pagar el canon normal convenido, y en caso de transmisión *inter vivos* de su derecho estaba obligado a dar aviso al propietario, que tenía un derecho de preferente adquisición y, en el caso de que el propietario no ejercite ese derecho tenía el de percibir el 2% del precio de la enajenación (de venta). El derecho de canon o los impuestos durante tres años consecutivos o por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la enajenación.

El enfiteuta estaba protegido por una *actio in rem* que imitaba a la reivindicatoria y tenía, además por vía útil los remedios procesales que se conceden al propietario.

2.1. Derechos del enfiteuta

- Derecho pleno al goce y a los frutos naturales adquiridos por *separatio*.
- Frutos civiles (día a día).
- Derecho a mejorar la finca y gravarla con servidumbre.
- Posibilidad de hipotecar.
- Transmitir la enfiteusis *inter vivos* o *mortis causa*.

2.2. Deberes del enfiteuta

- Pagar el canon.
- No deteriorar el fundo.
- Soportar las cargas y gravámenes sobre el fundo (pagar los impuestos).
- Obligación de notificar al propietario el deseo de vender la enfiteusis.

3. SUPERFICIE

En Derecho justiniano, la *superficie* es el Derecho real sobre cosa ajena, transmisible *inter vivos* y *mortis causa*, que otorga a su titular el derecho a edificar sobre suelo ajeno a cambio de un canon anual llamado *pensio* o *solarium*.

La superficie, que cumple en los inmuebles urbanos una función análoga a la de la enfiteusis en los rústicos, responde, pues, a la necesidad de otorgar a persona distinta del propietario del suelo, un derecho real en lo que se construya sobre él. Los magistrados concedían a los banqueros (*argentarii*) parcelas en el foro para construir sus oficinas. «*El que vende el establecimiento de banca u otros de los que se hayan en terreno público, no vende el suelo, sino el derecho, porque estos establecimientos son de propiedad pública, aunque su uso pertenece a los particulares*».

La superficie seguirá una evolución paralela a la de la enfiteusis: nace como respuesta a la necesidad de reconocer una titularidad jurídica idónea a las construcciones realizadas en suelo público, pasa por una fase de relación obligatoria (*locatio*), que tiende a transformarse en derecho real, siendo protegida primero por un interdicto (*loco publico fruendo*) y luego por una *actio in rem*, en la época postclásica al difuso modelo de la propiedad, característico del Derecho vulgar y, finalmente, en el Derecho justiniano es un *ius in re aliena*, que en las *novelae* viene asimilado a la enfiteusis.

En las épocas preclásicas y clásica encontramos un agudo contraste entre el principio jurídico *superficies solo cedit* y las exigencias sociales y económicas de ciudades cada vez más densamente pobladas, que llevan a la necesidad de reconocer una titularidad jurídica a los constructores sobre suelo ajeno, singularmente en suelo público.

La fuerza absorbente de la propiedad romana se manifiesta en el principio *-superficies solo cedit-* la propiedad del suelo se extiende a lo que se edifica sobre él, que tiene por tanto un carácter accesorio. Para derogar este principio es necesario constituir una relación de arrendamiento (*Locatio*), que evidentemente, tiene un carácter *sui generis*: no se trata únicamente de disfrutar del suelo ajeno, sino de transformarlo construyendo sobre él. Por eso, la superficie tiende a adquirir autonomía, al desbordar la titularidad del superficiario ampliamente la de un simple arrendatario. Así se siente la necesidad de protección, que se realiza primero por medio del *Interdictum de superficiebus* y luego por una *actio in rem* semejante a la reivindicatoria (El pretor protege al superficiario con acciones útiles para la defensa de su derecho, sobre todo con una *vindicatio utilis*). Aunque en el Derecho clásico domine en la superficie la construcción sobre el suelo público, las fuentes contienen casos aislados de construcción en suelo ajeno privado, que suponen, por tanto, una derogación del principio *superficies solo cedit*. La presión de las circunstancias económico-sociales es aquí decisiva: no se trata ya de que en la misma Roma haya por doquier, una porción de *tabernae* (tiendas) establecidas en suelo público, sino que la ciudad, que rebasa ya el millón de habitantes, tiende a extenderse verticalmente con construcciones que con frecuencia alcanzan de tres a cinco pisos. No obstante, el principio *superficies solo cedit*, será un obstáculo insalvable para un reconocimiento de la propiedad por pisos (institución que, no obstante, conocen otros muchos Derechos de la Antigüedad), defecto, que solo será paliado, en parte, por el derecho de superficie.

El régimen jurídico de las construcciones sobre suelo ajeno de la época posclásica era el siguiente:

- a) En general, el que construye sobre suelo público se arriesga a que la autoridad haga demoler la construcción. Ahora bien, la escasez de viviendas hace que el emperador Juliano permita tales edificaciones, reconociéndole un derecho (que entra en el paradigma de la propiedad) al que las hizo, si bien con la obligación de pagar un canon al poder público. No obstante, esta innovación no siempre fue reconocida por los emperadores sucesivos.
- b) El Derecho vulgar deroga el principio *superficies solo cedit* y otorga propiedad plena sobre el edificio, independientemente de la del suelo, al que construyó con permiso del propietario.
- c) Justiniano vuelve al Derecho clásico considerando la superficie como un Derecho real sobre cosa ajena y en las Novelas, concretamente, como una enfiteusis.

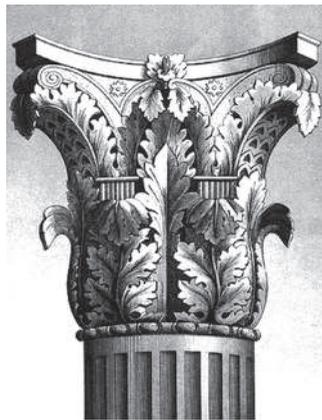
3.1. Derechos y obligaciones del superficiario

El superficiario tiene como obligación fundamental la de pagar un canon o pensión anual, que se denomina *pensio* o *solarium*.

Su derecho fundamental es el de edificar sobre suelo ajeno: puede enajenar (*inter vivos*) su derecho, así como transmitirlo (*mortis causa*) a sus herederos; puede hipotecar su derecho o, incluso, imponer servidumbre sobre las edificaciones.

El superficiario está protegido frente al concesionario por una *actio conducti*, cuando ambos están vinculados por una relación de arrendamiento, su posesión

está protegida por el *interdictum de superficiebus*, de redacción semejante al *uti possidetis* y, por lo demás, la protección de su derecho está modelada a imagen y semejanza de la de la propiedad; de modo que a su favor y contra él se suelen conceder como útiles los mismos remedios que si fuera propietario y así la propia *actio in rem* que defiende su derecho es un trasunto (Copia o traslado que se saca del original. Figura que imita con propiedad una cosa). Bastante fiel de la acción reivindicatoria.



CAPÍTULO VI

Derechos Reales de Garantía

1. CONCEPTO

El *crédito* es una actividad que se encuentra en el centro de gravedad de cualquier sistema económico desarrollado, pero como prestar dinero entraña el riesgo de la no devolución, el Derecho objetivo suministra medios al acreedor para salir al paso de tal riesgo. Puede decirse que el deudor responde frente al acreedor del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presentes o futuros, pues si no cumple está expuesto a la ejecución que en el Derecho clásico es patrimonial y concursal.

Ahora bien, además de esa responsabilidad general del deudor, en casos concretos la responsabilidad puede *extenderse o intensificarse*:

Se extiende: cuando por medio de un *fiador*, al lado del patrimonio del deudor surge otro que responderá en caso de fallar el del deudor;

Se intensifica: cuando dentro de su patrimonio se afecta un bien o bienes para que respondan preferentemente del cumplimiento de la obligación.

En el primer caso se habla de garantía personal, en el segundo de garantía real (es una cosa la que garantiza). Ambas instituciones persiguen la misma finalidad: procurar la seguridad de que el crédito será satisfecho, en el primer caso, mediante la designación de una persona contra la que el acreedor pueda dirigirse en el caso de no ser satisfecho su crédito por el deudor; en el segundo, mediante la afectación de una cosa o cosas al cumplimiento de la obligación.

Los romanos prefirieron siempre la garantía personal. Esta preferencia se manifestaba de diversos modos, así las *cautiones* (promesas reforzadas) exigidas por el pretor eran dadas mediante una *stipulatio* y garantizadas con fiadores, no con garantía real. La *lex malacitana* requería garantías reales tan solo en el caso de que las personales fuesen insuficientes.

2. CLASIFICACIÓN: Las tres formas de garantía reales en el Derecho clásico son:

- a) *La fiducia*: la garantía se constituye transmitiendo la propiedad de un bien.
- b) *La prenda/pignus*: la garantía se constituye transmitiendo o entregando la posesión.
- c) *La hipoteca: (pignus conventum)* no se transmite ni la propiedad ni la posesión. En sus inicios se constituye sobre un bien determinado y si el acreedor no cumple, tiene ambos derechos, propiedad y posesión.

2.1. La fiducia

Esta modalidad de garantía real consistente en la transmisión de la propiedad de una cosa por *mancipatio*, por el deudor al acreedor fiduciario, obligándose este a devolverla cumplida la obligación que dio lugar a la garantía, si bien el acreedor podía venderla antes de esto, respondiendo ante el deudor por ello.

Es un contrato formal por el que el deudor o fiduciante enajena (transmite a otra) al acreedor fiduciario una cosa de su propiedad (mancipable) mediante la *mancipatio* o *la in iure cessio*, obligándose el acreedor mediante un pacto (*pactum fiduciae*) a retransmitirle la propiedad de igual forma, una vez que, el deudor haya satisfecho su crédito. Para determinar la obligación de restituir, solía convenirse un pacto especial, que se añadía a la *mancipatio*, en el que se concretaba el contenido del contrato, y en el momento y circunstancia de la obligación del fiduciario.

Según la finalidad que cumple, se distingue en:

- *Fiducia cum amico*: Distinción del negocio fiduciario debida a Gayo. *Fiducia* en provecho ajeno, en interés del fiduciante o de un tercer beneficiado, constituye un negocio de confianza. La transmisión del derecho se realiza con objeto de facilitar la actuación de quien obra por cuenta del que encarga una gestión. Ejemplo: El titular de letra de cambio (*fiduciante*) se lo endosa a otro (*fiduciario*) para que la cobre. Servía para alcanzar distintas finalidades a las que se atendió después con particulares contratos como el *depósito, comodato o mandato*. Para preservar los bienes de confiscaciones o embargos, en tiempos difíciles, solían confiarse al amigo que por su función social o política diese mayores garantías de inmunidad. También se realizaba esta clase de *fiducia* para transmitir la propiedad de un esclavo con la obligación de manumitirlo o para realizar donaciones.

Existían dos actos:

- 1) Acto formal: (estricto de Derecho clásico) que era la transmisión de la propiedad por *mancipatio* o *In iure Cessio*;
- 2) Acto informal: que era la promesa de transmitir la propiedad una vez satisfecha la deuda.

Estos dos actos producían dos efectos:

- 1º *El acto formal*: un efecto real que era la transmisión de la propiedad.
- 2º *El acto informal*: un efecto obligacional, que era la de transmitir la propiedad una vez satisfecha la deuda.

- *Fiducia cum creditore*: Se contraía en provecho propio, en interés del fiduciario, que era el acreedor cuyo crédito se pretendía garantizar. Contrato por virtud del cual una persona llamada *fiduciante*, transmitía la plena propiedad de una cosa a otra,

denominada *fiduciario*, en garantía del pago de una deuda y con la obligación, por parte del último, de devolverle a su antiguo dueño una vez que se haya cumplido la obligación asegurada.

- Fiducia de garantía: El cumplimiento de una obligación a los efectos de su incumplimiento, podía asegurarse, entre otros medios, con *fiducia*.
- *Fiducia* sucesoria: El causante podía delegar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, ya sea libremente o bien conforme a instrucciones reservadas.

Facultades y responsabilidad del fiduciario:

El fiduciario podía disponer de la cosa. Precisamente por ser el propietario, podía incluso enajenarla a tercero.

El fiduciario se vería sujeto a la responsabilidad si el deudor satisface la deuda antes de su cumplimiento y, por ese supuesto quería recuperar la cosa. Entonces el deudor tenía una acción contra el fiduciario, la *actio fiduciae*.

Si lo que se transmitía era un fundo rústico y a su vez tenía que seguir cultivándolo, entonces, se permitía al deudor quedar en la posesión de la cosa. Pero solo era una *posesión natural*. Se realizaba entonces, una *Constitutum Possessorium* que precisamente se añadía a la transmisión de la propiedad y, en virtud de ella, el deudor quedaba como arrendatario. En consecuencia, mientras el deudor quedaba como poseedor material, el acreedor, tenía la posesión jurídica, no la material. Y eso que se hace así para evitar un tipo de usucapión que se llamaba *usureceptio ex fiduciae*. La usurecepción (*usureceptio*), o recepción por el uso puede ser de dos clases:

1. ***Usureceptio fiduciae causa***, cuando una cosa volvía a la posesión de su dueño, que la había mancipado o cedido ante el pretor en garantía de una obligación. Por el transcurso de un año, para cualquier clase de cosas, se hacía de nuevo propiedad del antiguo dueño. (Gayo 2.59-60)
2. ***Usureceptio ex praediatu***, recobrar la posesión de prediatura: el que entregó bienes para garantizar una contrata pública, los podía recuperar por la usucapión de dos años, en perjuicio del comprador. La buena fe se presume cuando puede aducirse una justa causa que justifica la usucapión. No se exige tampoco la buena fe en la *usureceptio servitutis*.

Las partes podían convenir, el poner una serie de cláusulas a la *fiducia*, precisamente para prever situaciones que pudieran ocurrir (Ejemplo: no pagarse la deuda).

Estas cláusulas son la *Lex Commissoria* y por otro lado *El Pactum de Distrahendo*.

- a) La *Lex Commissoria*: El acreedor podía hacerse propietario de la prenda si no se cumplía la obligación. Si el deudor no pagaba a tiempo, el acreedor conservaba la cosa en su patrimonio haciéndola suya definitivamente.
- b) El *pactum de Distrahendo*: Si el deudor no pagaba, el acreedor podía vender la cosa para cobrarse con cargo al precio de esa venta, la deuda que se le debía. Pero a su vez el deudor tenía derecho en este caso a la devolución del sobrante del precio, si lo hubiera, lo que se llamaba *Superfluum* (Este derecho solo podía ejercitarse si mediaba un pacto de venta: si un acreedor pignoraticio vendió la prenda sin que

se hubiera convenido nada acerca de la venta de la prenda o la vendió antes de que llegara el día en que podía vender; si no se le pagaba la cantidad debida, se obliga por hurto). Este pacto era *leonino*, siendo prohibido por Constantino en el año 336 d.C. porque servía para encubrir intereses ilegales. El acreedor vendía como si se tratara de un negocio propio y con el consentimiento del *pignorante*; (los efectos obligatorios de la venta se producían en relación del acreedor que vende y contra el que se ejercita la *actio empti*. La venta suele hacerse sin que el acreedor pignoraticio asuma la responsabilidad por evicción, ya que no tiene la seguridad de que sea del deudor pignorante. El deudor puede también vender la cosa pignorada, pero antes de entregarla al comprador deberá pagar la deuda o dar otra garantía suficiente al acreedor. La venta solía realizarse mediante subasta encargada a un *coactor*). Si el acreedor no encontraba comprador, podía pedir al emperador la adquisición de la cosa según su valor (*impetratio domini*); solo después de dos años pagando deudas e intereses la adquiriría definitivamente, ya que en ese plazo el pignorante podía rescatarla.

Cuando se vende, el que adquiere la cosa se convierte automáticamente en propietario ya que se estima que el deudor, que es el propietario, ha autorizado al acreedor poder venderla. El acreedor se encuentra en una posición más ventajosa que el deudor y precisamente porque el deudor se ve privado de la propiedad de la cosa. Y solo tiene una acción personal contra el acreedor, ya que incluso este (el acreedor) puede antes del vencimiento vender la cosa, y precisamente porque el deudor solo tiene una acción personal.

La acción personal es la *Actio Fiduciae* y se utiliza para interesar, una indemnización, por eso se produce una desproporción entre las garantías y las desventajas.

La *fiducia* puede recaer sobre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*, pero incluso para las *res Mancipi*, no vale la *traditio ex iusta causa* y tiene que ser transmitida por la *in iure cessio*, ya que es necesario un acto formal para que se constituya la garantía (la *fiducia* es una garantía), y la *traditio ex iusta causa* no es en sí misma una justa causa, para transmitir la propiedad.

Se comprende fácilmente que la *fiducia* ofrezca al acreedor una seguridad muy completa al transmitirle la propiedad de la cosa dada en garantía, mientras que para el deudor presenta graves desventajas, al quedar desprotegido frente a eventuales actos dispositivos de un acreedor que abuse de sus facultades. Hay en realidad en la *fiducia* una desproporción evidente entre la finalidad económico-social que se trata de alcanzar (garantía) y el medio que para ello se emplea (transmisión de la propiedad). La *fiducia* desaparece en el Derecho justiniano. La *fiducia* tuvo frecuente aplicación en tiempos de Cicerón. Aunque aparece mencionada en las Sentencias de Paulo a principios s. III, deja de utilizarse cuando desaparece la *mancipatio* y la *in iure cessio*. En la época posclásica no tiene aplicación y los compiladores sustituyen sistemáticamente este contrato por la prenda o hipoteca, o por el depósito y comodato.

2.2. La prenda—el *pignus*

Los romanos concibieron la prenda y la hipoteca como una Institución unitaria, como una cosa a la que engloban con el nombre de *prenda*.

Las fuentes romanas conciben la palabra *pignus* en dos sentidos:

- 1º En sentido estricto y originario, consistía en un derecho real sobre cosa ajena, que se constituye transmitiendo el deudor la posesión de la cosa al acreedor (*pignus*).
- 2º En sentido más amplio y menos estricto, en el que se constituye esa garantía real, mediante un pacto sin que existan al menos en el inicio ningún traslado de la posesión (o propiedad) (*pignus conventum*).

Al primero le llamaremos *pignus datan* y al segundo *pignus conventum* (o hipoteca)

En Roma la hipoteca no funcionaba en los inicios como una institución autónoma, porque no se consideraba tan importante la transmisión de la posesión de la cosa, que en definitiva era lo que diferenciaba el *Pignus* del *Pignus conventum* para llegar a conceptualarlo como dos instituciones diferentes, por eso se habla de *Pignus* tanto si hay como si no hay traslado de la posesión.

Con el *Derecho de prenda* se evitaba aquellos grandes inconvenientes que tenía la *Fiducia*, aquí no se transmite al acreedor más que el derecho a la posesión de la cosa, identificándolo como *ius posidonia*, este derecho lo tiene en la prenda el acreedor pignoraticio, desde el mismo momento que se constituye este derecho real.

Sin embargo, en el Derecho real de hipoteca, ese *ius posidonia*, solo lo tiene el acreedor, cuando haya un incumplimiento de pago del deudor.

En un primer momento el *pignus*, no concedía más que el derecho a retener la cosa por parte del acreedor.

Este derecho de prenda, tenía fuerza coactiva que podía suponer para el deudor el que la cosa suya, la posesión la tuviera otra persona *in aeternum* hasta que él pagara la deuda. En un rescripto de Gordiano del año 239 d.C. se autoriza al acreedor a retener la prenda cuando el deudor, después de pagar la deuda garantiza, sigue debiéndole algo (*pignus gordiano*).

Se trata de una simple retención y el acreedor pignoraticio no podía valerse de la cosa dada en prenda para cobrar los créditos no garantizados, ni tenía acción real.

Más adelante se le añade al acreedor más facultades que la simple de retener la cosa, y entre ella una de las fundamentales de hecho de la prenda y de la hipoteca, es lo que vamos a conocer como el *ius distrayendo*, esto quiere decir que una vez incumplida por parte del deudor el pago, el acreedor podría vender la cosa cobrándose el importe de la deuda, y devolviendo el sobrante al deudor.

En definitiva, existían dos pactos que se podían añadir a la prenda, inicialmente solo el derecho a poseer del acreedor, después se pactaban dos situaciones:

- 1º La *Lex Commissoria*, un pacto que se añade cuando se constituye el Derecho real de prenda, consiste en que una vez incumplido el plazo de pago del deudor, la cosa pasa de inmediato a la propiedad del acreedor no devolviendo nada al deudor, aunque valga más la cosa. Este pacto es *leonino*, y fue prohibido por Constantino en el año 336 d.C. porque servía para encubrir intereses ilegales.
- 2º El *Pactum de Distrahendo Pignore*, (o *de vendando*) ejerciendo el *ius distrayendo*, cuando ya se tiene la cosa en posesión, nunca se es propietario de la cosa pero puede venderla, y del importe de la venta de esa cosa el acreedor se va a cobrar lo que a él le deba, devolviendo el sobrante al deudor. Ese sobrante en el *pignus* se llamaba *superflua* (*siempre es del deudor*), y en la hipoteca, *hipérica*.

Ese *pactum de distrayendo* inicialmente se hacía con carácter excepcional, igual que la *Lex Commissoria*, podía o no añadirse estas cláusulas; entonces seguía la cosa en posesión del acreedor hasta que el deudor quisiese pagar, pero con el tiempo este *pactum de distrayendo* se convierte en elemento esencial de la prenda y la hipoteca porque la *Lex Commissoria* fue derogada. De tal forma que incluso si se pactaba de *no distrayendo*, de no tener derecho al sobrante, a pesar de ello se tenía que hacer tres llamamientos al deudor antes de quedarse con la cosa el acreedor. Esta es la evolución del *pignus*.

Además el acreedor pignoraticio podía hacer uso del derecho a percibir los frutos en lugar de los intereses (*anticresis*). Si no existe el pacto, el valor de los frutos se aplica al pago de los intereses y si excede de su cuantía, de la deuda principal, y si todavía sobra se convierte en excedente. También podía pactarse que el pignorante no entregase la cosa, sino que la retuviera como precarista o como arrendatario.

2.3. La hipoteca (*pignus conventum*)

Generalidades:

Era un pacto o convenio que establecían las partes, deudor y acreedor, por el que sin trasladarse la posesión de ninguna cosa, siguiendo en manos del deudor, hasta que el mismo incumpliese la deuda y cuando se daba esta circunstancia era cuando el deudor tenía que entregar la cosa pasando el *ius posidonia* al acreedor y haciendo posible el *ius distrayendo*.

El *Pignus conventum* o hipoteca, tuvo su origen en los arrendamientos rústicos. Era costumbre que el arrendador conviniera con el arrendatario que los muebles y aperos de labranza trasladados (*invecta*) et (*illata*) los semovientes que llevaba a la finca (esclavos, animales, aperos) de los que se servía para el cultivo, propiedad de este último, garantizaran el pago del canon arrendaticio hasta el fin del contrato. De tal forma que las cosas tenían que quedar en la finca hasta que él pagase el arrendamiento; A partir del s. I d.C. este convenio de prenda sin posesión se generaliza y puede constituirse sobre cualquier objeto que se pueda vender.

Cuando el arrendatario no pagase o quisiese sacar las cosas de la finca, quedando el arrendador desprotegido, para eso el pretor concedió al arrendador un interdicto llamado *interdictum Salvianum* que lo ejercía el arrendador si el arrendatario pretendía llevarse las cosas de la finca; inicialmente este interdicto se conceptúa como un interdicto de retener la posesión, pero más tarde se configura como un interdicto de adquirir la posesión, porque el hecho de que estuviesen ya en la finca, no se conceptuaba que lo estuviese poseyendo el arrendador. Si el arrendador no se enteraba de que las cosas salían de la finca y el arrendatario se las llevaba y las vendía. En este caso el pretor concedía al arrendador (acreedor) una *actio serviana* (acción real ficticia *vindicatio utilis*) a favor del acreedor hipotecario y contra cualquier poseedor (*erga omnes*), incluso contra el pignorante. Esta acción también se denomina *quasi serviana*, pignoraticia *in rem* o *hypothecaria*, que servía para poder reclamar al tercero que tuviese estos *invecta et illata* la posesión de los mismos por corresponderle como garantía que se había entregado con anterioridad.

Inicialmente esta fórmula solo servía para los *invecta et illata*; sin embargo, posteriormente se va admitiendo que además de garantizar el precio del arrendamiento, se admita por simple convenio que haya algunos bienes que queden en garantía del cumplimiento de la obligación, con lo cual está apareciendo

esta nueva fórmula de garantía real sin traslado de la posesión que es lo que se va a llamar *Pignus conventum* o *hipoteca* de todas formas esa acción que se dio para proteger a estas nuevas garantías y que no surgían de los *invecta et illata* sino de otros acuerdos o pactos también se las protegió con los interdictos salvianos y no con la *actio serviana*, que toman el nombre de *actio hipotecaria* o *actio quasi salviana* o *actio salviana uti*.

Por lo tanto, la diferencia fundamental del *pignus hipoteca* se centra simplemente en el no traspaso de la posesión en el inicio cuando se constituye la garantía, aunque si se produce dicho traspaso de posesión en la hipoteca cuando se incumple la deuda a la que sirve de garantía por parte del deudor, y es en este momento cuando se produce el incumplimiento cuando el acreedor tiene el *ius possidendi* y el *ius distrahendi*.

En el *Pignus conventum* (o *conventio*) inicialmente el acreedor tiene el *ius possidendi* y el *ius distrahendi* mientras que en la hipoteca no se da ese *ius possidendi* ni *ius distrahendi* hasta que el deudor no incumple su obligación.

Objeto del *pignus*:

Pueden serlo todas las cosas enajenables, bien sean corporales o incorporales. También pueden hipotecarse los derechos, los patrimonios en su totalidad y los bienes futuros. Objeto de prenda también puede ser un crédito (*pignus nominis*) o el mismo derecho de prenda (*subpignus*), limitada al caso de las antiguas servidumbres de paso y acueducto, si bien esta figura suscita muchas dudas, en cuanto los juristas clásicos no consideran que las servidumbres puedan cederse separadamente del fundo al que sirven. El derecho de *enfiteusis* puede ser hipotecado y también la cosecha del usufructuario.

Puede recaer, sobre una universalidad de cosas (Ejemplo: un rebaño) o sobre una suma de cosas (Ejemplo: un almacén de mercancías). También puede caer sobre un patrimonio, incluso sobre lo que se va añadiendo a este y también sobre cosas futuras.

También puede recaer sobre una cosa que dé frutos; preguntándonos ¿qué haremos con esos frutos?, puede pactarse que el acreedor reciba los frutos, y si no se pacta nada esos frutos irán destinados, primero al pago de los intereses, si sobrase aún rebajarían capital principal y si siguiese sobrando se tendrán que devolver al deudor, esto como regla general.

Constitución del *pignus*:

a) De forma voluntaria:

1. Convenio o pacto, es un simple acuerdo por el que acreedor y deudor acuerdan constituir una garantía real sobre determinado bien. Según Gayo, (D. 22.4.4); (D. 20.1.4): "Se contrae la hipoteca en virtud de un pacto cuando alguien conviene que algunos objetos de su propiedad queden en garantía hipotecaria de alguna obligación, y no importa en qué términos se haga, como ocurre igualmente en las obligaciones consensuales; por ello, aunque se convenga la hipoteca sin escritura, siempre que se pueda probar, quedará en garantía la cosa convenida; pues se hacen las escrituras de hipoteca para que pueda probarse más fácilmente lo que se convino, pero lo convenido vale aún sin escrituras si se puede probar de otro modo como ocurre con el matrimonio, aun cuando no se hayan redactado documentos del acto". Esta es una forma del Derecho honorario y por tanto está exenta de las formalidades del *ius civile* y por ello más flexible.

2. Otra forma es el legado o el fideicomiso, por lo cual el fallecido deja una serie de bienes gravados por una garantía. Para que se pueda constituir esa garantía no era necesario inicialmente que se fuera propietario, con el Derecho civil, por lo menos había que tenerla *in bonis habere* o que tenga sobre esa cosa derechos susceptibles de pignorarse (*enfiteusis y superficie*).

b) Por disposición de la autoridad:

Según los principios de la ejecución forzosa de una sentencia. (Ejemplo: para el pago de algo que está en ejecución (*pignus ex causa iudicati captum*) o una entrega de la posesión (*missio in possessionem*), con finalidades de garantía. En Derecho justiniano la prenda puede darse en cualquier sentencia condenatoria; el acreedor al que se le adjudica tiene el derecho de poseer y vender la cosa: La entrada en la posesión con fines de garantía viene asimilada por Justiniano a la prenda pretoria pero no se concede al *inmisus* el derecho de venderla.

c) Por disposición legal:

La ley puede obligar a constituir hipotecas a determinadas personas y puede obligarla a constituirlos. Sobre todo el patrimonio de una persona: hipotecas generales o sobre un determinado bien: hipoteca especial.

Entre las generales tenemos a las que gravaban el patrimonio del *curator o tutor*, para garantizar sus obligaciones respecto del pupilo o incapacitado; las del cónyuge viudo que hubiere contraído segundas nupcias, si había recibido un legado con la condición de no casarse o por garantizar la devolución de bienes de los hijos del primer matrimonio; sobre el patrimonio del marido en garantía de la restitución de la dote de la mujer; sobre la herencia, una vez aceptada, en garantía de los legados; para el derecho de enfiteusis a favor de la Iglesia.

La hipoteca se constituye también por la presunción de la voluntad del constituyente, o *hipoteca tácita*. Estas hipotecas se regulan en Derecho justiniano, pero existen decisiones de los últimos juristas clásicos que prescinden de la declaración expresa que se admite generalmente.

Según Pomponio D. 20.2.7. : “En los fundos rústicos, los frutos que en ellos se producen se entienden tácitamente hipotecados para el propietario del fundo arrendado, aunque no se hubiera convenido así expresamente”. El mismo Pomponio, citado por Marciano D. 20.2.2.: escribe que “los muebles y esclavos introducidos en la vivienda quedan en garantía no solo del pago de alquileres, sino de la indemnización por deterioro de la habitación por culpa del inquilino, que se podría exigir con la acción de locación”. (Esta disposición en un principio era válida solo para Roma. Justiniano la extendió para todas las provincias del Imperio).

Contenido del derecho de prenda:

Los contenidos básicos del derecho de prenda, son el *ius possidendi* (derecho a la posesión) y el *ius distrahendi* (derecho a vender la cosa), el derecho de prenda en el sentido estricto (*pignus*); esos derechos se adquieren desde el primer momento de la constitución de la obligación, mientras que en la hipoteca esos derechos se le dan al acreedor cuando el deudor incumple su obligación de pago.

Así podemos decir, que sobre un bien sí podemos constituir varias hipotecas, mientras que no podemos constituir varios derechos de prenda en sentido estricto, ya que este supone la entrega de la cosa.

Inicialmente el acreedor tenía el derecho de retener la cosa hasta que el deudor pagase, con el paso del tiempo surge el *ius distrahendi* y se pueden añadir una serie de pactos, que son:

- 1º La *Lex Commissoria*: era un pacto que se añadía cuando se constituía el Derecho real de prenda, que consistía que una vez incumplido el plazo de pago del deudor, la cosa pasa de inmediato a la propiedad del acreedor no devolviendo nada al deudor, aunque valga más la cosa. Este pacto es leonino, siendo prohibido por Constantino.
- 2º El *Pactum de distrahendo pignore*, es cuando se ejercita el *ius distrahendi*, cuando ya se tiene la cosa en posesión, nunca se es propietario de la cosa pero puede venderla y del importe de la venta de esa cosa el acreedor se va a cobrar lo que a él le deba, devolviendo el sobrante al deudor. Ese sobrante en el *Pignus* se llama *superfluum* y en la hipoteca *hiperocha*. Este *pactum de distrahendo* inicialmente se pactaba con carácter excepcional, igual que la *Lex Commissoria*, podía o no añadirse estas cláusulas, entonces seguía la cosa en posesión del acreedor hasta que el deudor quisiese pagar, pero con el tiempo este *pactum de distrahendo* se convierte en elemento esencial de la prenda y la hipoteca porque la *Lex Commissoria* fue derogada. De tal forma que incluso si se pactaba de no *distraherendo* (*pactum de no distrahendo pignore*), de no tener derecho al sobrante, a pesar de ello se tenía que hacer tres llamamientos al deudor antes de quedarse con la cosa el acreedor.

En caso de que no se pudiese vender la cosa el acreedor tenía que ir al emperador para que le adjudicase la cosa, y si el deudor durante dos años a partir de la gestión ante el emperador podía pagar el acreedor y devolverle la cosa.

¿Qué pasa si el acreedor no devolvía la cosa una vez pagada la obligación por parte del deudor?, pues había una *Actio pignoratitia in persona*. No es una *actio real* es una *actio personal*.

Se admitió incluso que una vez pagada la deuda y el deudor pidiese la cosa, y este tuviese otras deudas con el acreedor, este le podía retener la cosa, que es lo que llamamos *ius retencione* derecho a retener hasta que pagase las demás deudas.

Pluralidad de hipotecas:

A diferencia de la prenda, que al requerir la posesión solo puede constituirse a favor de una persona, la hipoteca puede constituirse sucesivamente a favor de varios acreedores.

En Roma también se conoció la pluralidad de hipotecas, así sobre una misma cosa podían haber varias hipotecas, ya que este no perdía la posesión de la cosa, estas se constituían por orden de antigüedad y se rigen por el principio de la prioridad temporal (*prior in tempore potior in iure*), se ordenan según la fecha de constitución, es decir la segunda hipoteca subordinada a la extinción de la primera. El derecho del segundo acreedor hipotecario se ve fuertemente comprimido por la hipoteca del primero: solo cuando se extinga la primera hipoteca, alcanzará la segunda su eficacia plena. El pago al primer acreedor lo puede realizar, tanto el deudor (o un tercero), como el propio segundo acreedor, que tiene así, siempre, la posibilidad de actualizar su derecho. Este derecho de ofrecer y pagar y ocupar el lugar del primer acreedor es el *ius offerendi*.

Todas las hipotecas no son iguales. Una derogación al principio de la prioridad temporal se da cuando concurren las llamadas *hipotecas privilegiadas*. Llegado el vencimiento tienen preferencia (*hipotecas preferentes*). Estas pueden ser:

- a) Convencionales: como la que se da sobre la cosa comprada con dinero prestado, o a favor del fisco sobre el patrimonio del deudor.
- b) Legales: a favor del acreedor refaccionario, o que presta dinero para construir o para restaurar una cosa que estaba hipotecada; o la que recae sobre los bienes del tutor o del marido y a favor de la mujer para asegurar la restitución de la dote.

En todo caso, existía prioridad a favor de las hipotecas establecidas en documentos públicos o semipúblicos.

Extinción del Derecho real de hipoteca:

Este derecho se extingue:

- 1º Cuando el deudor paga la deuda.
- 2º Por pérdida, desaparición o destrucción de la cosa que garantizaba la obligación, o también que la cosa sea declarada cosa *res extra commercium*.
- 3º Renuncia expresa o tácita del acreedor.
- 4º Por confusión: Cuando coincide en la misma persona acreedor y deudor, es decir, cuando el acreedor se convierte en propietario.
- 5º Cuando el acreedor ejerce el *ius distrahendi*, extingue todas las hipotecas.
- 6º Por prescripción: el hecho de que un poseedor pueda tener la cosa creyéndola libre (no gravada por prenda o hipoteca) durante diez años interpresentes o veinte interausentes, supone que el *pignus* prescribe, extinguiéndose, pero ese poseedor nunca puede ser el pignorante aunque él tenga la posesión de la cosa porque no la tiene como libre él sabe que la cosa está gravada.

Acciones por interponer:

Acciones del acreedor con *ius possidendi* estando el deudor *in bonis*:

- a) *Interdicto salviano*: para reclamar la cosa en posesión del deudor. Con Justiniano también se utiliza para ir contra terceros. También asisten al acreedor el resto de los interdictos.
- b) *Actio quasi serviana*: (*Actio hipotecaria o serviana utilis*), contra cualquier persona que haya constituido el *pignus*. En Derecho clásico si no se entregaba la cosa se podía imponer pena (multa dineraria), para ello era necesario que la cosa estuviese *in bonis* del deudor.

Excepciones por oponer:

El deudor podía oponer algunas excepciones:

- a) Prioridad de rango (si había otra hipoteca).
- b) Prescripción.
- c) Gastos necesarios en la cosa.
- d) Defenderse con beneficio de excusiones.

3. DEL PODER DE ENAJENAR Y DE ADQUIRIR

3.1. Del poder de enajenar

No se puede transferir a otro más derecho que el que uno tiene por sí mismo. Para enajenar, es preciso ser propietario y que todo propietario puede, en general enajenar.

Sin embargo, hay excepciones a cada uno de estos principios:

1. Ciertas personas pueden enajenar sin ser propietarias:

- a) Los tutores de los impúberos y los curadores pueden enajenar, pero solo a título oneroso, los bienes de los incapaces cuyo patrimonio tiene la misión de administrar.
- b) El mandatario puede enajenar un bien que pertenezca a otro cuando se le ha encargado especialmente por el propietario. El que ha recibido el mandato de administrar un patrimonio no tiene el poder de enajenar todos los bienes que le componen, sino solamente los frutos y las cosas que pueden perecer, porque esto es un acto de administración.
- c) El acreedor pignoraticio o hipotecario, puede, en la época clásica, vender la cosa dada en prenda, si no ha sido pagado al vencimiento y transferir su propiedad al comprador.

2. Ciertos propietarios no pueden enajenar:

- a) El pupilo no puede enajenar sus bienes sin la *auctoritas tutoris*, la misma incapacidad sometía a la mujer a tutela perpetua, pero únicamente para sus *res Mancipi*.
- b) El *furiosus*, no puede proceder por sí mismo a una enajenación válida mientras esté en estado de locura. Lo mismo hay que afirmar del *pródigo interdicto*, mientras dure su interdicción.
- c) El menor de veinticinco años en curatela es tratado como el pupilo, en el último estado del derecho. Le es preciso, para enajenar, el consentimiento del curador.
- d) El marido, propietario de los bienes que le han sido dados en dote, ha perdido completamente, bajo Justiniano, el derecho de enajenar o de hipotecar los inmuebles dotales.

3.2. Por quién se adquiere

Según el Derecho civil, un ciudadano *sui iuris*, puede adquirir la propiedad y los Derechos reales, no solamente por sí mismo, sino también por las personas que tiene bajo su potestad; es decir, por los esclavos, los hijos e hijas de familia, las mujeres *in manu* y las personas *in Mancipio*, porque la personalidad de estos se confunde con la suya. Por el contrario, no se puede adquirir nada por una persona libre e independiente, *per liberam et extraneam personam*. Desde los comienzos del imperio hasta Justiniano estos principios recibieron grandes restricciones. La desaparición de la *manus* y el *mancipium* por una parte, el desarrollo de los peculios para los hijos de familia, por otra, han limitado los casos en que el jefe de familia adquiere por medio de las personas sometidas a su potestad. La regla de que no se puede adquirir por una persona extraña ha cesado, quedando el principio de adquisición por los esclavos.

1) De la adquisición por los esclavos

El esclavo no podía tener nada propio. Todo lo que adquiriera le pertenecía a su dueño y la regla ha subsistido en todas las épocas del Derecho romano.

- a) Adquisición de la propiedad: Cuando el esclavo recibía tradición o mancipación de una cosa, de suerte que hubiese llegado a ser propietario si fuera libre y *sui iuris*, la propiedad la adquiere el dueño sin saberlo y contra su voluntad. Pero era muy distinto si se trataba de una sucesión que el esclavo estaba llamado a recoger; era un patrimonio que comprendía bienes y deudas y no debía el dueño llegar a ser deudor sin haber consentido en ello. El esclavo no podía aceptar la sucesión sin la autorización del dueño.
- b) Adquisición de la posesión: También adquiría el dueño la posesión por intermedio del esclavo. Pero esta adquisición no se efectuaba sin su voluntad, como la de la propiedad. Para poseer era preciso tener por sí mismo el *animus domini*.

Estos principios sufren, sin embargo, una excepción. El dueño llega a ser poseedor, aún sin saberlo, de las cosas que el esclavo hace entrar en su peculio. El *animus* del esclavo reemplaza entonces al del dueño. Esta derogación del Derecho común había sido establecida en interés del dueño para que no se viese obligado a inquirir a cada instante de los bienes que entran en el peculio.

2) De la adquisición por los hijos de familia

El jefe de familia adquiere por los hijos sometidos a su potestad, como por los esclavos y según las mismas reglas. Según los antiguos principios, los hijos bajo potestad no pueden tener nada propio. Sus adquisiciones entran en el patrimonio familiar, sobre el cual únicamente el jefe de familia ejerce los derechos de propietario.

A partir del reinado de Augusto, se admite que los hijos de familia sean propietarios de los bienes que han adquirido con ocasión del servicio militar, y que forman para ellos un verdadero patrimonio, con el nombre de *peculium castrense*, y tenía varios tipos de peculios:

- a) *Peculio castrense*: Creado por Augusto, confirmado por sus sucesores, está incluido entre los numerosos privilegios que los primeros emperadores habían concedido a los militares. Forman parte de este peculio todos los bienes que el hijo de familia adquiere con motivo del servicio militar, tales como su sueldo, la parte que se le atribuye en la repartición del botín y las distribuciones de tierras, la liberalidades que le son hechas por terceros, por motivo de su cualidad de soldado. Tiene sobre estos bienes los derechos de un propietario, puede enajenarlos a oneroso o a título gratuito. Puede llegar a ser acreedor o deudor del padre de familia bajo la potestad del cual se encuentra y tiene el derecho de ejercitar por sí mismo las acciones que le correspondan con ocasión de este peculio. Se le trata en cuanto al *peculio castrense*, como un verdadero jefe de familia.
- b) *Peculio quasi-castrense*: Es Constantino el que organiza este peculio, en el año 320 de nuestra era. Considera que es preciso tratar con favor tanto a los que están en los campamentos tanto a los hijos de familia que tienen un oficio en el palacio del emperador (*palatini*); guardan como propias las economías hechas sobre sus salarios y los dones recibidos del príncipe, a título de peculio *quasi-castrense*. El mismo favor se extendió más tarde a las ganancias hechas por los hijos de familia en las profesiones liberales, como la de abogado y, por último, a

los emolumentos anexos a todas las funciones públicas. El hijo de familia tiene sobre este peculio los mismos derechos que sobre el peculio castrense, salvo el derecho de testar, que no le ha sido concedido a título definitivo por Justiniano.

- c) Bienes adventicios: Los peculios *castrense* y *quasi-castrense*, no estaban reservados más que a ciertos hijos de familia: los soldados y los funcionarios. Al crearlos los emperadores habían cedido a consideraciones políticas que a la voluntad de reaccionar contra los efectos del poder paterno. Sin embargo, el carácter absoluto de ese poder conducía frecuentemente a consecuencias inicuas. Suponiendo que uno de los hijos de familia hubiese hecho por sucesión adquisiciones considerables, que acrecentaron el patrimonio del padre, su parte de la herencia paterna no se aumentaba con ello; sus hermanos y hermanas participaban de ello como él y el testamento del padre podía aún favorecerles en su detrimento. Para remediar estos abusos para lo que la legislación imperial trató de conciliar el interés de los hijos con el respeto debido al poder del padre, estableciendo un régimen especial para los *bona adventitia*. Esta reforma, comenzada por Constantino, completada por los emperadores siguientes, no recibió su completo desarrollo más que bajo Justiniano. Constantino decidió que los bienes recogidos por un hijo bajo potestad, en la sucesión materna, le pertenecían como propios y que el jefe de familia no tendría más que su usufructo. Esta medida fue sucesivamente extendida a todos los bienes que provenían a título gratuito de la línea materna; después, a todos los que venían de un esposo o de un prometido. Por último, Justiniano sometió a la misma regla, además de los peculios *castrenses* y *quasi-castrense*, todos los bienes que el hijo bajo potestad adquiere por una causa cualquiera, salvo los que le vienen del padre. Todas estas adquisiciones forman los *bona adventitia*, en oposición a las que provienen *ex re patris*, y que componen el peculio *profeticio*, sobre el cual el padre conserva sus antiguos derechos. El hijo bajo potestad, hijo o hija de familia, es propietario de los bienes adventicios, pero no puede disponer de ellos por testamento. El padre de familia tiene su usufructo, es decir la administración y el disfrute. No tiene que rendir cuentas de ninguna clase, pero le está prohibido enajenar e hipotecar el usufructo se extingue cuando el hijo llega a ser *sui iuris*. De este modo en el último estado del Derecho romano, la antigua regla, según la cual los padres de familia adquieren por los hijos bajo potestad, no tiene ya aplicación más que en dos casos:

- 1) Cuando el hijo realiza un acto de adquisición en nombre del padre de familia, del cual no es más que el instrumento.
- 2) Cuando se hace la adquisición con un valor suministrado por el padre de familia, *ex re* o *ex substantia patris*.



TÍTULO TERCERO

DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO Y OBLIGACIONES

CAPÍTULO I Obligaciones

1. CRÉDITOS U OBLIGACIONES

1.1. Concepto de obligación

En la compilación *Justiniana* encontramos dos definiciones de obligación, la primera se encuentra en *las Instituciones* y dice así:

«La obligación es un vínculo jurídico, por el que se nos constriñe a cumplir algo según los derechos de nuestra ciudad» (I. Inst. 3.13)

O lo que es lo mismo...

...es un vínculo jurídico, por el que necesariamente somos compelidos -obligados- a realizar una determinada prestación según los derechos de nuestra ciudad».

Esta definición nos suministra algunos rasgos del concepto romano de obligación: a) La obligación es un vínculo jurídico, en realidad, la propia etimología de la palabra *obligatio* (*de ob ligare=atar alrededor*) nos confirma esta idea. b) El vínculo tiene un carácter necesario, no solo no puede zafarse el deudor de ese vínculo. c) El deudor debe realizar la prestación, pero no se dice en qué consiste esta. d) La *obligatio* es una institución del *Ius Civile*. Al igual que el *dominium* y la *hereditas* son también instituciones del *Ius Civile*. En el *Ius Honorarium* hay instituciones paralelas, como son la de la herencia pretoria (*Bonorum Possessium*), designada con la perífrasis *actione teneri* (estar cogido por una acción, es decir, ser deudor) pero el nombre *obligatio* se reserva a la institución del Derecho Civil, sin que se aplique a la correlativa del Derecho Honorario.

La otra definición se atribuye en las fuentes al jurista *Paulo* y dice así:

«La naturaleza de las obligaciones no consiste en hacernos adquirir una cosa corporal o una servidumbre, sino que otra persona quede constreñida a darnos algo, a hacer algo o a responder por algo».

Se podría caracterizar esta definición con tres rasgos:

- a) Por lo pronto, explica ya cuál es el contenido de la obligación: *dare, facere, praestare* (responder por algo).
- b) Aunque la definición recuerda la distinción entre Derechos reales y de obligación, en realidad, lo que contrapone es la adquisición del Derecho real (que una cosa corporal o incorporeal se haga nuestra) a la propia obligación.
- c) No hay en la definición un solo rasgo que permita reconducir la *obligatio* al *Ius Civile*.

En efecto, hablar de que cualquier *dare, facere, praestare* a que esté constreñido el deudor, constituye una obligación, no permite separar la auténtica *obligatio* del *Ius Civile*, de las obligaciones del Derecho honorario. Si recurrimos a las *Instituciones de Gayo*, dice: «Es por medio de la *Actio In Personam* como litigamos contra alguien que nos esté obligado por contrato o por delito, esto es, cuando en la *intentio* figura que tiene que dar, hacer o garantizar algo».

La palabra clave aquí es *oportere*, que indica un «tener que» en base al *Ius Civile*. Por lo demás las palabras de Gayo insisten en el contenido de la obligación: *dare, facere, praestare*.

En resumen la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona (*acreditor*), tiene la facultad de exigir de otra (*deudor*), un determinado comportamiento positivo o negativo (*prestación*), la responsabilidad de cuyo cumplimiento afectará, en último término a un patrimonio.

En un sentido restringido, la obligación es un deber del deudor de cumplir una prestación a favor del acreedor. La palabra obligación se refiere solo al deber del deudor.

1.2. Evolución histórica de la obligación

En la primera época de Roma, la voz *obligatio* fue desconocida en el Derecho, en el sentido de vínculo jurídico por el que un deudor le constreñía a cumplir una prestación; usándose para indicar tal acción las voces *nexum, nectare, adstringe, vinculum o contrahere*; utilizando para su cesación, *solvere, liberare, solutio*, etc. Tal desconocimiento no es extraño si se tiene en cuenta que la obligación suponía un verdadero señorío sobre la persona del deudor, toda vez que la relación obligacional se fundó, antes que en la idea de deber, en la responsabilidad individual. La obligación del Derecho antiguo entrañaba un severo vínculo de responsabilidad: el deudor hallábase a merced de su acreedor, y del cual solo podía desligarse mediante la *solutio*; hasta que más tarde, la relación obligatoria adquiere la fisonomía que aún conserva hoy: la de un vínculo de deber, que lleva aparejada responsabilidad sobre el patrimonio, pero que, primordialmente, recae sobre la libre personalidad del deudor: Liberarse, ahora equivale a cumplir y hacer efectiva la prestación.

Los sujetos de la obligación, el deudor y el acreedor, se determinan individualmente en el instante en que surge el vínculo obligatorio. Sin embargo puede darse el caso en que nazca una obligación sin la determinación originaria de tales sujetos, tratándose en este caso de obligaciones ambulatorias o *in rem scriptae*.

En Roma, la obligación no tuvo siempre una valoración constante y uniforme. En un comienzo la deuda (*debitum*), no fue exactamente una obligación como

hoy la entendemos, ya que el deber de cumplir la obligación no fue sancionado legalmente. Vista esa omisión legal, nació la institución del *nexum*, la que colocó duramente al *reus debendi* en situación de dependencia absoluta del acreedor, a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación con la propia persona del deudor. Según una disposición de la *Ley de las XII Tablas*, la *obligatio* fue una atadura del deudor, semejante al poder *in manu* del *paterfamilias* o del señorío del propietario sobre sus cosas.

Surgió una reacción contra la dura situación del deudor y se dio a su favor la *Lex Poetelia Papiria de Nexis* (326 a.C.), rogada por los Cónsules C. Peetelius Libo y L Papirius Cursor, que abolió indirectamente el *nexum* al prohibir el encadenamiento, y el derecho de dar muerte al *nexi*, estableciendo además que en adelante el deudor respondería de sus obligaciones solo con su patrimonio. La ley en referencia decretó además la libertad de los *nexi*.

Más tarde, la *Lex Silia* dispuso que la obligación debiera gravitar sobre el patrimonio del deudor, con intervención judicial. Por último se dispuso que la obligación recaiga solo sobre una parte del patrimonio del deudor, a fin de que pueda subsistir con la otra parte de él.

1.3. Elementos de la obligación

Las obligaciones están constituidas en su esencia por tres elementos: *sujetos*, *prestación* y *vínculo*.

1º *Los sujetos* son dos, el sujeto activo, acreedor, *creditor* o *reus credenai* y el sujeto pasivo, deudor, *debitor* o *reus debenai*; al primero es a quien compete el derecho de exigir el cumplimiento de la prestación y al segundo a quien se exige el deber de cumplir la prestación.

Tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser personas físicas o jurídicas (morales). Los sujetos también pueden ser múltiples, dando origen a las figuras de la mancomunidad y de la solidaridad o correalidad; por la primera exigen o cumplen en la parte proporcional que les corresponde; por la segunda, uno de los acreedores o de los deudores exigen o cumplen respectivamente la totalidad de lo convenido.

2º *La prestación* es el objeto de la obligación y ha de tener un contenido económico. Paulo, decía que la sustancia de la obligación consiste en el constreñimiento a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa.

La prestación, puede revestir las formas de un *dare*, un *jacere* (o *non facere*) o un *praestare*. El *dare* es la entrega de una cosa con la manifiesta intención de transmitir el dominio sobre ella, o en todo caso de constituir en ella determinado derecho real. El término *facere* (o *non facere*) era la ejecución (o la abstención) de un acto, abarcado por lo tanto a un hecho o acto del hombre, tal sería el caso por ejemplo de un contrato de locación de servicios. En cambio el término *praestare*, era empleado para aludir a aquellas prestaciones que estribaban en la entrega de una cosa con otra finalidad que la de transferir su propiedad o constituir sobre ella algún derecho real e igualmente para referirse a una prestación que no constituyera un hecho positivo, como la resultante de la reparación del daño causado por dolo o culpa; se utilizó pues este término para el resarcimiento de daños y perjuicios o por la transferencia del uso, goce o disfrute de alguna cosa. La prestación, para que fuera eficaz, debería ostentar las siguientes calidades:

a) Ser física y jurídicamente posible; pues caso contrario se estaría frente una *impossibilia nulla obligatio est*, por ser imposible la prestación, carente de relevancia jurídica; b) La prestación debía ser lícita, es decir no atentatoria contra la moral y las buenas costumbres; c) Debería ser determinada o al menos determinable; d) La prestación hubo de tener un contenido patrimonial, que pueda valorarse en dinero (ya que la obligación se ubica en la esfera de los derechos patrimoniales).

- 3º El vínculo (*iuris vinculum*), es el tercer elemento de la obligación. Es el que señala la situación jurídica del acreedor con la relación al deudor. Por el vínculo, el acreedor exige del deudor, con la inminencia de una sanción, el cumplimiento de la prestación debida.

El acreedor utiliza la *actio* para hacer efectiva tal exigencia y, eventualmente, también puede utilizar una *exceptio*, como en el caso por ejemplo de su empleo para retener lo que el deudor le entregó en cumplimiento de la obligación y en el supuesto de que este último, pretendiese obtener su restitución.

En todo caso, hay que recordar que el *iuris vinculum* debe entenderse como provenientes de las relaciones que dan lugar a los derechos acreditorios, quedando en consecuencia al margen los deberes jurídicos que emanan de los Derechos Reales y del Derecho de Familia.

También la obligación consta de dos estructuras denominadas respectivamente débito y responsabilidad:

Débito: es el puro deber de realizar la prestación;

Responsabilidad, son las consecuencias que lleva aparejado el incumplimiento de la obligación.

Estas estructuras, que en la moderna obligación solo se pueden separar mediante el análisis conceptual, aparecen en la Roma primitiva escindidas el uno del otro. Tanto es así que para engendrar débito y responsabilidad respectivamente, son necesarios dos actos diversos:

- *Debitum*, sería el término que emplean las fuentes para designar el débito.
- Responsabilidad, serían *Nexum* (Forma arcaica de garantizar una deuda a través de *mancipatio*, que consistía en la concesión al acreedor de un derecho de plena disposición corporal sobre el deudor, como garantía, esto es, que el deudor, respondía con su cuerpo, pudiendo el acreedor venderlo o incluso darle muerte. La *Lex Poetilia Papiria* del año 263 a.C., abolió el *nexum* y sustituyó el sometimiento personal del deudor por el de sus bienes, transformando así la vinculación personal en patrimonial), y la *obligatio*.

1.4. Contenido y requisitos de la prestación

- *El contenido de la obligación* es la actividad que debe de realizar el deudor, es decir, la prestación. La prestación puede consistir en *dare, facere praestare*:
 - a) *Dare*, en sentido técnico, es toda transmisión de la propiedad o constitución de Derecho real.
 - b) *Facere*, es un hacer a que está obligado el deudor, pero incluye también conductas de carácter negativo, es decir, un no hacer.

- c) Praestare, es la asunción de cualquier tipo de garantía o responsabilidad, responder por algo.
- *Requisitos de la prestación:*
 - 1) La prestación ha de ser posible. Rige en este punto la regla enunciada por el jurista Celso *impossibilium nulla obligatio est*, (La obligación de hacer cosa imposible es nula). Es, por ejemplo, obligación imposible la que tiene por contenido entregar una *res extra commercium* o entregar algo que no existe.
 - 2) La prestación ha de ser lícita: estar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y con la ética.
 - 3) La prestación ha de ser determinada o determinable: la prestación tolera un cierto margen de indeterminación. Lo que resulta imprescindible es que ya desde un comienzo estén claros los criterios que se van a emplear en la determinación. Estos criterios pueden ser objetivos (el precio que tenga el trigo el día X en el mercado Y) o subjetivos, confiándose entonces la determinación de la prestación a una tercera persona *arbitrium boniviri* (al arbitrio de un hombre bueno).
 - 4) La prestación ha de tener carácter patrimonial, en el sentido de que sea valuable en dinero. Aunque se ha discutido mucho sobre este requisito, un texto del Digesto explica: La obligación solo puede consistir en lo que se puede liquidar y pagar con dinero.

1.5. Lugar y tiempo de la prestación

a) El lugar

El lugar de cumplimiento de la obligación es el que se fije por la voluntad de las partes. Si nada se ha acordado al respecto, entonces hay que distinguir entre cosas genéricamente determinadas (100 Kg. de peras) o individualmente determinadas (el esclavo Pedro).

En el primer caso se puede entregar donde se pueda exigir y lo normal es que sea en el domicilio del deudor; en el segundo caso se atiende al lugar donde se encuentran las cosas.

Para el caso de que el deudor se halle ausente y sea difícil de localizar, el pretor concede una acción (*Actio de eo quod certo loco dari oportet*) al acreedor, que tiene en cuenta (con su *Intentio Incerta*), la diferencia de valor entre el lugar donde normalmente se debió de reclamar y aquel en que efectivamente se reclama.

b) El tiempo

El tiempo de la prestación viene dado por la voluntad de las partes. En defecto de acuerdo expreso, habrá de atender a la naturaleza de la obligación. Ejemplo: si es una cosecha, cuando se recoja.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Como en otras instituciones, el Derecho romano no logró elaborar una teoría general de las obligaciones, ni formuló en consecuencia una clasificación de ellas. No hubo, ni aún en los últimos tiempos un concepto dogmático de la obligación, (solo

medió un reconocimiento y una práctica obligacional) en la cual podamos encasillar desde ahora a los diversos tipos de obligaciones. Corresponde pues a la dogmática moderna una clasificación de las diversas obligaciones romanas.

2.1. Clasificación de las obligaciones según el Derecho que las recoge y protege

Bajo este criterio, pueden distinguirse dos clases de obligaciones naturales y civiles:

a) Obligaciones naturales

- Noción: Se estima a Juliano como el creador de la teoría de la *Obligatio Naturalis*, a la que definió como “aquella que no dando acción para exigir su cumplimiento, no permite sin embargo repetir lo que se ha pagado en razón de ella”.

La obligación natural se funda unas veces como consecuencia necesaria de las relaciones humanas; en este sentido se alzan frente a otro tipo de obligaciones (civiles), formalistas y que han sido legisladas.

Estas obligaciones son desprovistas de acción, es decir un tipo de obligaciones donde el acreedor natural no tiene el medio jurídico para constreñir al deudor para el logro de la prestación. Se caracterizan por un hecho negativo, la ausencia de la *actio*; y por un hecho positivo, imposibilidad de exigir la devolución de lo pagado en virtud de la obligación.

En Roma, las obligaciones naturales empiezan a perfilarse en el Derecho clásico, con ocasión de las deudas y créditos originados por personas sometidas a la patria potestad o por los esclavos. A pesar de que la obligación natural tenía un valor exclusivamente teórico, ella preguntaba un vínculo jurídico debilitado, pero capaz de engendrar efectos.

- *Efectos de las obligaciones naturales*: Entre los más importantes figuraron los siguientes:
 - 1) La *soluti retentio*, efecto principal y característico, consiste en la facultad del acreedor natural, de hacer suyo lo que el deudor le pagó. El deudor en consecuencia no podrá hacer uso de la *condictio indebiti*, acción que permitía reclamar se devuelva a una persona lo que pagó sin deberlo.
 - 2) Podía oponerse por compensación, a la exigencia de pago de una obligación civil de que se le debe en virtud de una obligación natural. Así por ejemplo Marco pide a Pablo el pago de 100 sestercios que le debe este último en razón de una obligación civil; pero Pablo reclama que a su vez Marco le debe también 100 sestercios provenientes de una obligación natural; en este caso cabe una compensación de ambas obligaciones.
 - 3) La obligación natural puede ser objeto de una garantía por intermedio de fadores y aún mediante la constitución de prenda o de hipoteca.
 - 4) Podía novarse una obligación natural, mediante la sustitución de ella por una obligación civil.
 - 5) En el caso de una masa hereditaria y vista la necesidad de precisar a cuánto ella asciende, se deducían pasivamente las obligaciones naturales.

Es importante subrayar que los efectos que preceden no pudieron ser deducidos de la generalidad de las obligaciones naturales, pues, ni aún en el caso del Derecho justiniano se arriba a una doctrina definida sobre la *Obligatio Naturalis*.

- *Fuentes de las obligaciones naturales*: en el Derecho clásico podemos encontrar las siguientes fuentes de obligaciones naturales:
 - 1) Los contratos celebrados por esclavos, que engendraban una obligatio del servus. Los esclavos, conforme a los cánones del Derecho civil eran asimilados a la calidad de cosas y por lo tanto no podían obligarse, pero debido a la influencia de la filosofía griega los esclavos eran semejantes al hombre libre, “su naturaleza efectiva es como la de los demás hombres”, y en tal sentido sí podían obligarse natural pero no civilmente. Justiniano diría más tarde que la esclavitud era una institución de Derecho civil y no de Derecho natural.
 - 2) Los contratos que se verificaron con los cuales los alieni iuris, también daban lugar a obligaciones naturales. Dichos convenios unas veces se realizaban entre el paterfamilias y un alieni iuris, o entre los *alieni iuris*.
 - 3) Los contratos celebrados con personas que han sufrido una capitis deminutio.

En el Derecho posclásico, se encuentra la siguiente fuente de obligaciones naturales:

 - 4) El préstamo que se verifica contraviniendo a las disposiciones dictadas por el Senatus Consultus Macedoniano. Dicho senado consulto estableció que el que en calidad de filius familias recibía un dinero prestado, cuando salía del régimen de la patria potestad, tenía derecho a rechazar la acción. Sin embargo, la obligación inexigible en tales circunstancias –porque era impedida por la exceptio–, se entendió como una obligación natural.
- *Obligaciones naturales impropias*: Son aquellas que carecen de naturaleza jurídica. Su fundamento se encuentra en consideraciones genéricas de orden moral, religioso o de las buenas costumbres. Entre las más importante figuran:
 - a) La que tenía el liberto para con su patrono.
 - b) El deber de alimentar a parientes lejanos, a quienes no había obligación civil de dar tal prestación.
 - c) El deber de la mujer romana, para constituirse una dote.
 - d) El deber de pagar los funerales de los parientes y el de no exigir la devolución de lo pagado.

B) Obligaciones civiles

Toda obligación a la que el derecho ha provisto de una *actio* cuyo ejercicio faculta al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de la prestación, constituye una obligación civil, esto es, una obligación propiamente dicha. Esta situación encaja perfectamente dentro de la realidad del ordenamiento jurídico que considera que un derecho es tal cuando se le puede hacer valer en justicia por medio de una acción.

Muy junto a las obligaciones civiles se admiten en el Derecho romano a las obligaciones pretorianas u honorarias. Las primeras han sido constituidas por las leyes (ley comicial, senadoconsulto o constitución imperial) y las segundas, las reguladas por el edicto del pretor (y aún por la *iurisdictio* de magistrados tales como los ediles, los gobernadores de provincias), razón por la cual es más propio llamar *honorarias* a la totalidad de ellas, ya que es un término más genérico, pues involucra a las obligaciones *pretorianas*.

La distinción entre obligaciones civiles y pretorianas u honorarias, deja de tener importancia en el Derecho justiniano, donde se fusionan el *Ius Civile* y el *Ius Honorarium*.

2.2. Clasificación de las obligaciones según el sujeto

Las obligaciones, según el sujeto de la relación, pueden adoptar tres modalidades:

a) Obligaciones de sujetos fijos o determinados:

Son aquellos que presentan un sujeto activo y un sujeto pasivo conocidos, los que no varían desde el nacimiento hasta la extinción de la obligación. Son pues las personas del acreedor y del deudor, las que se encuentran vinculadas permanentemente por la obligación.

b) Obligaciones de sujetos variables o indeterminados:

Son aquellas donde el sujeto activo, el sujeto pasivo, o ambos sujetos, no se determinan en el instante en que nace la obligación o en todo caso no son siempre los mismos desde el nacimiento de la obligación hasta que ella es satisfecha.

Así, por ejemplo, existía la obligación del propietario de un esclavo, de indemnizar el daño causado por este, aun cuando el esclavo con su acción dañina haya causado el mal cuando pertenecía a otro dueño; indemnizará el que sea titular en el momento de iniciarse la acción.

La variación de los sujetos en esta clase de obligaciones, ha hecho que se las denomine *ambulatorias*. Los intérpretes las han llamado obligaciones de *propter rem*, en virtud de que estaban amparadas por un *actio in rem scripta* y que podía dirigirse contra las personas que no habían sido las autoras del hecho.

En las obligaciones ambulatorias no se pudo señalar de antemano a un deudor fijo, pues este será en todo caso el que posee la cosa. Refiriéndose a ellas *Ulpiano*, decía, "*etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta*" (esta acción compete también contra el deudor como quiera que haya sido establecida sobre la cosa).

En nuestros días, las obligaciones ambulatorias son muy profusas debido al desarrollo de los títulos al portador. En el Derecho romano, la arraigada noción del vínculo obligatorio como una ligazón entre dos personas determinadas, no hizo fácil el que prosperase el desenvolvimiento de esta categoría un tanto híbrida, que no abarcó sino pocos casos, situados más bien en la esfera del Derecho de familia o en la de los Derechos reales y configurados en periodos generalmente ya avanzados de la evolución jurídica romana; son obligaciones *propter rem*, las siguientes:

- 1º La obligación de resarcir, en el Derecho clásico, el daño causado por un animal, un esclavo o un *filiusfamilias*; y en el Derecho justiniano, el resarcimiento del daño causado por un animal o un esclavo.
- 2º La obligación que tiene el superficiario, el enfiteuta o el propietario, de pagar impuesto, los que resultan exigibles aún después que el fundo pasó a personas distintas de la que incumplió el pago.
- 3º La obligación, garantizada con la *actio quod metus causa*, de devolver lo que se adquirió por la violencia; obligación que gravita sobre el poseedor de la cosa así arrebatada.
- 4º Las obligaciones que se hallaron amparadas por las acciones divisorias; ya que dependieron en todo caso de quien era el copropietario.

c) Las obligaciones de sujetos múltiples:

Llamadas también de *pluralidad de sujetos*. Ellas se constituyen por varios sujetos activos o por varios sujetos pasivos, o por varios sujetos activos y pasivos respectivamente.

Dicha multiplicidad de sujetos puede presentarse en el instante en que surge la obligación o más tarde, cuando ya existe el *iuris vinculum*.

Podemos diferenciar hasta tres tipos de obligaciones de sujetos múltiples: parciarias, cumulativas y solidarias o correales.

- 1º Obligaciones parciarias:** Son aquellas donde se da una pluralidad de acreedores o de deudores, o de ambos a la vez, y donde la obligación se reparte y en consecuencia cada acreedor tiene el derecho de exigir a cada deudor una prestación equivalente a la cuota de correspondiente (*Partes viriles deberi*).

Los sujetos, en esta clase de obligaciones, son independientes en relación de unos con otros, de tal manera que los acreedores solo puedan exigir una parte de la prestación y los deudores solo pueden obligar a cumplir con la parte proporcional de la prestación. En caso de duda, se presume que la obligación es igual para todas las partes.

Los sujetos pasivos de las obligaciones parciarias, deben alcanzar una prestación general (*pro parte, pro rata*); de allí que reciban también el nombre de *obligaciones a prorrata* u obligaciones mancomunadas.

Han de entenderse a esta clase de obligaciones como la norma genérica dentro de las obligaciones de sujetos múltiples y en todo caso deben presumirse, ya que la excepción está constituida por las obligaciones solidarias.

- 2º Obligaciones cumulativas:** Son las contenidas por varios deudores con un acreedor, o por un deudor con varios acreedores. Se trata de una acumulación de obligaciones. Así por ejemplo, si Antonio vende su casa a cinco distintos compradores, está obligado a dar en cada caso una prestación total.

- 3º Obligaciones solidarias:** (*Obligatio in solidum*). Llamadas también *correales*. Son aquellas en las que la relación obligatoria se establece entre varios acreedores o varios deudores que individualmente pueden exigir, o deben cumplir la prestación íntegramente.

Se trata pues de una obligación con pluralidad de sujetos, donde cada uno de los acreedores puede exigir a cada uno de los deudores cumpla toda la prestación.

Así cumplida la obligación y disuelto el vínculo obligacional, subsiste el llamado *derecho o acción de regreso*, estimado como el derecho del deudor que ha sido satisfecho la obligación solidaria, de compeler a sus codeudores al reembolso de la parte por la que cada uno de los demás deudores estaba obligado; pudiendo en consecuencia valer la misma expresión a la facultad inversa de los coacreedores solidarios, para exigir del acreedor que ha recibido el pago, la parte respectiva del crédito.

Durante el Derecho justiniano, se admite con carácter general a la *acción de regreso*.

Las obligaciones solidarias pueden adoptar tres modalidades: a) Solidaridad activa (pluralidad de acreedores); b) Solidaridad pasiva (pluralidad de deudores); y, c) Solidaridad mixta, activa y pasiva.

En Roma fueron fuentes de solidaridad, el contrato (*Ex contractu*), el testamento (*Ex testamento*) y la ley (*Ex lege*).

Las obligaciones solidarias se extinguían (atendiendo a causas que afectaban al objeto de la relación) por el pago, la novación, etc., o también podían extinguirse (atendiendo a las causas referidas únicamente a los sujetos) por confusión, por *capitis deminutio*, etc., extinguiéndose en este segundo extremo solo para el sujeto beneficiado.

Ha de encontrarse una distinción entre acciones solidarias y correales. Las fuentes romanas nos informan que en algunos casos de obligaciones solidarias, la simple *litis contestatio* extingue para todos la obligación; en otros casos se informa que solo mediante el pago real hecho por el sujeto pasivo solidario es lo que borra la obligación para todos. Esta anarquía de criterios, dio lugar para que se desarrollara en el siglo pasado una doctrina donde se asignaba la denominación de *correales* (en la fuentes el deudor es el *reus promittendi*; en caso de pluralidad es *duo rei* o *conrei*; de allí la voz "correales"), al primer tipo de obligaciones y que se extinguían solamente con la *litis contestatio*; se llamaba estrictamente solidarias a las que se satisfacían plenamente solamente con el pago efectivo.

Juan Iglesias nos dice que las obligaciones correales propiamente dicho o solidarias perfectas, se caracterizan por la eficacia liberatoria general de la *litis contestatio* y que en las obligaciones simplemente solidarias, solidarias imperfectas o de solidaridad colectiva, solo el pago efectuado por uno (y no la *litis contestatio*), libra a todos los codeudores. Añade el mismo autor, que hay textos en que la *litis contestatio* con unos de los deudores tiene eficacia extintiva general; mientras que en otras fuente solo el pago verificado por uno extingue la obligación respecto a todos; que con referencia la primer caso se vio una obligación única, aunque con pluralidad de sujetos, con la consecuencia de otorgarse una sola *actio*; y dado que la *litis contestatio* solo puede realizarse una vez y, una vez realizada, caduca la *actio*, se opera la extinción total de la deuda, que en el segundo caso cuando se verifico el pago efectivo, se apreció la existencia de varias obligaciones, aunque recaigan sobre un mismo objeto.

En el Derecho clásico, la *litis contestatio* que se celebró con un codeudor, produjo la extinción absoluta u objetiva. En el Derecho justiniano no se concedió eficacia a la *litis contestatio*, exigiéndose el pago efectivo para la extinción de las obligaciones solidarias.

2.3. Clasificación de las obligaciones según su objeto

Esta clasificación está destinada a involucrar a las diversas modalidades que puede tener la prestación (pudo ser un *Dare*, un *facere* -o *non facere*- o *praestare*) dentro de la relación obligacional.

Partiendo pues de esa posibilidad, la prestación puede ser o no determinada o ser o no dividida, dando lugar respectivamente a las obligaciones: determinadas, indeterminadas, divisibles e indivisibles.

a) Obligaciones determinadas:

Eran aquellas cuya obligación estaba constituida por un cuerpo cierto, indicado en forma concreta e individual, o cuando el objeto está individualizado y definido de un modo preciso, es decir, cuando se trata de un objeto cierto.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la obligación de entregar al esclavo Claudio o la de entregar el fundo la Encalada.

Las fuentes romanas llamaron a esta clase de obligaciones *obligatio speciei* u *obligaciones de especie* o *específicas*; debiendo ser entendido el término *specie* como el que designa a un individuo u objeto determinado, pero no ha de confundirse con las voz *especie*; equivalente al término latino *genus* (género).

En el supuesto de que la cosa que es materia de la prestación desaparecía (o parecía) por caso fortuito, la obligación quedaba extinguida quedando en consecuencia libre el deudor, fundándose tal consecuencia en el principio que "la especie perece para el acreedor".

b) *Obligaciones indeterminadas:*

Bajo este rubro encontramos a un grupo de relaciones obligacionales, en donde la prestación se torna indeterminada.

La indeterminación varía desde la casi absoluta hasta la casi determinada. La primera es "casi absoluta" y no absoluta, porque no se concibe a una obligación donde la prestación sea "absolutamente indeterminada", pues en tal supuesto no nos encontraríamos frente a una *obligatio* (no se puede estar obligado a entregar o realizar "algo" con un criterio absoluto indeterminado). La segunda es "casi determinada" y "no determinada", porque, estaríamos sencillamente frente a una obligación determinada (no se puede estar obligado indeterminadamente, por ejemplo, a la entrega del fundo la Encalada, en forma única y definitiva desde el momento del establecimiento de la relación obligacional).

Las obligaciones indeterminadas pueden ser genérica o de cantidad, alternativas y facultativas.

- 1. Obligaciones genéricas o de cantidad:** Son obligaciones genéricas las que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan solo por sus rasgos generales; se habla de *obligationes generis*, cuando el deudor debe dar objetos o cumplir prestaciones correspondientes a una cierta categoría (*genus*) pero que no son señaladas individualmente.

Se trata pues de un grupo de obligaciones indeterminadas donde el deudor se ha comprometido a entregar objetos determinados tan solo por el *genus* (género) y donde en consecuencia la cosa que se entrega tienen que ser determinada por cualidades naturales o económicas de la misma razón, por la cual puede ser sustituida por otra u otras cosas equivalentes de idénticas cualidades, por ejemplo la obligación de entregar un caballo.

En las obligaciones genéricas el objeto es determinado solo en el último momento, en el de su cumplimiento. La elección del objeto corresponde al deudor (o a sus herederos), sino hubiera pacto en contrario; en este sentido la obligación ha de cumplirse con la entrega de un objeto que corresponde al *genus* estipulado, con la garantía manifiesta de que no ostente vicio alguno que pueda disminuir en poco o mucho su valor. Solamente en caso de mediar cláusula expresa en el instrumento constitutivo de la obligación, compete a este último tal facultad; igual facultad puede ser atribuida en forma expresa a favor de un tercero a fin de que elija el objeto de la prestación. *Ulpiano*, pensó que antes del cumplimiento de la obligación, el acreedor como el deudor pueden variar su decisión en relación a la

elección del objeto; que el acreedor puede hacerlo hasta que exija por vía judicial el cumplimiento de la obligación, y el deudor hasta el instante mismo del pago.

Dentro de las obligaciones genéricas propiamente dichas, existen las llamadas *obligaciones de cantidad*, u *obligaciones de dar cantidades de cosas*. Son pues aquellas que suponen la obligación de entregar cosas apreciables en razón de su peso, número o medida (*Res quae pondere, numero, mensura constant*). Paulo dice que como un tipo especial de obligaciones de dar cantidades de cosas se encuentran las obligaciones de dar sumas de dinero que, como su nombre lo indica, tiene por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda que debe hacerse efectiva en el lugar donde debe verificarse el pago.

El supuesto de la pérdida por caso fortuito, de la cosa que debía entregar el deudor y las obligaciones genéricas, ni su especie, las obligaciones de cantidad se extinguen, ya que el género y la cantidad nunca perecen existiendo pues siempre la posibilidad de elegir entre otros objetos del *genus*.

- 2. Obligaciones alternativas:** Se dan las obligaciones alternativas cuando su objeto lo constituye una entre varias prestaciones independientes entre sí, que se determina en el momento de pago. El objeto de una obligación puede ser también indeterminado en el sentido de que se hayan establecido dos o más prestaciones diferentes de las cuales una sola de ellas debe ser cumplida por el deudor. Cuando tal situación se presenta estamos frente a lo que los intérpretes han denominado obligación alternativa (*Obligatio alternativa*), que puede definirse como aquella relación en la que el deudor ha de cumplir una sola prestación entre dos o más disyuntivamente indicadas.

La mayor parte de intérpretes llaman obligaciones alternativas a las que indica más de una prestación, a fin de que el deudor cumpla tan solo con una de ellas, la cual puede ser elegida por el deudor o el acreedor. Tal sería la obligación por ejemplo de entregar el esclavo Octavio o el caballo "Rayo".

En esta clase de obligaciones, la indeterminación de objeto, es meramente provisional, incertidumbre que determina cuando el deudor elige una entre varias prestaciones en el momento de cumplir la obligación.

La obligación alternativa no admitió en Roma un cumplimiento parcial de la misma, ya que tratándose de dos prestaciones autónomas y sin vinculación mutua, el *reus debendi*, estaba obligado a cumplir totalmente entregando solo una de ellas; a tal punto que no pudo satisfacer parcialmente una de ellas, ya que estaba autorizado a entregar, según *Ulpiano*, otro de los objetos convenidos, aun repitiendo lo que hubiera pagado.

En principio correspondió al deudor la elección del objeto de la prestación para cumplir la obligación, salvo la estipulación a favor del acreedor o de un tercero, hecha en el título que daba origen a la relación obligacional.

El momento de la elección del objeto de la prestación dependía en cada caso del sujeto llamado a elegir, si le correspondía al deudor, podía hacerlo hasta el momento del pago y el acreedor lo pudo realizar hasta antes de la *litis contestatio*.

Se estimó que en el supuesto de que el deudor erróneamente hubiese hecho todas las prestaciones en una obligación alternativa, cuando estaba obligado solamente a una de ellas, tenía el derecho de la restitución de lo pagado indebidamente.

Surgió sí el problema de estimar a quien competía el derecho de elección de las cosas que tenían que ser restituidas: mientras para *Ulpiano* debió elegir al antiguo acreedor (deudor en la restitución). Justiniano creyó la tesis contraria, es decir, que la elección competía siempre al deudor de la obligación.

La legislación romana dictó normas pendientes para deslindar a cuál de los sujetos (acreedor o deudor), competía el soportar los riesgos emergentes de la pérdida por caso fortuito o culpa de alguno de ellos, reproduciendo los siguientes principios: 1º. Perdidos los objetos por caso fortuito, la obligación se extinguía, quedando libre el deudor, salvo que la pérdida no fuera total y quedar un objeto que no hubiese perecido; 2º. Perdidos los objetos por algunos de los contratantes, la solución varió, según se tratara del deudor o del acreedor, y se dio en el Derecho clásico o en el Derecho Justiniano: a) En el Derecho clásico, si elegía el deudor y los objetos se perdían por culpa del mismo –quedando uno solo– la obligación se transformaba en simple y el deudor debía entregar al acreedor la prestación subsistente; idéntica solución se daba si la culpa provenía del acreedor con la variante a favor del deudor, en el sentido de reclamar del acreedor una indemnización por el daño que le ocasionó la privación de la facultad electiva; en otra hipótesis, si el último objeto se perdía por culpa del deudor, debía este pagar al acreedor, su valor, peor si se perdía por culpa del acreedor o perecía por caso fortuito, quedaba liberado el deudor de cumplir la obligación; en el caso de que la elección correspondiera al acreedor y los objetos se perdían, menos uno; subsistía la obligación con respecto al último objeto (su negligencia se atenúo debido a que le competía el derecho de elección), si la pérdida tuviese lugar por culpa del deudor, el acreedor no era privado de ejercer su facultad de elección sobre el objeto perdido, por lo que estaba autorizado para exigirle al deudor el valor del mismo si el último objeto perecía, por culpa del acreedor; se extinguía la obligación y el deudor estaba eximido de la obligación de cumplirla. b) En el Derecho Justiniano, se modificaron las reglas del Derecho clásico y se establecieron las siguientes normas: En caso de competir la elección al deudor y perdido uno de los objetos, podía liberarse pagando al acreedor el precio del que había perecido. Si la elección era cargo del deudor y una cosa pereciera por su culpa y otra sin ella, no se extingue la obligación ni el deudor es liberado, ya que el acreedor amparado en la *actio doli* obtenía un resarcimiento económico.

- 3. Obligaciones facultativas:** Distinta de la obligación alternativa es la obligación facultativa; solo existe una prestación exigible por el acreedor, pero el deudor está facultado para dar otra cosa en pago; se dan este tipo de obligaciones, cuando su objeto consiste solo en una prestación pero el deudor puede liberarse cumpliendo otra, que no puede ser exigida por el acreedor.

Se trata pues de un grupo de obligaciones indeterminadas en las que a pesar de tener una sola prestación, pueden ser satisfechas por el sujeto pasivo mediante el cumplimiento de otra prestación distinta, la que debió ser prevista en el Título Constitutivo de la Obligación o en la ley. Tal sería el caso por ejemplo de la obligación de entregar un fundo con la facultad acordada al deudor de librarse de tal obligación mediante el pago de cien *ases*.

En la obligación facultativa, el objeto de la prestación es *in obligatione*; y el otro objeto mediante el cual el deudor puede liberarse de la obligación, entregándolo al acreedor es *in facultate solutione*.

Los comentaristas dieron a esta clase de obligaciones la denominación de *facultativas*, lo cual de ninguna manera quiere decir que el cumplimiento de las

mismas quede únicamente al arbitrio del deudor, ya que tal extremo atenta contra la esencia de la obligación; debiendo entenderse que tal facultad concedida, se refiere únicamente a la sustitución de una prestación por otra accesoria (reemplazando la prestación *in obligatione* por la *in facultate solutione*).

Las fuentes de estas clases de obligaciones están constituidas por el pacto expreso o por la disposición de la ley.

Frente a los riesgos que pueden acaecer se logra el siguiente encasillado: a) si la prestación *in obligatione* se hace imposible por caso fortuito el deudor queda liberado, aunque subsista la *in facultate solutione*; b) si ambas se hacen imposibles por caso fortuito, al deudor queda liberado; c) si la prestación *in obligatione* se hace imposible por culpa del deudor, este solo se liberará cumpliendo la *in facultate solutione*; d) si la prestación *in facultate solutione* se hace imposible por caso fortuito o por culpa del deudor, este solo queda privado de la facultad de elección; e) si ambas se hacen imposibles por culpa del deudor, este debe pagar el valor de la prestación *in obligatione*.

Por la aparente similitud entre ambas, se han establecido las siguientes diferencias entre las obligaciones alternativas y las obligaciones facultativas: 1º En las obligaciones alternativas hay una obligación con varios objetos, mientras que en las obligaciones facultativas hay un solo objeto; 2º En la obligación alternativa la indeterminación es mayor (porque son varios los objetos que el deudor puede pagar); en la obligación facultativa la indeterminación es mínima; 3º Las obligaciones alternativas son indeterminadas hasta el momento de la elección (ya que las prestaciones están *in obligatione*), mientras que las obligaciones facultativas son determinadas desde el momento que la obligación se perfecciona (ya que solo una prestación está *in obligatione*); 4º Las prestaciones que se hacen imposible por caso fortuito, no extinguen la obligación alternativa; mientras que en la obligación facultativa, de producirse la pérdida de la prestación *in obligatione*, por caso fortuito, se extingue la obligación; 5º La obligación alternativa debe ser expresa, mientras que la obligación facultativa puede ser tácita, ya que en caso de duda ha de entenderse como facultativa, por ser menos gravosa para el deudor.

- 4. Obligaciones divisibles e indivisibles.**- La prestación es divisible cuando su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es por partes, sin sufrir menoscabo o alteración su esencia y valor. Son divisibles las obligaciones cuando contienen prestaciones de tal naturaleza que pueden ser ejecutadas en partes sin que su esencia y valor sufran alteración alguna. Son obligaciones indivisibles aquellas que no pueden cumplirse sino por entero.

Se puede decir que estamos frente a una obligación divisible cuando su objeto se puede fraccionar y el cumplimiento puede realizarse por pagos parciales, como en la obligación de pagar una suma de dinero; y estamos frente a una obligación indivisible cuando la prestación no puede fraccionarse.

3. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

No existe criterio unitario para señalar en el Derecho romano a las fuentes de las obligaciones (*causae obligationum*). Existe una disparidad de ellas en los textos romanos; de allí la necesidad de analizar a las diversas opiniones emitidas por los jurisconsultos romanos, desde la época clásica hasta la legislación justiniana.

En el Derecho romano, donde no existe aún la expresión fuentes de las obligaciones, pero sí el concepto, encontramos una bipartición, una tripartición y una cuatripartición de las causas de donde nacen las obligaciones. En los intérpretes medievales y modernos han tenido una gran influencia las clasificaciones escolásticas de los libros de *Instituciones* de Gayo y de Justiniano, hasta el punto de que ha sido decisiva en la moderna sistemática de las obligaciones de la doctrina y de los códigos civiles.

a) Gayo en sus *Instituciones* dice:

«Toda obligación nace o de un contrato o de un delito»

Esta clasificación bimembre tiene la ventaja de su sencillez, pero el propio Gayo se da cuenta de que es incompleta.

b) En la obra de Gayo «*Res Cottidianae*», encontramos una tripartición de las fuentes de las obligaciones:

- contrato,
- delito; y
- obligaciones derivadas de diversos tipos de causas.

c) Finalmente en las *Instituciones* de Justiniano aparece una cuatripartición de las fuentes de las obligaciones:

- contrato;
- cuasi-contratos; (en los que falta acuerdo)
- delitos,
- cuasi-delitos. (en los que falta culpa).

Pero el valor de esta clasificación es también escaso, responde en realidad a un afán de simetría, puramente bizantino.

La moderna crítica romanística ha dudado, con razón, de que estas clasificaciones de las fuentes de las obligaciones procedan del Derecho clásico, ya que la «*Res Cottidianae*» no es probablemente, ni siquiera una obra de Gayo. Las acciones civiles personales, completadas con las pretorias y las del procedimiento extraordinario, pueden clasificarse en:

- acciones penales, por delitos privados;
- acciones crediticias, por préstamos;
- acciones por estipulaciones, de objeto cierto o incierto;
- acciones de buena fe, por contratos consensuales.

De este repertorio de acciones y de la ordenación de las mismas en el edicto y en los comentarios jurisprudenciales, concluimos que las obligaciones proceden de:

- delitos;
- préstamos;
- estipulaciones;
- contratos.

Se habla de fuentes para designar las relaciones de donde nacen o surgen las obligaciones. La distinción entre préstamos y contratos aparece ya en los juristas clásicos, que en sus elaboraciones casuísticas siguen el orden del edicto.

4. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Los efectos de las obligaciones, no son sino las consecuencias del carácter jurídico producidas por el vínculo creado puesto que, establecido la relación obligacional entre los sujetos, el deudor ha de cumplir la prestación; lo cual constituye el efecto necesario de toda obligación, caso contrario, el acreedor –que tiene derecho de exigir el pago– puede constreñir al deudor a fin de lograr el pago de daños e intereses, si hubo incumplimiento o retardo.

El principio general determina que el deudor verá agravada su responsabilidad si el incumplimiento se produce por una causa imputable a su persona, caso del dolo o de la culpa y deberá, incluso, responder del retardo en el cumplimiento, lo cual genera la mora. Si el cumplimiento no se realiza, se abrirá la posibilidad para el acreedor de ejecutar la obligación, lo que en la época clásica se realiza generalmente mediante la venta pública del patrimonio (*bonorum venditio*) del deudor.

En virtud de la responsabilidad obligacional, la falta de cumplimiento en término determinará la agravación accesoria de los daños y perjuicios, que deberá abonar el deudor culpable al acreedor.

Es necesario entonces el estudio de aquellos presupuestos que conducen al cumplimiento de las obligaciones y de aquellos otros que llevan al incumplimiento de las mismas.

4.1. Cumplimiento de las obligaciones

Desde el instante en que la obligación nace, hasta que se arriba a su total cumplimiento, el deudor ha de observar una conducta que posibilite el cumplimiento de la obligación contraída.

El efecto principal de la obligación, es pues el cumplimiento de la misma; efecto que ha de ser analizado en atención a los sujetos, al contenido de la prestación al lugar y tiempo donde y cuando deben cumplirse las obligaciones.

- a) En principio los efectos de las obligaciones alcanzan únicamente al acreedor y al deudor. Con respecto al acreedor, el vínculo, que es coercitivo, le faculta constreñirse al deudor a fin de lograr el cumplimiento de la obligación otorgándole todos los medios amparados por el Derecho para obtener la prestación o en todo caso, para lograr el resarcimiento de daños y perjuicios. En lo referente al deudor, el cumplimiento de la obligación extingue el *iuris vinculum*, así como todos los derechos que le facultaban al acreedor el logro de la prestación teniendo en consecuencia el derecho de plantear las excepciones convenientes en caso de que el antiguo acreedor pretende en forma indebida un nuevo pago.
- b) En cuanto se refiere al contenido de la prestación, en función de los efectos de la obligación, puede decirse que están regulados por la norma que impone al deudor el deber de cumplir íntegramente sin que pueda liberarse con una prestación distinta a la prometida, ni tampoco verificarla parcialmente, salvo expresa conformidad del acreedor.

En el Derecho romano se plantearon algunas excepciones a la norma que antecede, así por ejemplo se amparó al *beneficium dationis in solutum* (beneficio de dación de pago) que consistía en la entrega de un objeto que no era el prometido inicialmente, extinguiendo este beneficio la obligación *ipso iure* y no pudiendo el acreedor en caso de evicción reclamar más que el valor de la cosa dada, pues la acción no revive; tiene lugar cuando el deudor es solvente pero carece de afectivo al vencimiento de la obligación. También se amparó en Roma al *beneficium competentiae* (beneficio de competencia), que supuso un pago por partes de la obligación en la hipótesis muy probable de la insolvencia del deudor y hasta que mejorara su fortuna, y con el fin de que tuviera algún remanente con que subsistir; los favorecidos con la excepción del *beneficium competentiae*, concedido así: a) A los padres, deudores de los hijos; b) Esposo, entre ellos; c) Patrono, sus hijos y padres, deudores de un liberto (que antes era un esclavo); d) Socios, entre ellos; e) Veteranos (de las guerras); f) Hijos emancipados por deudas contraídas mientras estaban bajo potestad.

- c) Referente a los efectos de la obligación, sobre el lugar del cumplimiento, se estableció: a) Debía estarse a lo estipulado directa o indirectamente a las partes; b) El acreedor no tenía el derecho de exigir la prestación en un lugar diferente del fijado; c) en el supuesto de haberse omitido el lugar del cumplimiento este no queda sujeto al arbitrio del deudor (pues se creaba la incertidumbre), sino que se establecieron normas supletorias, así por ejemplo, en el caso de bienes inmuebles o cosas ciertas, debían entregarse en el lugar en que se encontraban (*forum re*); en el caso que se trataran de cosas inciertas o fungibles, se estableció que el lugar indicado para el cumplimiento era en el domicilio del deudor (*forum domicilii*).
- d) Con relación a los efectos de las obligaciones y al tiempo en que deben cumplirse, se estableció: a) Podía convenirse por las partes o inferirse del contenido de la obligación; b) Si no se estableció, la prestación podía exigirse desde el instante del nacimiento de la obligación; c) El acreedor podía exigir el pago, mediando término, solo al vencimiento de este.

4.2. Incumplimiento de las obligaciones

El cumplimiento de la prestación, constituye el efecto necesario de toda obligación, sin embargo, hay casos en que dicho efecto no se cumple afectándose la legítima expectativa del acreedor, quien sufre un daño por el incumplimiento.

El incumplimiento puede unas veces ser imputable al deudor, como los casos del dolo y de la culpa, y otras veces el incumplimiento puede provenir de causas que no supone responsabilidad del deudor, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Veamos aquellos presupuestos que llevan al incumplimiento de las obligaciones:

1. **El dolo:** Puede ser entendido como vicio de consentimiento en el acto jurídico, o como elemento integrante del delito que tiende a provocar un daño, o como factor perturbador del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Se entiende por dolo toda conducta antijurídica consciente y deseada. Así, el dolo se presentaba como elemento integrante del delito y, como vimos, se manifestaba también como vicio de la voluntad cuando entrañaba un fraude, una falacia o una maquinación que tendía a engañar o a mantener en el error a

una persona con quien se concertaba un negocio jurídico. Aplicado el concepto a las relaciones obligacionales, el dolo era la conducta voluntaria y maliciosa del deudor tendiente a impedir el cumplimiento de la obligación o a hacer totalmente imposible la prestación que constituía su objeto, con la intención de provocar un perjuicio al acreedor.

Se entiende que hay dolo como causal de incumplimiento de una obligación cuando el deudor ha cometido un hecho o una omisión deliberada efectuada para perjudicar al acreedor. Dolo es toda acción fraudulenta cometida con la intención de hacer daño por codicia, maldad y en general con una intención culpable (*decipiendi causa, lucri animo, matilia*).

Para los efectos de la teoría de las obligaciones el dolo ha de ser entendido como una actitud voluntaria y querida del *reus debendi*, que se pone en manifiesto con el fin inequívoco de impedir el exacto cumplimiento de la obligación o de hacer imposible la prestación para provocar un daño al *reus credendi*.

En el Derecho romano, se requirieron los siguientes presupuestos para que se configure el dolo en la relación obligacional: a) Que el deudor realice un hecho (*facto*) o que cometa una omisión (*omissione*); b) La intención deliberada del deudor de revisar tal hecho (exceptuándose en consecuencia la responsabilidad de las personas carentes de libertad como los niños, los locos, etc.); y, c) Que la conducta del deudor se oriente así a provocar un perjuicio económico al acreedor, como consecuencia del incumplimiento de la obligación.

Debido a la gravedad del hecho, el dolo no debe presumirse, ha de ser plenamente probado. La carga de la prueba corresponde al acreedor.

Del dolo ha de responderse siempre, aunque cuando los sujetos de la relación obligacional hubieran acordado no exigir responsabilidad por tal concepto. En consecuencia no fue permitido el *pactum de non petendo dolo* (el que siempre es nulo), por ser contrario a las buenas costumbres. Sin embargo se permitió al acreedor pactar con el deudor sobre las consecuencias del dolo una vez que este fue cometido, pudiéndose transar sobre los daños, pérdidas e intereses y llegar hasta la condonación de tales efectos.

El dolo del obligado no podía ser atenuado por la culpa de la parte contraria, porque las consecuencias resarcitorias que tales conductas provocaban eran totalmente distintas y no podían ser compensadas.

En consecuencia, la obligación que fue así afectada por la conducta dolosa del deudor, subsistió, aun cuando se hubiera hecho imposible la prestación, la que pudo ser sustituida por un resarcimiento pecuniario al acreedor.

- 2. La culpa:** Negligencia, desidia u *omissio diligentiae*, significa en el Derecho romano falta de conducta del deudor. Toda conducta reprobable que provocara incumplimiento sin que mediara intención del deudor obedecía a impericia o negligencia, siendo indiferente que esta consistiera en una acción (*culpa in faciendo*) o en una omisión (*culpa in omitten do*). Incurría en culpa, por tanto, el deudor que dejaba de cumplir la prestación, no por malevolencia o por una conducta fraudulenta, sino por la inobservancia de una determinada diligencia o cuidado, llegando así a consecuencias que podía y debía haber previsto y que, por ende, era dable evitar para no causar daño al acreedor.

El deudor incurre en culpa cuando por no poner en su conducta la atención suficiente impide la realización de la prestación sin mediar mala atención, con lo que ocasiona un daño al acreedor.

El origen y posterior desarrollo de la culpa, ha sido en el Derecho romano un tema oscuro, debido sobre todo a la ausencia de una teoría general de las obligaciones. Parece que la culpa tuvo su primera manifestación en la esfera de los delitos privados, responsabilidad que fue reglamentada por la *Lex Aquilia* y más tarde hizo su ingreso en la esfera contractual. Es por ello que los comentaristas han llamado culpa *Extracontractual* o *Aquiliania* a la que afecta a las obligaciones que emanan del daño ocasionado a otra persona no vinculada jurídicamente con el responsable y han denominado culpa *contractual*, a la que implica una conducta negligente del deudor vinculada al cumplimiento de la obligación que contrajo con el acreedor.

• La Ley Aquilia:

Existe controversia doctrinal acerca de la fecha de la Ley Aquilia. Incluso hasta ahora no se ha alcanzado unanimidad acerca de este dato. Durante mucho tiempo, y basándose en la paráfrasis de Teófilo, se ha pensado que la *Ley Aquilia* era coetánea de la *Ley Hortensia* (287-286 a.C.). Sin embargo, la doctrina más reciente considera como fecha más probable de su publicación los inicios del Siglo III a.C. Esto es así por dos razones:

- El testimonio de la paráfrasis resulta poco creíble.
- El lenguaje utilizado es de época anterior al Siglo III.

La *Ley Aquilia* sería de comienzos del Siglo III y se trataría de un plebiscito propuesto por un tribuno de la plebe llamado Aquilio, según las fuentes.

La publicación de esta ley derogó ciertas disposiciones sobre daños causados en cosas ajenas. A pesar de ello, subsistieron algunas acciones para casos aislados, como la *actio de pauperie* (para daño causado por animal cuadrúpedo). La *actio de pastu pecori* (para reclamar al dueño de ganado que pastase en predio ajeno), y la *actio de arboribus subcisis* (tala abusiva de árboles).

En principio esta acción de la *Ley Aquilia* tenía carácter penal. Sin embargo algunos pasajes de las fuentes han inducido a una parte de la doctrina a encuadrar la acción de la Ley Aquilia en la categoría de las acciones mixtas y esto se comprueba en las *Instituciones* de Justiniano. La razón de que unas veces se califique como penal y otras veces como mixta depende de su consideración desde una perspectiva concreta. Sería penal cuando se alude a las características propias de las acciones penales que se daban en ella: la intransmisibilidad pasiva a los herederos o la acumulabilidad. En cambio se consideraría mixta en el caso de condena al doble pues entonces cumpliría una doble función penal y *rei persecutoria*.

En la época clásica la acción de la *Ley Aquilia* no tenía carácter mixto, pero luego le fue atribuido por Justiniano ya que, por una parte, tenía carácter *rei persecutoria* cuando al interponerla se pretendía obtener el valor del bien dañado y, por otra, tenía carácter penal cuando ese bien hubiera experimentado un aumento de precio de mercado en el año o mes anteriores a la comisión del delito. Esa calificación se la dio Justiniano basándose en la consideración de que era pena todo lo que excediese de la reparación del daño ocasionado.

La *Ley Aquilia* constaba de tres capítulos: El 1º capítulo sancionaba el supuesto de muerte de esclavo o animal cuadrúpedo de ganado ajeno. El capítulo 2º se refería al daño ocasionado al acreedor por el *adstipulator* que se quedaba con el crédito cobrado. Este capítulo cayó en desuso al otorgarse al perjudicado para su protección la *actio mandati*. El capítulo 3º trataba de todo tipo de daños materiales o de menor cantidad.

El capítulo 1º lo recoge expresamente un texto de *Gayo* que es concretamente *Instituciones* (3,210.). El texto de este capítulo dice que el que matara injustamente a un esclavo ajeno a un ganado de cualquier clase sería condenado a dar al dueño el mayor precio que hubiera tenido en el último año. Pero también la persona que ocasionaba la muerte de un esclavo o de un animal cuadrúpedo de ganado ajeno con *iniuria* estaba obligada a indemnizar al propietario con una cantidad de dinero cifrada en el mayor precio que hubiera tenido en el año anterior a la comisión del delito. Según la doctrina, el fin originario de esta norma (de este capítulo y también del 3º), era la imposición de una sanción, pero el resultado inmediato era la protección del patrimonio del perjudicado, que se trataría del mayor precio que hubiera en el mercado el cuerpo del esclavo o el animal, es decir, el valor material del esclavo considerado como objeto durante el año anterior. En cuanto al capítulo 3º, se contiene en otro pasaje de las *Instituciones* de *Gayo* (3, 217), y se refiere a todo tipo de daños diferentes de los del capítulo 1º.

En el *Digesto* hay un solo testimonio de este texto del capítulo 3º (*Ulpiano*, D 9, 2, 27, 5). Según *Ulpiano* los daños protegidos por el capítulo 3º serían los causados a cosas animadas o inanimadas y concretamente alude a quemar, quebrar o romper y excluye la muerte de esclavo o animal cuadrúpedo de ganado ajeno. La sanción sería el mayor valor que la cosa hubiera alcanzado en los últimos 30 días.

También se habla de ello en las *Instituciones* de *Justiniano*. Tanto *Gayo* como *Justiniano* pretenden aclarar los aspectos fundamentales del capítulo 3º: La naturaleza del objeto del delito (qué clase de objetos se ajustarán al tipo del *damnum iniuria datum*).

Las locuciones relativas al valor de los dos capítulos (1º *annum plurimum* y 3º *in debus triquinta proximis*), han creado incertidumbre entre la doctrina con respecto a su verdadero significado. Pero tras su estudio se ha llegado en general al consenso de interpretarlas como el año precedente al hecho y los 30 días anteriores respectivamente. *Ulpiano* establece que el plazo de un año (capítulo 1º), para el cálculo de la condena a efectos de la *Ley Aquilia* ha de contarse hacia atrás desde el momento del suceso. Él expone una controversia que hubo entre dos juristas, *Celio* y *Juliano*, acerca del momento del inicio del cómputo del plazo en el caso de que la muerte no se produjera de forma inmediata, sino tras un largo intervalo. En este caso de muerte retardada, según *Juliano*, al que sigue el mismo *Ulpiano*, el tiempo había de comenzar a contarse desde el momento en que el esclavo fue herido, mientras que *Celio* dice que el inicio del cálculo del plazo sería la fecha misma de la muerte.

Al parecer *Juliano* proponía un sistema diferente de cálculo para el supuesto de que la aplicación del criterio habitual supusiera una condena que no compensase ni siquiera de forma parcial la pérdida del patrimonio y para ello utilizaban el momento que más favorecía las expectativas del perjudicado. Sin embargo la solución que daba *Celio* podía llevar a una condena irrisoria y, por tanto, mientras que *Celio* se pronunciaba por una aplicación mecánica del esquema legal, *Juliano* tendía a

adecuar en lo posible la pena al perjuicio patrimonial. Por tanto por vía deductiva hay que llegar a la conclusión de que el plazo de 30 días para la estimación de la condena en el capítulo 3º, debía ser anterior a la comisión del delito ya que en ese sentido fue interpretado para el capítulo 1º y Sabino era partidario de que la intención del legislador era que ambos capítulos siguieran la misma pauta.

Además ese valor del que se habla en los dos capítulos de la *Ley Aquilia* sería el importe material del cuerpo del esclavo o animal muerto, o de la cosa determinada, teniendo en cuenta el precio de mercado. También existe acuerdo doctrinal acerca de que la tarea interpretativa de los juristas de la época clásica tardía dio lugar a que para la estimación de ese valor máximo se tomase en consideración el hoy denominado *lucro cesante* (lo que haya dejado de percibir la víctima por el daño producido); esta interpretación fue posible gracias a la interpretación extensiva de la palabra *res*, incluida en el capítulo 3º, que inicialmente equivaldría a cosa y luego se aplicó a asunto o situación por obra de la jurisprudencia de los siglos I y II d.C. De esa manera la indemnización no siempre representaba el verdadero importe económico del objeto perdido, sino que podría ser mayor a la vista de determinadas circunstancias mencionadas por los juristas que estudiaron la valoración de la condena aquiliana.

- **Tipos de culpa:**

Fue el Derecho justiniano el que estableció los principios definitivos que reglaron en Roma a la culpa, señalando las diversas responsabilidades y consagrando las siguientes gradaciones de culpa, en atención a mayor o menor gravedad de la misma: culpa *lata*, culpa *levis*, culpa *levissima*.

- a) La culpa *lata* (*latior, dolo proxima*) grave o magna, importó grave desidia y fue definida por *Ulpiano* como *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quos omnes intelligunt* (demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden). *Paulo* dijo que es el límite de la culpa *lata* no entender lo que todos entienden. Es pues un descuido extremado, que por sus efectos se asemeja al dolo, y en tal sentido no puede ser dispensada por acuerdo de las partes.
- b) La culpa *levis* (leve), era aquella que motivó el incumplimiento de la obligación y porque el deudor no puso la diligencia exigible a todo hombre normal y ordenado.
- c) La culpa *levissima*, ha surgido aparentemente como producto de una interpolación en base a un texto de *Ulpiano*. Para no incurrir en este grado de culpa, era necesario el cuidado más extremo, el que solamente podía tener una persona superdotada en inteligencia.

Lo impreciso de las fuentes se hace más grave en lo relativo a la responsabilidad emergente de la misma, no pudiendo señalarse criterios generales al respecto. Así en la jurisprudencia clásica el deudor solo fue responsable cuando mediaba la hipótesis del *factum debitoris*, es decir, hubo responsabilidad del deudor por el hecho positivo del mismo, que contrariaba la buena fe exigible en el cumplimiento de la obligación. A partir del Derecho clásico, la responsabilidad que emergía de la culpa fue admitida en proporción a la utilidad que el negocio produjo las partes (*utilitas contrahentium*), estableciéndose las siguientes normas:

- El deudor es responsable de su culpa lata, la que se equipara al dolo (*culpa lata dolo aequiparatur*);

- El deudor responde hasta la culpa leve cuando el negocio le beneficiaba solo a él o al acreedor y al deudor.

La custodia: En el tema de la culpa, se plantea el deber de custodia, ya que cuando la prestación a que está obligado el deudor consista en conservar durante cierto tiempo una cosa y luego devolverla, la conducta que debe observar puede decirse que se reduce a custodiar. La custodia supone así, un deber de diligencia del deudor. Se trata de una de las múltiples formas de diligencias, cuyas faltas acarrearán responsabilidad por culpa, los romanos usaron con tal fin los términos *praestare diligencian*, *praestare culpan* y *praestare custodium*.

- 3. El caso fortuito y la fuerza mayor:** Las obligaciones también pueden incumplirse por causas no atribuidas al deudor, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor. A tales causas las fuentes denominan indistintamente con las voces de *casus*, *vis maior*, *vis divina*, *fatalitas*, *damnum fatale*, *vis naturalis factum*.

Ante la ausencia de una definición precisa de las fuentes, puede decirse que esta causa de imposibilidad no inicial de incumplimiento de la prestación, no imputable al deudor, donde lo interesante es que la conducta del deudor no tiene nada que ver con el *casus*.

Producido el *casus*, este es entendido como acontecimiento perjudicial, el que causa un daño en el normal efecto de las obligaciones y donde en principio nadie está obligado a reparar tal desgracia (*praestare damnum*), salvo el convenio aludido o por disposición expresa de la ley. Planteando así el problema de los riesgos, surge la cuestión de averiguar a quién compete soportar las pérdidas y deterioros de la cosa afectada (*periculum*) y en la hipótesis posible del aumento del valor del objeto, a quién le corresponde (*commodum*). Al respecto, el Derecho romano estableció las siguientes normas:

- a) Las cosas se pierden o deterioran (*periculum*) para el acreedor, liberándose de toda responsabilidad al deudor;
- b) El acreedor se aprovecha del aumento de valor del objeto de la prestación (*commodum*) que puede prevenir de los frutos o de cualquier accesión que no preceda de hecho alguno del deudor.

4.3. Sanción por incumplimiento de las obligaciones

Llegado el momento de cumplirse la obligación y ello no se produce (por dolo o culpa del deudor), la obligación no se extingue, subsiste convertido en una indemnización pecuniaria y traducida en el pago de daños y perjuicios.

Como hemos señalado antes, la imposibilidad de cumplir debida al caso fortuito o fuerza mayor, salvo que estuviese en mora, libera al deudor. Pero ello no ocurre cuando la imposibilidad se debe a su dolo o culpa, en los términos y condiciones señalados.

Las reglas relativas al modo y medida de la determinación de dicha suma de dinero no son las mismas para todos los casos. En algunos la determinación era hecha por el actor con el control del juez; en otros, por este mismo. En los juicios de derecho estricto la estimación se hacía al tiempo de la *litis contestatio* y en los *de buena fe*, al tiempo de la sentencia.

Tampoco fueron uniformes las reglas para la determinación de la medida del resarcimiento. Ello se debe principalmente a que el resarcimiento tuvo origen

procesal, ya que en el sistema formulario todas las condenas consistían en una suma de dinero. Como el juez debía ceñirse a los términos de la fórmula y había distintas clases de estas, la valuación de la condena se hacía con mayor o menor amplitud según los distintos tipos de acción de que se tratase. Así, en las obligaciones de derecho estricto que tenían por objeto un *certum*, la condena no podía ir más allá del *verán mi propium*, es decir, el valor venal de la cosa. En cambio, en los juicios de buena fe, el resarcimiento podía ser calculado con más amplitud.

- Daños e intereses convencionales: El contenido de los daños y perjuicios, podía variar de acuerdo con la modalidad de la fórmula.
 - a) Si era de derecho estricto y contenía una *condensativa carta*, el juez se limitaba a condenar por el monto de la suma allí indicada.
 - b) Si era de derecho estricto, pero con *condensativo inserta*, entonces la suma era fijada por el juez a veces hasta el monto tope de una *taxativo*; de no existir ese tope, por cuanto él estimare el valor de la cosa. El actor podía también, bajo juramento (*iusiurandum in litem*), fijar el monto de lo que estimare que correspondiera condenar. En este caso el juez no está obligado por dicho juramento, que jugaba como un elemento de juicio.
 - c) En las *actiones bonae fidei* el juez se encuentra más libre respecto de la suma a condenar, ya que las juzga conforme a la equidad (*ex aequo et bono*).

Conforme a ello la condena no solamente puede abarcar el daño directo producido por la inejecución (*damnum emergens*), sino también la utilidad que se esperaba obtener y que por el incumplimiento no se obtuvo (*lucrum cessans*).

Justiniano determinó que los daños y perjuicios no podrían superar el doble del monto del valor determinado de la prestación.

Es interesante anotar que las voces *Damnun emergens* y *lucrum cessans*, son creaciones de los jurisconsultos modernos, pero la distinción entre un supuesto y el otro, ya existió entre los romanos. En el Derecho romano cobró mayor relevancia el concepto de *damnum emergens*, por estar ligado a la idea genérica del *damnum*. Solo la evolución del Derecho, hizo posible al término que en Roma se admitiera el *lucrum cessans*.

Algunas fuentes se refieren al daño emergente en directo; el primero sería consecuencia inmediata del cumplimiento de las obligaciones (por el cual el deudor siempre habría de responder) y el segundo, sería resultado mediato de dicho incumplimiento (donde el deudor respondió solo cuando su conducta fue dolosa).

Podía ocurrir a veces que las partes hubiesen convenido con anticipación, para evitar la incertidumbre de la fijación por el juez el monto de los perjuicios a pagar en caso de incumplimiento. A esto se lo denominaba *stipulatio poenae* (cláusula penal).

La forma para establecerla era una *stipulatio*. En la primera época se la hacía formulando una sola pregunta: "Si no me das al esclavo Sticho, ¿prometes darme 100?". Luego se la perfeccionó determinándola del siguiente modo: "Prometes darme al esclavo Sticho?; si no me dieras a Sticho, ¿prometes darme 100?".

En el Derecho justiniano se nota una tendencia clara a la generalización del principio de que la indemnización debe abarcar siempre todas las consecuencias perjudiciales vinculadas causalmente con el incumplimiento. En el lenguaje de los

comentaristas, ellas pueden consistir en el *damnum emergens* (daño emergente) y en *lucrum cessans* (lucro cesante). El primero es la real disminución patrimonial que determina la inejecución; el segundo, se refiere a la privación del beneficio o ganancia que el acreedor habría obtenido si la prestación se hubiera cumplido en tiempo y forma.

El deudor respondía solo por los daños que eran consecuencia necesaria de la ejecución, fuesen directos o indirectos, siempre que él hubiese previsto o hubiese podido prever tales consecuencias al momento del nacimiento de la obligación.

- *Stipulatio Poenae*:

En estos casos, la obligación se perpetúa, aunque con un objeto necesariamente modificado, ya que la prestación inicial resulta reemplazada por una suma de dinero que representa el interés patrimonial que tenía el acreedor en la obligación. Esta puede ser establecida previamente por las mismas partes mediante la llamada cláusula penal (*stipulatio poenae*), que consiste en la predeterminación del resarcimiento por medio de una suma de dinero a pagarse en caso de incumplimiento. En defecto de cláusula penal, la determinación pecuniaria del interés del acreedor a la prestación se hacía judicialmente.

El incumplimiento de una obligación permitía acudir a la *stipulatio poenae*, o bien el pacto simple, cuando se añadía a un contrato de buena fe. Se empleaba la cláusula penal con el fin de que el deudor, forzado por la amenaza de la pena, cumpla la obligación asumida (obligación principal), de la que es accesoria la nacida de la cláusula (D. 45 1, 1, 69). Pero servía también para fijar de antemano la responsabilidad del deudor a la hora del incumplimiento, y que, de otro modo, quedaría incierta hasta que el *iudex* pronunciase la condena.

Evocación de los actos del deudor en fraude de los acreedores:

Introducido el sistema de la ejecución patrimonial, el patrimonio del deudor comienza a considerarse como prenda o garantía común para los acreedores. Pero como el deudor no perdía su facultad de disposición, podía ocurrir que mediante su ejercicio determinase una disminución de aquella garantía o, incluso, su total desaparición. Para evitar el fraude a los acreedores se establecieron remedios. Uno de ellos fue el *interdicto restitutorio* que otorgó el pretor para que, dentro de un año útil desde el día de la enajenación, pudiesen los acreedores conseguir del tercer adquirente de mala fe la restitución de los bienes fraudulentamente enajenados por el deudor. Si el tercero no cumplía la obligación de restituir, se concedía a los acreedores un *interdicto fraudatorium* (relativo al fraude) para obtener el valor del objeto y de los frutos pendientes al tiempo de la enajenación. Otro pudo ser la *in integrum restitutio*, pero se trata de un expediente difícil de conocer por las modificaciones e interpolaciones de los compiladores. Pudo utilizarse en los casos de empobrecimiento no derivado de la enajenación de bienes corporales.

El Derecho justiniano, mantuvo una acción de origen pretoriano, llamada acción de fraude pero que ha pasado a las legislaciones modernas con el de *Acción Pauliana*, nombre que solo aparecía en (D. 22.1.38.4.). Ella completa la protección del interdicto restitutorio al comprender casos de empobrecimiento patrimonial sin que mediara enajenación de bienes, como ocurría si el deudor hacía pagos o remitía deudas.

Acción pauliana

Para la procedencia de la acción de fraude o Pauliana era necesaria la concurrencia de distintos requisitos.

En primer lugar, era menester que el deudor hubiese ejecutado un acto positivo o negativo que determinare un empobrecimiento de su patrimonio.

En el Derecho posclásico estos dos remedios parecen haberse refundido en una *actio in factum* amplia, vulgarmente llamada *Pauliana*, la cual tiene por objeto revocar todos los actos realizados fraudulentamente por el deudor en perjuicio de sus acreedores. Para que funcionara era necesario:

- a) Que se hubiera celebrado un acto jurídico de resultas del cual quedaba empobrecido el deudor. No importaba la naturaleza de dicho acto; podía ser una venta, una donación, una obligación, la remisión de una deuda, etcétera.
- b) Que el acto hubiera causado un perjuicio a los acreedores. Bastaba con probar que el deudor no podía pagar sus deudas porque, por ejemplo, su pasivo era superior a su activo.
- c) Que el deudor tuviera conciencia del fraude (*concilian fraudes*), lo cual era interpretado de manera amplia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La Acción Pauliana, si bien podía ser ejercida contra el deudor, resultaba más eficaz contra los terceros que hubieran realizado negocios con aquel. Podían darse las siguientes situaciones:

1. Que los actos fueran a título gratuito reuniéndose los requisitos señalados para ello, y en tal caso la revocación de los mismos progresaba sin dificultades.
2. Que se tratara de actos a título oneroso, en cuyo caso había que probar que el tercero era cómplice del deudor en el fraude; es decir, que conociendo el estado de insolvencia de este, lo mismo hubiera realizado el negocio.

En cambio, si el tercero había realizado el acto a título oneroso y de buena fe, es decir, ignorando la situación del deudor, la revocación no lo alcanzaba.

La Acción Pauliana o revocatoria era una *actio arbitraria* por la cual el juez no condenaba a menos que el tercero se negase a restablecer el estado de cosas existente antes de la celebración del acto objeto de revocación.

4.4. La mora

Es el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor o la negativa injustificada del acreedor a recibir la prestación ofrecida por el deudor en tiempo oportuno.

Hay dos clases de mora: la *mora solvete vel debitoris* (mora del deudor) y la *mora accipiendi vel creditoris* (mora del acreedor).

La teoría de la mora sufrió una evolución en el Derecho romano. En el Derecho clásico no encontró cabida por el formalismo de los negocios jurídicos, pues no se pudo concebir en el Derecho quirritario a la mora en los contratos *stricti iuris*, donde la obligación no pudo ser ejecutada fuera de término. Más tarde gracias al procedimiento de las *Legis actionis*, apareció la tesis de la *perpetuatio obligationis*,

que sostuvo que la obligación se perpetuaba; es decir, subsistía sin liberarse el deudor aun cuando el objeto de la prestación hubiera desaparecido. Por último, cuando los contratos de buena fe alcanzaron la importancia debida, la teoría de la mora tuvo el éxito definitivo al admitirse que el deudor moroso debía indemnizar al acreedor a fin de lograr que la satisfacción de la obligación se equiparara a la que debió ser cumplida como si se hubiera producido al momento estipulado.

Se estimaron a los siguientes requisitos para que se configurara la *mora del deudor*:

- a) La obligación debía ser válida (es decir, que no tuviera vicio y que no fuera contraria a la ley ni a las buenas costumbres).
- b) Debía tratarse de una obligación civil (por ello la mora no fue posible en las obligaciones naturales).
- c) La obligación debía ser exigible (es decir una obligación civil provista de una *actio*, contra la cual no se pudiera deducir *exceptio* válida; así como también la obligación no debía estar sujeta a condición o término).
- d) El retardo en la satisfacción de la obligación debería producirse por culpa o dolo del deudor (lo que implicó la inexistencia de la mora en el supuesto del incumplimiento a su debido momento por caso fortuito o culpa del acreedor).
- e) Un requerimiento o *interpellatio* que debía formular el acreedor al deudor (la *interpellatio* fue obra de los compiladores justinianos y consistió en un acto judicial, o extrajudicial, tendiente al logro del cumplimiento de la prestación).

La institución de la *interpellatio* no exigió de formulismo alguno, fue una simple intimidación que podía hacer directamente el acreedor (o su representante) al deudor, dando así lugar a la *mora ex persona*. Pero el Derecho romano admitió que no era necesario el requisito de la *interpellatio*, dando lugar a la *mora ex re* en los siguientes casos:

- Para el deudor que lo es por razón de un delito.
- Cuando el acreedor fuese un menor, iglesia o fundación piadosa.
- Cuando el deudor se ausentaba injustificadamente, no dejando representante (haciendo en consecuencia imposible la interpelación).
- Cuando la obligación tuviera su origen en una posición violenta o de mala fe.
- En el caso de obligaciones a término o cuando las partes así lo hubiera convenido, por el solo vencimiento del término habría de encontrarse en mora el deudor.

Se señalaron los siguientes requisitos para que configure la *mora del acreedor*:

- a) Que se produjera la oferta hecha por el deudor, en forma completa y en tiempo oportuno, del objeto de la prestación, poniendo así en evidencia su intención de cumplir su obligación en el modo, lugar y tiempo convenidos.
- b) Que se produjera la negativa injustificada y arbitraria del acreedor a recibir tal prestación o mediando ausencia maliciosa del acreedor sin dejar representante; o cuando el acreedor no comparece al acto donde se le ha de verificar el peso y la medición del objeto de la prestación.

Pueden estimarse las siguientes *consecuencias de la mora del deudor*:

- El deudor estaba obligado al pago de daños y perjuicios por su retardo, al acreedor.
- La *mora debitoris*, producía el efecto de la *perpetuatio obligationis*.
- El acreedor tenía el derecho de exigir las acciones que se añadieran a la cosa desde el instante de la interpelación (frutos civiles y naturales);
- El deudor estaba obligado a dar sumas de dinero como pago de los intereses (*usurare ex mora*);
- El deudor era responsable por la disminución que sufriera la cosa (debiendo pagar el valor que ella tuviera en el momento de la sentencia u obligación al pago del más alto precio de la misma, comprendido entre el momento del inicio de la mora hasta el de la resolución judicial).

Se señalaron las siguientes *consecuencias de la mora creditoris*:

- a) Eliminaba la responsabilidad del deudor.
- b) Suspensión del curso de los intereses.
- c) El acreedor asumía los riesgos cuando la cosa se perdiera por caso fortuito o fuerza mayor (pudiendo el deudor deducir la *exceptio doli* en el supuesto de que el acreedor pudiera más tarde exigir el cumplimiento de la obligación).
- d) Podía el deudor hacer abandono del objeto debido liberándose así de la obligación, más tarde solo se le permitió retener la cosa (la que no entregaba hasta obtener el resarcimiento por los gastos de custodia); en el Derecho justiniano; en el caso de deudas de dinero, el deudor podía consignar el pago (*obsignatio o depositum in aede publica*), con lo que extinguió *ipso iure* la obligación (naciendo así la institución de la consignación).

Los efectos de la mora subsistieron mientras el responsable, deudor o acreedor, se mantenía en ella, pero cesaba:

- a) La mora del deudor por el cumplimiento de la prestación.
- b) Porque el acreedor admitía el pago o concedía un nuevo plazo (*purgatio morae*).
- c) Por acuerdo expreso o tácito de ambas partes.
- d) Por compensación de la mora producida por los dos sujetos de la relación obligacional.

4.5. Efectos de las obligaciones respecto de terceros

En principio, siendo la obligación un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, sus efectos necesariamente han de recaer sobre dichos sujetos de la relación obligacional – a favor o en contra – pero no sobre terceros. Por esta razón, el Derecho romano consideró nulas las estipulaciones que se hicieron a favor o en contra de terceros, toda vez que no habiendo tenido participación en el negocio no podía ser constreñido al pago de la prestación o facultado para recibir la misma.

A partir del Derecho clásico se inicia una corriente que va aceptando poco a poco las estipulaciones a favor o a cargo de terceros, las que más tarde fueron reconocidas el Derecho justiniano.

En cuanto a las estipulaciones a favor de un tercero, se admitió la siguiente evolución:

- a) En el Derecho clásico, solo se permitió que el acreedor podía exigir al deudor que realice la prestación a favor de un extraño (tercero), pero no reconoció derecho alguno de tercero para actuar directamente contra el deudor, se mantuvo pues el principio de que las convenciones solo tienen efecto entre las partes contratantes;
- b) En el Derecho justiniano sí se admitió en forma expresa la facultad de accionar directamente contra el deudor.

En las estipulaciones a cargo de terceros, ellas no fueron aceptadas en la legislación romana, las que fueron sancionadas como nulas, ya que la *stipulatio* facultó al prominente que solo podía ofrecer un hecho propio -o dar algo propio- y no de un tercero.

Ni Justiniano derogó tal principio, solo logró suavizarlo, al permitir que sea válida la promesa del deudor únicamente en el sentido de procurar que un tercero cumpla la prestación dando o haciendo alguna cosa a favor del estipulante.

4.6. Transmisión de las obligaciones

Debido al carácter eminentemente personal de toda obligación no se concibió en Roma que una de las dos partes de la relación obligacional fuera sustituida por otra, sin alterar la esencia del derecho crediticio. No se admitía que un acreedor acepte a un nuevo deudor, diferente del que contrató originariamente con él, así como tampoco aceptó el deudor ser constreñido en el cumplimiento de la prestación por acreedor diferente.

En el Derecho romano la primitiva concepción de la *obligatio* era un vínculo netamente personal que sujetaba al deudor al acreedor, chocaba con la idea de que este pudiese ceder a otro las facultades que tenía contra el primero y agrega que la sencillez de la vida económica en la Roma antigua, cuyos elementos de riqueza eran esencialmente los fundos, el ganado y los esclavos, no haría sentir tampoco la necesidad de considerar los créditos como elementos activos del patrimonio susceptible de traspaso de una persona a otra. Con el tiempo, desarrollada intensamente la vida comercial de Roma y la complejidad de su economía, tal necesidad apareció. Pero el lastre de la ordinaria concepción de la *obligatio* y esa peculiar predisposición de los romanos en materia de evolución jurídica, que los lleva a salir al paso de necesidades reveladas por la práctica, echando mano y agotando por medios indirectos recursos ya existentes, antes de rectificar abiertamente una dirección doctrinal o crear una nueva legislación, hicieron que los procedimientos utilizados para la cesión de créditos presentasen una fisonomía defectuosa y que apareciesen integrados por tanteos y retoques a instituciones que no fueron creadas directamente para tal finalidad.

Como excepción en aquella primera época del Derecho romano, solo por vía de sucesión universal fue posible un cambio del acreedor y del deudor, subsistiendo la obligación.

Pero pronto se sintió, debido a la expansión política, militar y económica, la necesidad de transmitir las obligaciones en determinadas oportunidades, ya que se empezó a entender que los derechos personales formaban parte del patrimonio del individuo y, por lo tanto, poseían un valor de cambio como si se tratara de los Derechos reales.

Tal entendimiento abrió el camino para que aun sin el consentimiento de la otra parte, un acreedor o un deudor, pudieran ceder su crédito o su débito a un tercero respectivamente; pasmándose nítidamente la cesión de créditos y la cesión de deudas.

- **La cesión de créditos:**

Fue la sustitución de un acreedor por otro acreedor, a quien el primero transmitió los derechos que suponía la relación obligatoria.

Antes que la cesión de créditos adquiriera su propia fisonomía en la legislación romana, se dieron figuras precursoras de la misma tales como la *novación* y el *mandato*.

La *novación* supuso un cambio de sujetos, lo que dio paso a que la obligación primitiva desapareciera y en su lugar se creara una distinta en otras personas. El cambio de sujetos originó inconvenientes prácticos, tales como la extinción de privilegios y garantías de la primitiva obligación, la constante intervención del deudor, que ya no fue soportada en una época en que el comercio y las relaciones civiles alcanzaron un fuerte desarrollo, indujo a buscar cauces que permitieran con más facilidad la cesión de créditos.

A la novación sucedió el *mandato* que fue un medio de representación procesal, donde el acreedor encargaba a otra persona (llamada *cognitor* o *procurator*), el hacer efectivo su crédito obrando judicialmente en beneficio propio contra el deudor y obteniendo una sentencia a su nombre que le permitía la efectividad de la obligación. Luego, ordinariamente el gestor entregaba al mandante lo que lograra obtener en la sentencia.

Solo en el Derecho justiniano la cesión de créditos alcanzó contornos definidos, siendo ella válida y referida a las cosas corporales. Sin embargo, no todos los créditos eran susceptibles de cesión, se exceptuaron:

- a) Los créditos litigiosos;
- b) Los créditos derivados del Derecho de familia, como los del tutor y el curador contra el pupilo.
- c) Los créditos provenientes de acción popular.
- d) Los créditos de los que respiraban venganza.
- e) Los créditos que procuraban cederse a favor de personas de superior posición social que el deudor (ya que colocaron a este último en situación de desventaja frente a un acreedor más poderoso).
- f) Las obligaciones que suponían prestación de alimentos. El Derecho justiniano sancionó con nulidad absoluta a estas obligaciones y castigó con la pérdida del derecho creditorio cuando se producía la cesión en la hipótesis planteada en las excepciones acotadas.

Se enumeran como efectos de la cesión de créditos:

- a. La transmisión al acreedor cesionario de todos los derechos que conlleva el crédito cedido, de tal manera que este tenga igual señorío que el acreedor cedente frente al deudor;

- b. El acreedor cedente se responsabilizaba en los casos de cesión onerosa (como en la compraventa), solo con la existencia jurídica del crédito (no estando obligado a garantizar la solvencia del deudor); y en los casos de cesión a título gratuito (donación) quedó exento de responsabilidad; sin embargo, se refutó en el Derecho romano, que el acreedor cedente estaba obligado a responder ante el cesionario si obró con dolo.

Debido a la intensa actividad comercial y a la profusión de relaciones de esta naturaleza en el Bajo Imperio, la institución de la cesión de créditos se difundió en extremo y hasta se especuló con ella agravándose la situación de los acreedores cedentes, razón por la cual el emperador *Anastasio* dictó una Constitución (*Lex Anastasiana*, en virtud de la cual el comprador de un crédito no podía obtener del deudor sino lo que pagó como precio de compra; a su vez el deudor estuvo facultado para oponer contra el actor, la *exceptio legis anastasionae* para obtener la reducción al límite debido (cuando el acreedor cesionario pretendía un mayor precio). Se recuerda que la norma de *Anastasio* fue aplicada solo a las cesiones onerosas (haciéndose extensiva a las cesiones gratuitas cuando ellas encubrían a una auténtica cesión onerosa).

- **La cesión de deudas:**

Si fue difícil ser admitida en Roma la cesión de créditos, esta dificultad fue mayor tratándose de las cesión de deudas, toda vez que el derecho del acreedor no pudo ser dejado al arbitrio del deudor, quien podría así burlar los legítimos derechos de su acreedor con la simple cesión de su deuda. Por ello, el Derecho romano, solo consagró la cesión de deudas cuando ella se constituía con la autorización expresa del acreedor. Cuando el deudor no contó con tal aprobación y la cesión se producía, ella no tuvo amparo legal y operaba solo dentro de la esfera íntima de los deudores cedentes y cesionario, pero no surtía efectos para el acreedor.

5. GARANTÍAS Y REFUERZOS DE LAS OBLIGACIONES

En el Derecho romano, las garantías y refuerzos de las obligaciones podían ser de dos clases: personales y reales. Las garantías personales, fueron las garantías otorgadas por un tercero, como la fianza o el refuerzo de las obligaciones que hizo el propio deudor, como las arras, la cláusula penal, el juramento promisorio. Las garantías reales tales como la fiducia, la prenda y la hipoteca.

5.1. Garantías personales

- **La fianza**

Fue una garantía personal por excelencia, por ella una persona se obliga a responder por la deuda ajena con el propio crédito.

Por la *fianza* una persona responde de una deuda ajena con el propio patrimonio. La fianza no es propiamente un contrato, es decir, una forma jurídica, sino una finalidad económico-social, que se logra con los medios jurídicos más diversos; la *ad promisión* se hace por una estipulación en la que el fiador promete lo mismo que el deudor había prometido en una estipulación precedente. Por esta nueva promesa existe una nueva situación de solidaridad pasiva y el acreedor estipulante puede elegir entre el deudor principal y el fiador.

La responsabilidad del fiador se mostraba de manera variada en el Derecho romano: Al principio, el fiador era el único responsable, ya que se colocaba en el puesto del deudor; más tarde responde solidariamente como un codeudor, y por último se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviene el principio de la coobligación solidaria y el de la accesoriedad; en el *Corpus iuris* encuentra su definitiva consagración.

Las fuentes romanas para designar a la fianza, utilizaron el término *intercessio* (intercesión), que proviene de *inter*, (entre) y *cessio* (cesión, ceder). Su significación esencial fue de toda intervención de un individuo para favorecer a otro. Su significación estricta, referida a esta materia fue la de un acto por el cual una persona voluntariamente se hace cargo de una deuda ajena.

Se dieron las siguientes clases de *intercessio*:

- a) *Privativa*, cuando el fiador suplantaba al deudor mediante la novación de la obligación, con lo que esta se extinguía.
- b) *Cumulativa*, cuando el fiador se constituía en deudor al lado del principal, frente al acreedor, respondiendo en este caso solidariamente.
- c) *Tácita*, cuando el fiador cargaba sobre sí, desde un principio la deuda del tercero, a quien la obligación había de afectar materialmente.

En Roma, la teoría de la *intercessio* se desarrolló a raíz de la sanción del *Senado Consulto Valeyano*, que establecía la nulidad de las obligaciones derivadas de fianzas y préstamos asumidos por las mujeres como intercesión en beneficio de otros. El fin del *Senatus consultum*, fue el de proteger a las mujeres no experimentadas en derecho, contra los negocios que les imponía obligaciones en beneficio de terceros y que gravaban su patrimonio de modo peligroso. La jurisprudencia y la legislación imperial desarrollaron su pensamiento en sentido unas veces restrictivo y otras extensivo.

La fianza pudo constituirse mediante procedimientos formales y procedimientos no formales. Los primeros prosperaron a través de la *Stipulatio*, adoptando las modalidades específicas de *Sponsio* y la *Fideipromissio*. Distinta estructura y carácter tiene la *fideiussio*, que aparece con posterioridad a estas y también durante la época clásica.

Los procedimientos no formales fueron el *Mandatum pecuniae credendae* (*Mandatum qualificantum*) y el *Constitutio debiti alieni*.

El contrato verbal romano de fianza nos ofrece tres formas que han ido surgiendo sucesivamente, coexistiendo en la época clásica:

- **La sponsio:**

Es la más antigua manifestación de la fianza verbal, consistente en una estipulación celebrada entre el acreedor y el fiador y donde el último prometía pagar a aquel la deuda del sujeto pasivo de la relación obligacional. Las partes de este fin usaron el verbo *spondeere* (prometer algo a título de garantía).

Se acusaron los siguientes efectos de la *sponsio*:

- a) Solamente garantizaba a obligaciones provenientes de una *stipulatio*.
- b) La obligación del *sponsor* se extinguía con la muerte de este, no pasó a sus herederos.

- c) El *sponsor* podía ser constreñido a dar la misma prestación ofrecida al acreedor por el deudor principal y no por otra, aun cuando tuviere mayor valor.
 - d) El acreedor podía directamente exigir el pago al *sponsor* antes que al deudor.
 - e) El *sponsor* que satisfacía la deuda, amparado en la *Lex Publilia*, tenía la facultad de exigir al deudor, la restitución de lo pagado y en el caso de no lograrlo podía sujetar a este régimen de la *manus iniectio* si no logró el reembolso dentro de los seis meses posteriores al pago; pudiendo también dirigirse contra los demás fiadores, en caso de haberlos, los que fueron entendidos como socios por disposición de la *Lex Appuleia*.
 - f) La *sponsio* solo garantizaba a las obligaciones de los ciudadanos romanos, por ser una institución del *Ius Civile*.
- *Fideipromissio*:
Fue también una manifestación de la fianza verbal; se distinguió de la anterior porque pudo ser usada por los peregrinos y en ella se utilizó el verbo *fideipromissio*, (en lugar de *spondere*). Acusó esta forma de fianza, los mismos efectos de la *sponsio*, salvo el de la diferencia establecida.
 - *Fideiussio*:
Fue la forma más moderna, general y completa de garantía personal que logra obviar estos inconvenientes. Por ello, sirve para garantizar todo tipo de obligaciones (no solo los verbales) y además se transmite hereditariamente. Consistía en un acto oral, semejante a la estipulación, basado en la *Fides* o lealtad personal, en la que el *fideiussor* promete el mismo objeto que debe el deudor principal: *¿empeñas fielmente tu palabra para lo mismo que debe Ticio? Empeño mi palabra*. Al no tratarse de una promesa estipulatoria, no producía los efectos novatorios de esta y la obligación parcial garantizada continuaba existiendo.
A diferencia de las otras formas de garantía personal, la *fideiussio*:
 - Era transmisible a los herederos:
 - No tenía plazo de caducidad. Como la *fideipromissio*, era un negocio de derecho de gentes y podía realizarse por los peregrinos.
 El fiador debía responder de todo lo que puede reclamarse al deudor principal (no puede obligarse a más de lo que debe, pero sí a menos). La *litis contestatio* celebrada con el fiador o el deudor principal extinguía la obligación. Para evitar este inconveniente, se limitaba la garantía a lo que el acreedor no llegara a obtener del deudor principal (*fideiussio indemnitis*).
El fiador no disponía de la acción de regreso para demandar al deudor por el que paga. La jurisprudencia admitió que pudiese valerse de la *Actio Mandati*, si recibió del deudor el encargo de pagar o de la *Actio Negotiorum Gestorum*, si su intervención fue por propia iniciativa.
Una Constitución de Adriano extendió a la *fideiussio* el beneficio de división. Si el acreedor demandaba a un cofiador cuando existían varios, este podía oponer una *exceptio* para que dividiera la deuda entre todos los fiadores solventes en el momento de la *litis contestatio* (la cuota de cada fiador podía ser aumentada por el reparto de la que tenga un fiador que resulte insolvente).

La fianza verbal, *sponsio*, *fideipromissio* o *fideiussio*, era accesoria, lo cual implicaba que estaba en función de una obligación principal con las múltiples consecuencias que de aquí se derivaron:

- 1) El fiador promete lo mismo que el deudor principal, es decir, no se obliga ni a más ni a cosa distinta.
- 2) Su obligación presupone la existencia de la obligación principal.
- 3) El fiador tiene las mismas excepciones que el deudor principal.
- 4) Su obligación se extingue por el mero hecho de trabarse la *litis contestatio* con el deudor principal.

La *fianza* tiene también un carácter accesorio: el fiador responde después del deudor, es decir, solo en el caso que no pague.

En Derecho clásico el acreedor podía, en general, elegir entre deudor y fiador. Es más, la *litis contestatio* trabada con el fiador extinguía ya la obligación del deudor principal. En cambio, en el Derecho justiniano nos encontramos con el *beneficio de excusión*: el acreedor solo podía dirigirse contra el fiador, después de haber demandado sin éxito al deudor.

Las relaciones entre cofiadores sufren también grandes cambios en las diversas épocas de la historia del Derecho romano. En un principio, existe una responsabilidad solidaria de los cofiadores, pero luego, a través de varias leyes se va imponiendo el criterio del *prorrateo*.

Otro problema es el de la *Acción de Regreso* del fiador que pagó contra el deudor principal. Una *Lex Publilia*, de principios de la República concede al fiador que pagó una acción penal contra el deudor justamente por el doble de lo que pagó (*Actio Depensi*, acción de pago del fiador). Además el fiador tuvo la *Actio Mandati* (si pagó a instancias del deudor). Del mandato nace la *Actio Mandati* de buena fe y de carácter infamante. Esta acción se ejercita por el mandante para que el mandatario le rinda cuentas de las gestiones realizadas por su encargo y le entregue lo que ha conseguido por ellas. Como acción contraria puede ejercitarla también el mandatario para reclamar los gastos y perjuicios ocasionados por el mandato. También la *Actio Negotiorum Gestorum* (si pagó de forma espontánea); de la que puede servirse como acción contraria para el reembolso de los gastos causados.

- ***EL mandatum pecuniae credendae:***

Es el mandato de crédito, procedimiento no formal utilizado para la constitución de una fianza. Se configuró cuando una persona mandante (fiador) encarga a otra, mandatario (mutuante o prestamista), la orden de entregar en calidad de préstamo a un tercero (mutuario o prestatario, principal deudor) una suma de dinero o cantidad de cosas fungibles, respondiendo el mandante de la solvencia del tercero.

El *mandatum pecuniae credendae* presenta, pues, una doble faz:

- Desde un punto de vista jurídico se trata indudablemente de un mandato;
- En cambio, desde el punto de vista económico-social, de una fianza.

El mandatario, que concedió crédito al tercero dispone contra el mandante de la *Actio Mandati Contraria*, para obtener el reembolso, si es que el tercer deudor no paga. Existe un *Mutuo* entre el mandatario y el tercero al que se presta contra el que ejercita

la *condictio* si no paga. Pero además, por el mandato existente, el mandatario dispone de una *Actio Mandati* contraria, para accionar contra el mandante cuando el deudor no paga o es insolvente. Este contrato tenía sobre la *fideiussio* la gran ventaja de que no creaba la solidaridad que nacía de esta y el mandatario podía dirigirse primero contra el deudor y, si este no le pagaba, contra el mandante (estando la *Actio Mandati* basada en la buena fe, un juez no debía condenar al mandante si el mandatario no había hecho todo lo posible para hacerse pagar del deudor). Esta ventaja desaparece cuando se concede al *fideiussor* el *beneficium excussionis* y Justiniano lo funde con la *fideiussio*.

El *mandatum pecuniae credendae* y la *fideiussio* tuvieron el siguiente paralelo:

- a) La obligación del mandante no era necesaria como la del fiador, sino que tenía un valor propio; pues aquel estaba obligado de manera absoluta, pudiendo ser demandado directamente por el mandatario.
- b) El mandato tenía la ventaja de permitir la constitución de fianza entre ausentes, sin embargo no pudo ser utilizado para garantizar obligaciones ya existentes porque en virtud de su especial configuración solamente servía para afianzar obligaciones futuras.
- c) El pago efectuado por el fiador no liberaba de pleno derecho al deudor, lo que implicaba que el acreedor prestamista pudiera a su vez cobrar al obligado; admitiéndose en cambio que el garante pudiera exigir al acreedor la cesión de las acciones en virtud del contrato de mandato.
- d) El mandato de crédito era esencialmente revocable, como todo mandato, característica que estaba en pugna con la fianza, que era una promesa firme e irrevocable.

- **La *Constitutum debiti alieni*:**

Fue otro procedimiento no formal que se utilizó para la constitución de la fianza. Consistió en un *Pacto Pretorio* (*pacto de constitutum*), por el que un tercero promete pagar la deuda de otro en un día determinado.

En un comienzo solo se utilizó para afianzar el pago de sumas de dinero o la dación de cosas fungibles, pero más tarde, durante la época de Justiniano se hizo accesible a toda variedad de deudas.

Sus características eran:

- a) Mediante la *Constitutum*, el obligado por este pacto podía prometer un objeto distinto al de la obligación preexistente.
- b) De igual manera, el así obligado por este pacto pretorio, podía variar el lugar y tiempo del cumplimiento de la obligación.
- c) La responsabilidad del constituyente solo era por el monto de la obligación así garantizada.

5.2. Refuerzo de las obligaciones

Dentro de las llamadas garantías personales de las obligaciones, habían unas que estaban constituidas por el refuerzo que hacía el propio deudor de su obligación, sea mediante la cláusula penal, la dación de arras o juramento promisorio.

- **La Stipulatio poenae:**

La cláusula penal es entendida como pena convencional, a fin de que el deudor, ante la amenaza de la pena, cumpla la obligación principal. Se trataba de una promesa dada por el propio deudor, de verificar una prestación accesoria a favor del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Es una cláusula que se añade a un contrato para facultar al acreedor a exigir una pena (normalmente pecuniaria), si el deudor no cumple o no cumple debidamente la prestación que le incumbe.

- **Las arras o arrhae:**

En el Derecho clásico es simplemente una señal que prueba la existencia del contrato. En los contratos consensuales sirve para fijar el momento de conclusión del contrato y para probar que este ha tenido lugar. En el Derecho justiniano *arra* es la pena que hay que pagar para poderse separar unilateralmente del contrato.

Es una cantidad de dinero u otras cosas que el *reus debendi* entrega al *reus credendi* y que, en el supuesto de que la obligación no se cumpla, el *reus debendi* no podrá reclamar y que en el caso de cumplirse la obligación, las arras son computadas como un adelanto que al final ha de descontarse de la prestación del deudor.

Las *arras*, servían:

- a) Como señal de haberse perfeccionado la convención.
- b) Como un medio indirecto de reforzar la ejecución de la obligación.

Prosperó la dación de arras de preferencia en los contratos consensuales, especialmente en los contratos de compraventa.

Como en el caso de la cláusula penal, la dación de arras es una obligación de naturaleza accesoria que va junto a la obligación principal. El Derecho Justiniano recién admitió, mediante una Constitución del año 528, a la dación de arras, como un medio de reforzar a las obligaciones, las que se convirtieron desde entonces en *arrhae poenitentialis*.

- El lusiurandum promissorium

El juramento promisorio fue una institución que tuvo el efecto de reforzar las obligaciones ya asumidas, en una sola hipótesis: cuando mediaba una obligación contraída por el menor de 25 años sin la *auctoritas* de su curador.

En una constitución de *Alejandro Severo* se establece que el juramento prestado por un menor de 25 años en un contrato celebrado sin la asistencia de su *curator*, no puede recurrir al pretor. El juramento viene a ser así un modo de reforzar un contrato que de otro modo hubiera sido impugnabile.

6. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Cuando una obligación se extingue se disuelve el vínculo existente entre acreedor y deudor. Los modos extintivos de las obligaciones son los hechos a los que el derecho objetivo otorga esa función.

El modo normal de extinguirse una obligación es el pago o cumplimiento realizado por el deudor; esto es, la ejecución de la prestación debida. Sin embargo, existen otros hechos que sin implicar la ejecución efectiva de la obligación tiene el efecto de liberar al deudor.

A grandes rasgos, puede decirse que la extinción de obligaciones de modo automático (*ipso iure*) es propia del *ius civile*, en tanto, que la extinción de obligaciones vía de excepción (*ope exceptionis*) se da en el *ius honorarium*.

Los modos de extinción *ipso iure* destruyen la existencia de la propia obligación civil, de manera que con ella desaparece también la acción que protegía del derecho de crédito. En cambio, en los modos de extinción *ope exceptionis*, aun subsistiendo la obligación, el deudor puede defenderse mediante una excepción, que le concede el pretor. *Ope* significa por obra de la excepción.

En el Derecho romano antiguo se exigió que para extinguir una deuda, el deudor realizara un acto solemne para dar por cancelada la relación. Este acto llamado *actus contrarius*, era similar a aquel que se había llevado a cabo al encontrarse la obligación. Dichas formas fueron:

- a) La *solutio per aes et libram*, modalidad para extinguir a la obligación mediante el sistema del cobre y la balanza, que más tarde fue un pago ficticio y que terminó por desaparecer en la época de Justiniano. Es una forma de liberación de las obligaciones por el rito del bronce y la balanza. Muy parecido al rito de la *mancipatio* aquí se llama *muncupatio*, tan solo cambia las palabras. Esta forma se aplica a las obligaciones que provenían de condenas judiciales, es decir cuando alguien es condenado a pagar algo por condena judicial el pago se hace por esta forma. Más tarde se aplica a todas las deudas de dinero. También desaparece en el derecho justiniano como la *mancipatio*.
- b) La otra forma de realizar el *actus contrarius* fue la *acceptilatio*, por la cual el acreedor reconocía haber sido pagado. En el Derecho justiniano la *acceptilatio* sirvió para condonar formalmente una deuda. Se basaba en el sencillo rito de la pregunta y la respuesta verbales, donde el acreedor manifestaba haber sido pagado por el deudor, aun cuando ello no hubiera sido cierto; sirvió esto para la extinción de las obligaciones verbales, durante la época de Justiniano también pierde importancia. Es el acto contrario a la *stipulatio* y consecuentemente servirá para extinguir obligaciones nacidas de *stipulatio*. En ellas en vez de ser el acreedor quien pregunta, aquí es el deudor quien pregunta *quod ego tibi promissi* (lo que yo te prometí) *habeo* (lo tengo). Tanto la *solutio per aes et libram* ni la *acceptilatio* actos formales, sino abstracto, independiente de que se pague o no.

Esta primitiva rigidez amparada por el Derecho romano, pronto se vio modificada por dos razones:

1. Por la aparición de los contratos no formales, que engendraron obligaciones que no exigían formalidades para su constitución y, en consecuencia, tampoco para su extinción.
2. Por el advenimiento del procedimiento formulario, donde el pretor estuvo facultado para conceder una *exceptio* que paralizaba a la *actio*, con lo que su substancia civil quedaba sin efecto.

De esta manera, a finales de la época republicana los modos extintivos de las obligaciones se clasificaron en dos grandes grupos: modos extintivos que operan *ipso iure*, y modos extintivos que operan *ope exceptionis*.

6.1. Modos extintivos que operan *ipso iure*

Son: El pago, la novación, la confusión, la pérdida de la cosa debida, el mutuo disentimiento, el concurso de causas lucrativas y la muerte o *capitis deminutio* del deudor.

a) Pago (*Solutio*)

Las fuentes lo designaron como *solutio*, derivada de los términos latinos *salvo*, *solvere*, *solutum*, que se traduce en desatar, soltar, desligar.

El pago es el acabamiento natural de la obligación. Fue entendido como el cumplimiento de la prestación, que constituye el objeto de la prestación.

En el Derecho romano el pago fue toda satisfacción o liberación de una suma de dinero y también como un hacer o como un no hacer, según cual fuera la substancia de la prestación.

La *solutio* solo prosperó en Roma, cuando aparecieron nuevos negocios jurídicos que hicieron desaparecer paulatinamente al formalismo del derecho, como en el caso por ejemplo de la *solutio perdes et libram* y de la *acceptilatio*, formas que ya no fueron relevantes y desaparecieron para dar paso al pago como modalidad normal de cumplir con la obligación.

Para que el pago surta sus efectos y extinga la obligación, fue necesario que concurren determinadas circunstancias referidas a los dos sujetos de la relación obligacional y al objeto de ella, o sea a la prestación.

1. Con relación a los sujetos se establecieron los siguientes requisitos:

- a) El pago debe ser hecho por el propio deudor, como ocurrió en los primeros tiempos, posteriormente se permitió que podía hacerlo un representante del obligado, exceptuándose en todo caso la satisfacción de la obligación cuando ella requiriera de las cualidades o aptitudes personalísimas del obligado (*intuitu personae*); demás, el pago que hace el tercero, tiene eficacia liberatoria cuando media el ánimo de extinguir la deuda ajena.
- b) Se requirió que el deudor o sus representantes; fueran capaces, a fin de poder realizar el pago; caso contrario resultaban nulos los pagos hechos sin la mediación de tutores o curadores.
- c) El pago debía ser hecho al acreedor o a un representante suyo; debiendo ser el acreedor o sus representantes, persona capaz para recibirlos, toda vez que la *solutio* es un acto jurídico, que tiene como presupuesto la capacidad de las personas intervinientes; caso contrario el pago no producía efectos liberatorios y corriendo el deudor el riesgo de repetir lo pagado.

2. Con relación al objeto de la obligación, se establecieron las siguientes consideraciones, en lo referente al cumplimiento de las obligaciones:

- a) El deudor debía entregar la cosa convenida, no pudiendo este obligar al acreedor a aceptar objeto distinto, así como tampoco no le pudo obligar a recibir pagos parciales.
- b) En lo referente al lugar en que debía verificarse el pago, había que estar a lo convenido por las partes, caso contrario en el domicilio del deudor o donde se encontraran los bienes.

- c) En cuanto al tiempo, debió cumplirse la obligación al término del plazo convenido, no pudiendo ser exigida con anterioridad.

b) La confusión:

Las obligaciones se extinguen por confusión (*confusio*), cuando en una misma persona se dan las cualidades de acreedor y de deudor.

En Roma, la confusión pudo tener el siguiente origen:

- a) De ordinario a consecuencia de la herencia, tal sería el caso por ejemplo del deudor que hereda a su acreedor o viceversa, o en el caso de un tercero que hereda a dos que fueron respectivamente entre sí deudor y acreedor.
- b) A consecuencia del legado que hace el acreedor al deudor.
- c) Cuando el acreedor hipotecario adquiriera más tarde de su deudor el inmueble gravado.

Se pueden señalar los siguientes efectos de la confusión:

- a) Extingue de pleno derecho a la deuda, como si se tratara de un pago; no obstante ello, siendo la confusión una causa de imposibilidad de ejecución, si la causa que originó la confusión fuese nula, desde el momento en que fuera declarada su invalidez, renacía la primitiva obligación.
- b) Cuando se producía la confusión del acreedor y del deudor, quedaban liberados los fiadores.
- c) Mediante el caso de una solidaridad pasiva, cuando operaba una confusión entre el acreedor y uno solo de los deudores solidarios, solamente se liberaba respecto de este y quedaba subsistente para los demás codeudores solidarios.

La confusión extingue la obligación de pleno derecho, como si hubiera habido pago. Pero presenta el carácter particular de ser más bien una imposibilidad de ejecución que una verdadera causa de extinción. La obligación queda más bien paralizada que extinguida; pues, si las cualidades de acreedor y deudor que estaban reunidas se separan de nuevo, la obligación recobra toda su fuerza. Es lo que ocurre cuando habiendo heredado el deudor del acreedor, es declarado el testamento inoficioso y se le quita la sucesión.

c) La novación:

Es la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva que sustituye a la antigua. *Ulpiano* dice que es una transfusión y traslación de una deuda anterior a otra obligación (*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*). Se trata de un concepto que nos proporciona una idea cabal del instituto, consistente en la transposición del contenido de una obligación primitiva a otra nueva. Así la obligación, en el concepto romano extinguía *ipso iure* a la antigua obligación.

La *novatio* evolucionó dentro del Derecho romano; en el Derecho clásico la forma juega un papel decisivo y en el Derecho justinianeo se refugia en la voluntad de las partes.

Entre los requisitos para la novación, figuran:

- a) La existencia de una obligación anterior, que más tarde ha de convertirse en una nueva, pudiendo esta ser de cualquier clase: natural, civil, pretoria; derivada de cualquier fuente: de un contrato, de un delito o de varias causas.

- b) La existencia de una obligación nueva, creada para sustituir a la precedente.
- c) Que exista una convención que dé origen a la nueva obligación.
- d) Un requisito subjetivo: la intención de *novar* (*animus novandi*), es decir que medie la voluntad de las partes de renovar la primitiva obligación por otra nueva. En época de Justiniano este requisito debía ser expreso y nunca presumirse.
- e) Un elemento nuevo *aliquid novi*, que diferenció la nueva obligación de la anterior y que podía surgir, o por cambio de sujetos (novación subjetiva) o por cambio de objeto (novación objetiva). El cambio de sujetos podía prosperar por delegación o por cesión de créditos o deudas, dentro de los límites señalados por la legislación romana.

Se señalan como efectos de la novación:

- a) El principal, la extinción *ipso iure*, de la antigua obligación, cesando en consecuencia todos los aspectos accesorios tales como las garantías establecidas a favor de ella, los intereses y las consecuencias posibles de la mora y de la cláusula penal correspondientes a la primitiva obligación.
- b) El nacimiento de una obligación nueva y completamente autónoma en relación con la anterior; no pudiéndose oponer contra la nueva obligación las excepciones oponibles contra la anterior, ni pudiéndose hacer las defensas inherentes a la primitiva.

El efecto extintivo de la novación es tan absoluto como el del pago. Anula de pleno derecho la deuda con todos sus accesorios: prenda, hipoteca, fianza. Este efecto extintivo se aplica también en las relaciones de los acreedores y de los deudores correales, los otros son liberados. Del mismo modo, si uno de los acreedores correales hace novación con el deudor, extingue el derecho de los demás acreedores. Esta solución resulta de los principios, pues la novación, como el pago, afecta al objeto mismo de la obligación.

d) **Pérdida de la cosa debida:**

La pérdida del objeto de la prestación (cosa debida), extinguía la obligación *ipso iure*, puesto que no puede existir una obligación sin prestación.

Los efectos de este modo de extinguir las obligaciones, se regulaban de distinta manera, según se tratara de obligaciones de género o que tuvieran por objeto la entrega de un cuerpo cierto:

- a) En las obligaciones de género, la pérdida de la cosa no tenía efecto extintivo, porque en virtud del principio *genus numquam perit*, el deudor debía entregar otra cosa de la misma especie y calidad.
- b) Consistiendo la obligación en la entrega de un cuerpo cierto, eran aplicables las normas que rigen la prestación, del dolo, de la culpa y del caso fortuito; es decir, que la obligación subsistía en todos sus efectos si la pérdida ocurriera por dolo o culpa, en tanto que se extinguía si ello hubiera acontecido por caso fortuito o fuerza mayor, a menos que el deudor hubiera estado ya constituido en mora.

e) **Mutuo disentimiento:**

Las obligaciones que surgen de un contrato consensual, se pueden disolver antes de que hayan comenzado a ejecutarse, por el mutuo disentimiento (*consensus contrarius*).

En la legislación romana se admitió como una variedad del *consensus contrarius*, la extinción de la obligación por término o condición resolutoria.

En un comienzo el *mutuus dissensus*, apareció en la legislación romana como permitido únicamente en el contrato de compraventa, pero más tarde en el Derecho justiniano se hizo extensivo a todos los demás contratos consensuales, salvo el de la sociedad y el mandato.

f) **Concurso de causas lucrativas:**

El *concursum causarum lucrativarum*, fue un modo de extinguir las obligaciones y resulta de dar una cosa determinada proveniente de un título lucrativo, cuando dicho objeto pasa a ser propiedad del acreedor por un modo también lucrativo. En el Derecho clásico, se extinguía la obligación cuando las causas de adquisición eran cada una onerosa o ambas lucrativas. Justiniano perfiló definitivamente la institución al establecer que solo quedaba extinguida la obligación cuando ambas causas de adquisición fueran gratuitas.

La adquisición por título diferente de la misma cosa, extingue la obligación, pues no es posible que esta recaiga sobre lo que ya está en dominio del acreedor. Lo anterior podía suceder si en un testamento, por ejemplo, se ordenaba al heredero entregar un objeto específico a un legatario, y el objeto entraba a su patrimonio por otra causa, antes de que el heredero hubiera podido cumplir el encargo.

g) **Por muerte:**

Como regla general se admitió que la muerte de uno de los sujetos de la relación obligacional, no extinguía las obligaciones que contrajo y que más bien transmitía al heredero la universalidad de sus deudas y de sus créditos, puesto que se entendía que el heredero era el continuador de la personalidad jurídica del de *cuius*. No obstante ello había cierta clase de obligaciones que sí concluían con la muerte del deudor, entre ellas:

- a) Las obligaciones *intuito personae*, donde se tuvieron en cuenta las habilidades y calidades propias del obligado.
- b) Las obligaciones que habían emergido de un delito pues la acción penal era intransmisible, sea en el aspecto activo o pasivo.
- c) Las obligaciones provenientes de los contratos de mandato y de sociedad, ya que ellas se basaban en la confianza.
- d) Las obligaciones derivadas de la *sponsio* y de la *fidepromissio*.

h) **Por *Capitis deminutio*:**

El primitivo Derecho civil, estimó que las obligaciones se extinguían cuando mediaba la *capitis deminutio* máxima, minor y mínima del *reus debendi*.

El Derecho pretoriano llegó a modificar aquella regla antigua de defensa de la legítima expectativa del acreedor, al establecer que:

- a) Por *capitis deminutio mínima* del deudor (por la que el *sui iuris* se convertía en *alieni iuris*, como en los supuestos de la adrogatio y de la legitimación), ella se daba por no sucedida y en consecuencia el acreedor podía perseguir al deudor como si se tratara siempre de un *sui iuris*.
- b) Por *capitis deminutio máxima*, el Derecho pretorio estimó prudente alcanzar al acreedor una acción que le permitiría actuar contra el poseedor del patrimonio del primitivo deudor.

- c) Por *Capitis deminutio minor*, del deudor, la posesión del patrimonio podía llegar a enajenarse con miras a la satisfacción de su crédito.

6.2. Modos extintivos que operan *ope exceptionis*

a) **Compensación:**

Modestino, la definió como *Compensatio est debiti inter se contributio* (es la contribución de una deuda y de un crédito entre sí). De tal definición se colige que la compensación prospera cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra este, jugando como un modo *ope exceptionis* de extinguir las obligaciones.

Cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra él, es decir, el acreedor reclama al deudor 1000 en virtud de una *stipulatio* y el deudor le contesta que él le debe por otra circunstancia de 500.

En Derecho clásico no se permite con carácter general oponer una excepción en virtud de compensación, pero vamos a distinguir entre lo que admite el *Ius Civile* y el *Ius Honorarium*.

- a) En cuanto al *ius civile* atribuye eficacia extintiva a la compensación en los casos *iudicia bonae fidei*, que quiere decir en aquellos contratos que no son *stricti iuris*, sino que están amparados por acciones que contienen la cláusula *bona fide*, que permite al juez esa discrecionalidad de admitir ese pago en compensación. El juez en consecuencia puede tener en cuenta los créditos que el demandado a su vez ostente contra el acreedor, solo provenientes del mismo contrato (Ejemplo: El acreedor reclama 1000 al deudor en virtud de una *locatio conductio rei*, pero el deudor le pone una *exceptio* de compensación diciendo que tú me debes 500 de gasto de conservación de la cosa, entonces te debo 500).
- b) En cuanto al *Ius Honorarium*, este conoce casos especiales de compensación:
 1. Cuando un banquero demandaba a su cliente por deudas bancarias, lo primero que debía hacer era descontar lo que él, a su vez, le debía al cliente; es decir, demandar simplemente por el saldo a su favor.
 2. El *bonorum emptor* (comprador de bienes), sucesor universal del concursado, por haber comprado sus bienes en pública subasta, cuando demande a un deudor de la masa de la quiebra, lo debe hacer restando lo que a su vez se debe a ese deudor de la masa por el concursado.

En el Derecho justiniano se modifica profundamente la institución de la compensación al convertirla en una institución general.

Se pudieron distinguir las siguientes modalidades de compensación:

- a) La compensación convencional, cuando mediaba el acuerdo de las voluntades de los sujetos de la relación obligacional, gobernando en ella el principio de la libre determinación de las partes.
- b) La compensación legal, cuando ella prosperaba por ministerio de la ley.
- c) La compensación judicial, que prosperaba cuando el *reus debendi* la oponía dentro de un proceso judicial, al *reus credendi*, para neutralizar la acción de este.

Los siguientes requisitos fueron fundamentales para la compensación:

- 1) Que se trate de objetos o cosas de idéntica naturaleza; por tanto debían ser cosas fungibles o de igual calidad.
- 2) Que ambas deudas sean exigibles, es decir vencidas.
- 3) Que ambas deudas sean líquidas, es decir de existencia y montos limitados.
- 4) Que ambas deudas existan, entre las mismas personas; así por ejemplo, el deudor de un pupilo perseguido en nombre de este, no podía oponer en compensación lo que el tutor le debe en nombre propio.

En todo caso en el Derecho romano, la compensación no procedía entre el crédito que tuviese el depositario contra el depositante y los objetos depositados. La compensación entre los créditos del fisco y de los municipios y la compensación entre los créditos provenientes de delitos.

b) **Remisión de la deuda (*pactum de non petendo*)**

En el Derecho romano, la remisión de la deuda fue reconocida como un medio idóneo para extinguir obligaciones *per exceptionem*. Tuvo lugar cuando mediando un acuerdo no formal, el acreedor hacía una promesa al deudor, de no exigir el cumplimiento de la obligación.

El pacto así formulado, podía concluirse en forma verbal o escrita y gracias a él, el deudor, pudo oponer a la *Actio* del acreedor, la excepción llamada *exceptio pacto conventi*, que neutralizaba a la acción.

En el Derecho romano existieron dos clases de pacto de no pedir:

- a) El *pactum in personam*, que operó válidamente solo para las partes que lo hubieran celebrado, no así por ejemplo beneficiaba a los herederos del deudor.
- b) El *pactum in rem*, cuyos efectos no fueron limitados a favor de única persona.

En caso de duda, la legislación estimó que el pacto era estimado como de *non petendo in rem*.

c) **Prescripción liberatoria:**

Llamada también prescripción extintiva o *praescriptio temporalis*. Se trata de la extinción de una obligación ateniéndose al transcurso de un período determinado de tiempo, en el cual el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación, debiéndolo hacer.

Para que se produjera la prescripción liberatoria, eran necesarios dos presupuestos:

- a) Que transcurra un período de tiempo (determinado por la ley).
- b) La inactividad del acreedor para lograr el cumplimiento de la obligación.

En el Derecho clásico, se estimó que las acciones provenientes del *Ius Civile* eran perpetuas y en consecuencia, el acreedor podía perseguir su cumplimiento en cualquier momento. Más tarde se introdujo una reforma pretoriana, por la que se establecía que las obligaciones subsistían como naturales, si no eran solventadas al año de exigible su cumplimiento.

En el Derecho romano existió anarquía sobre el plazo de prescripción, hasta que en el año 424 una Constitución de Teodosio II, fijó un plazo de 30 años para que pudiera extinguirse toda clase de acción.

CAPÍTULO II

Obligaciones Nacidas de los Contratos

1. NOCIONES GENERALES

Para los juristas clásicos el *Contrato* consiste en una convención o acuerdo y no en una declaración unilateral. Por ello, Gayo expone una excepción a su misma clasificación, cuando dice a propósito del pago de lo que no se debe (*indebiti solutio*) y que ha sido entregado por error, que esta clase de obligación no parece nacer del contrato, porque el que entrega con intención de pagar, más bien quiere disolver un negocio que contraerlo.

La noción romana de contrato difiere profundamente de la moderna. Hoy en día se utilizan frecuentemente como sinónimos los términos contrato, convención y pacto, para referirse a cualquier acuerdo entre las partes enderezado a crear obligaciones. En cambio en Roma estos tres términos se separaban netamente:

- a) *El pactum o pactio*: es primariamente, un acuerdo de voluntades, que no genera acción, pero que puede resultar protegido por el pretor por vía de excepción; pactos son también las cláusulas accesorias que se añaden a los contratos de buena fe.
- b) *Conventio*: (*convención o convenio*) es el acuerdo de voluntades que subyace en todo contrato.
- c) *Contractus*: es, en sentido técnico, el acuerdo de voluntades, reconocido expresamente por el *Ius Civile* como fuente de obligaciones y dotado, como tal, de una acción civil. Por tanto, más que del contrato habría que hablar de los contratos, pues la tipicidad de los contratos, no es más que un reflejo del sistema romano de acciones típicas.

2. DESARROLLO HISTÓRICO

El Derecho romano en la creación de los contratos parece haber seguido la siguiente gradación histórica:

La primera fórmula quiritaria de obligarse es el *nexum*, término antiguo y genérico que expresa toda operación verificada por medio de la vara de metal y del peso; *per aes et libram*, con el que conducía el peso, el *libripens*, los cinco ciudadanos testigos, las acciones y palabras consagradas. Esta solemnidad vestigio de los antiguos tiempos, en los que no conociéndose la moneda, se pesaba el metal, se conservaba como símbolo, y se usaba para la creación, transmisión y extinción de diversas especies de derechos; lo mismos, los de propiedad quiritaria que los de obligación. Para la formación de las obligaciones se supone que el metal se pesaba y dada por el acreedor a quien admite por deudor; o bien cuando una cosa se enajena, ya realmente, ya de un modo ficticio, *ex jure quiritium*, las palabras solemnes pronunciadas entre las partes forman la ley de esta dación y el vínculo, *vinculum iuris* se forma de esta manera.

Tal era para el ciudadano romano la forma quirital y primitiva de obligarse; la reunión de una pantomima simbólica y de palabras sacramentales. Los contratos de préstamo (*mutuum*), de prenda (*pignus*), de depósito (*depositum*), se formaban así en su origen. Posteriormente la simple tradición de la cosa bastó para engendrar la obligación civil y así fueron reconocidos los contratos que los romanos calificaban de contratos formados *re*.

La marcha del Derecho civil romano, en las formas civiles de los contratos, consistía en simplificar esta solemnidad *per aes et libram*, a tener por verificado el acto simbólico del peso, la barra de metal por pesada y dada y en abandonar de este modo la pantomima natural de los primitivos tiempos.

La segunda fórmula quiritaria de obligarse, primera derivación del antiguo *nexum*, que consistía en las palabras sacramentales, sin la solemnidad *per aes et libram*, que se dio por hecha y reducidas entre las partes a una interrogación solemne (*stipulatio*), seguida de una respuesta conforme y congruente (*responsio, promissio*). Los términos quiritarios y consagrados para esta interrogación y para esta respuesta han sido estos: *Spondes - Spondeo*; de donde se ha dado a esta solemnidad el nombre particular de *sponsio*. Con el tiempo se encontró el medio de hacer accesible a los *peregrini* esta forma de obligarse, admitiendo otras especies de interrogaciones: *Promittis? promitto; Dabis? Dabo*, etc., como propias del Derecho de gentes.

Más tarde desaparece el carácter de fórmula y hasta el griego era admitido en la estipulación; una de las partes puede interrogar en latín, y la otra responder en griego, o recíprocamente, bastando que la interrogación y la respuesta sean conformes, cualesquiera que sean las expresiones. Tal es el contrato que los romanos decían formando *verbis*. Es una forma de obligarse muy general, en el sentido de que puede aplicarse a toda especie de obligaciones que se contraigan.

La tercera forma quiritaria de obligarse, segunda derivación del antiguo *nexum*. Esta forma que no es aplicable más que a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, consiste en considerar la operación *per aes et libram*, como terminada; por consiguiente, la cantidad objeto de la obligación, como pesada y dada por una parte, como recibida por la otra; a inscribirla como tal en la fórmula consagrada y en el registro doméstico (*tabulae, o codex accepti et expensi*), de donde viene a este contrato el nombre de *expensilatio* (suposición de la cantidad pesada y dada), y por la cantidad que hace

el objeto de él, los de *pecunia extensa lata* (cantidad que se supone pesada y dada), relativamente al acreedor; *pecunia accepta relata* (cantidad que se supone recibida), relativamente al deudor. De esta forma de obligarse viene en Derecho romano, la expresión general de *nomen*, para designar un crédito, porque el crédito se inscribe en el registro doméstico bajo el nombre del deudor. Y especialmente la que está formada así, se llama *nomen transcriptitium*, porque está inscrita primero en un borrador corriente (*adversaria*), se pone en limpio cada mes en el registro. Tal es el contrato que los romanos dicen estar formando *litteris*. Como la estipulación, fue al principio exclusivamente propio de los ciudadanos. Con el tiempo se extendió pero bajo una forma diferente, a los extranjeros, en los *syngraphae* en los *chirographae*. Después el empleo del *codex* o registro doméstico y con él el verdadero contrato *litteris* de los romanos, caen en desuso. Sucedió lo mismo a los *syngraphae* del Derecho de gentes. Y el *chirographum*, que se sostuvo más tiempo, llegó hasta Justiniano considerablemente modificado y reducido casi al valor de *cautio* o escrito simplemente probatorio.

En fin, el Derecho civil ha admitido como capaces de poder ser formado por el solo consentimiento, sin operación *per aes et libram*, interrogación solemne, ni inscripción en los registros domésticos, solo cuatro contratos: la venta (*emptio-venditio*); el arrendamiento (*locatio-conductio*); la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*).

Otro quinto contrato es el *emphiteusis*; se añadió a los anteriores en los últimos tiempos del bajo imperio y, sin embargo, no se contó entre ellos porque no había sido considerado en la jurisprudencia romana, sino como una venta por unos y por un arrendamiento por otros. Tales son los contratos que los romanos llamaron formados *consensu*. Se derivaron del Derecho de Gentes; la forma de obligarse se redujo a su más simple expresión; se distinguían en que producían obligaciones por una y otra parte (*ultra citroque*), y en que sus efectos se determinaban conforme a las reglas de equidad (*ex aequo et bono*).

En el Derecho romano en materia de contratos procedían cuatro especies de estos, según que se forman *re, verbis, litteris, o consensu*.

Fuera de estos contratos la convención formada entre las partes toma el nombre de *pactum, pactio, conventio*. Según el *Ius Civile stricto*, no produce obligación, sin embargo algunas disposiciones imperiales o pretorianas han dado a algunas de ellas un efecto obligatorio; algunas circunstancias particulares pueden también modificar el rigor del derecho, y dar a los pactos diversos efectos jurídicos.

Respecto de los hechos que no son el resultado del consentimiento mutuo de las partes, el antiguo Derecho civil, con el nombre de *nox* y después con el de *maleficium* y *delictum*, ha determinado y dado acción en un cierto número de casos, en los cuales la obligación resulta del perjuicio causado a otro: el derecho pretoriano ha hecho en estos algunas adiciones.

De aquí han procedido dos especies de obligaciones, el contrato y el delito. Cuando la jurisprudencia llega a reconocer causas diferentes, las ordena y asimila en dos especies primitivas, como figuras variadas de aquellas causas legítimas (*variae causarum figurae*); diciendo nace como nacería de un contrato (*quasi ex contractu*), o como nacería de un delito (*quasi ex delitu*). De donde, especificando los pormenores del sistema en su conjunto, hay cuatro orígenes para las obligaciones: *ex contractu o quasi ex contractu; ex maleficio o quasi ex maleficio*.

El Derecho romano ha reconocido fuerza obligatoria a otras convenciones que no figuran en el número de los contratos nominados; unas han sido sancionadas por el *Ius*

Civile, bajo la influencia de los jurisconsultos, otras por el Derecho pretoriano y otras por las constituciones imperiales.

a) *Ius Civile*:

- Fue admitido hacia fines de la República el simple pacto que unido a un contrato que se relaciona con él de una manera íntima, le prestó en ciertos casos un carácter obligatorio y produjo una obligación sancionada por la acción misma del contrato. Estos contratos se llamaban *pacta adjecta*.
- Bajo el Imperio ciertos jurisconsultos estuvieron de acuerdo en que, si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas había sido ejecutada por una de las partes, llegaba a ser civilmente obligatoria. Esta opinión acabó por triunfar y las convenciones así sancionadas han recibido de los comentaristas el nombre de contratos innominados.

b) *Derecho pretoriano*:

Por su parte, el pretor proveyó de acciones ciertas convenciones, tales como el *pacto de constituto*, el *pacto de juramento* y el *pacto de hipoteca*, que se distingue de todos los demás en que está sancionado por una acción *in rem*, la acción hipotecaria.

c) *Constituciones imperiales*:

En el Bajo Imperio, las constituciones sancionaron la convención de dar entre vivos y la que tenía por objeto la constitución de una dote. Se las llamó pactos legítimos. Así el número de convenciones sancionadas se ha encontrado en el último estado del Derecho romano aumentado, pero con cierto límite. Se podía hacer obligatoria una convención cualquiera revistiéndola de las formas de la estipulación. Pero por sí mismo el simple pacto, el acuerdo de las partes que no entra en una de las categorías precedentes, no ha bastado jamás para producir la obligación civil. Este sistema tenía la ventaja de hacer más cierto el consentimiento de las partes, obligándolas a expresarlo en la forma de una estipulación.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ROMANO

Puede definirse el contrato en Roma como una convención generadora de obligaciones que tiene por nombre propio y está amparado por una acción.

Se consideró al contrato como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, amparado por una acción y destinado a crear obligaciones.

En Roma no todo acuerdo de voluntades era contrato, sino solo cuando había acción para exigir su cumplimiento. De ahí que mientras hoy se puede dar un concepto de contrato y todo acuerdo de voluntades que se enmarque en él es un contrato, en Roma era diferente. Los romanos dieron una lista de contratos. No había más, solo ellos estaban amparados por acciones. Los simples acuerdo de voluntades los romanos los llamaban *pactum*.

En realidad todo contrato lleva envuelto un pacto, si no hay acuerdo de voluntades no hay contrato, pero el simple acuerdo no estaba protegido por acciones; para que este acuerdo se transforme en contrato y esté amparado por acciones se requiere de una causa civilis, que consiste en el empleo de una forma solemne o bien de la entrega de una cosa.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Hay diversos criterios para clasificar los contratos, según se atiende al modo como se perfeccionan; al hecho de que obliguen a una sola de las partes contratantes o a ambas, o a su forma de protección:

A) Según Gayo la clasificación de los contratos es:

- 1) **Contratos reales:** (la cosa *re*) son los que se perfeccionan mediante la *datio* de la cosa, es decir, que si interpretamos la palabra *datio* en sentido estricto, mediante la transmisión de la propiedad, en cambio si la interpretamos en sentido amplio, mediante la simple entrega de la cosa mutuo, comodato, depósito y prenda.
- 2) **Contratos verbales:** (*verbi*) son los que se perfeccionan pronunciando palabras determinadas (*stipulatio*). Los *verbis* obligaban por el solo hecho de haberse pronunciado las palabras solemnes. Eran actos formales y abstractos, no requerían de causa.
- 3) **Contratos literales:** (*litteris*) contratos literales. Son los que se perfeccionan por medio de la escritura (*Transcriptio*). Los *litteris* se perfeccionaban por la escritura, verificándose las anotaciones con ciertas características en los libros de contabilidad que llevaban los romanos, en el *Codex Accepti et Expensi*, producían obligaciones.
- 4) **Contratos consensuales:** (*consensu*) son los que se perfeccionan por el mero consentimiento compraventa, arrendamiento (*locatio*), el mandato y la sociedad. Los *reales* obligaban por la entrega de la cosa. Así el mutuo o préstamo de consumo nace en el momento que se entrega la cosa al mutuario; el comodato o préstamo de uso nace también con la entrega de la cosa al comodatario; el depósito, al entregarse al depositario la cosa objeto del contrato y la prenda, al constituirse. Según el tipo de acciones que los protegen, los contratos podían ser de estricto derecho o de buena fe.

Los primeros obligan solo a tenor de lo pactado y estaban protegidos por acciones de estricto derecho. Los otros obligan a lo que haría una persona de buena fe en idéntica situación y estaban protegidos por acciones de buena fe.

La cuatripartición gayana de los contratos es defectuosa, porque coloca en situación de igualdad relaciones contractuales muy distintas. De esta forma, sitúa la estipulación, que constituye una fórmula general que sirvió a los juristas para elaborar la doctrina general del contrato, en igualdad con el contrato literal, que tuvo una aplicación muy limitada y fue de breve duración. En los contratos reales, olvida el depósito y la fiducia, así como otros negocios del tipo de la permuta. Por ello, la clasificación es incompleta al no comprender importantes relaciones contractuales, tanto las ya extinguidas como las vigentes en su tiempo.

B) Contratos unilaterales y bilaterales

- 1) **Contratos unilaterales:** Son aquellos que solo generan obligaciones a cargo de una de las partes. (Ejemplo: El Mutuo o préstamo de consumo), que crea la obligación de devolver la misma cantidad recibida (dinero o cosa fungible).
- 2) **Contratos bilaterales:** son los que generan obligaciones a cargo de dos partes. Pueden ser:

- *Perfectos*: cuando siempre surgen obligaciones a cargo de las dos partes. (Ejemplo: La compraventa).
- *Imperfectos*: cuando siempre surgen obligaciones a cargo de una de las partes y, eventualmente, también a cargo de la otra. (Ejemplo: el comodato; siempre surgen obligaciones a cargo del comodatario (restituir la cosa que recibió en préstamo de uso y responder de los daños que haya podido sufrir) y solo eventualmente a cargo del comodante (pagar los gastos necesarios para la conservación de la cosa que hubiera hecho el comodatario).

Los contratos son unilaterales o bilaterales en función de las obligaciones que generen a las partes, distinguiéndolos de los negocios jurídicos unilaterales o bilaterales que lo son según requieran para su nacimiento a la vida la existencia de una parte o de las dos partes.

C) Contratos de derecho estricto o de buena fe:

Según estén protegidos respectivamente por iudicia stricti iuris o bona fidei iudicia.

Es la cláusula *ex fide bona*, propia de estos últimos la que va a dar al juez una gran libertad de apreciación, al tener en cuenta el criterio de la lealtad en las convenciones (*bona fides*). El criterio de la buena fe sigue jugando un papel fundamental en el Derecho moderno de los contratos. B) Contratos unilaterales y bilaterales:

5. ELEMENTOS GENERALES DEL CONTRATO

En el Derecho romano no existió una teoría general sobre el contrato, como tampoco la hubo del negocio jurídico; ello se explica porque el contrato es una variedad del negocio jurídico. En todo caso, el estudio doctrinal que se hace de los elementos constitutivos del contrato: Consentimiento, capacidad, objeto y causa; era una construcción moderna que se basa sobre ligeros atisbos y la casuística jurisprudencial provenientes de Roma y que pueden ser ubicados en los textos del *corpus iuris*.

5.1. Del consentimiento

Es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado, es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato.

Para que haya contrato es preciso que haya acuerdo, que el consentimiento emane de todas las partes contratantes. Nadie se obliga por su sola voluntad. El ofrecimiento hecho por el que consiente en contratar una obligación no le afecta de ninguna manera, mientras no haya acuerdo de voluntades. Es una simple *pollicitation*, promesa hecha, pero no aceptada aún, que no engendra ninguna obligación.

Es preciso además, que el consentimiento sea real. No se sabría si hay consentimiento de parte de una persona que no tiene voluntad: así, el loco, el infante, no pueden contratar. No hay tampoco consentimiento cuando las partes han cometido un error tal que en realidad no están de acuerdo sobre la obligación que han querido contratar.

Los romanos consideraron con razón que el error era exclusivo del consentimiento en los casos siguientes:

- Cuando las partes se engañan sobre la naturaleza del contrato.
- Cuando las partes no se entienden sobre el objeto mismo del contrato.

Estos principios son verdaderos sea el contrato de buena fe o de derecho estricto. Pero suele suceder que, estando de acuerdo las dos partes sobre el objeto, una de ellas se engañe sobre la sustancia; es decir, sobre las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza propia de una cosa y la distinguen de las cosas de especies diferentes. Así, hay error *in substantia*, cuando se toma un lingote de cobre por uno de oro o vinagre por vino; pero no si el oro que se creía puro contiene una aleación o si el vino es de calidad inferior. Este error no impide que las partes estén de acuerdo y el contrato es válido.

Esta solución en los contratos de Derecho estricto, era sostenida por Marcelo aun en la venta, aunque fuese contraria a la equidad y aunque la venta fuese un contrato de buena fe. Pero Ulpiano, en interés del comprador, consideraba por el contrario el error sobre la substancia como exclusivo del consentimiento y declaraba la venta nula. En cuanto al error que no afecta sino a cualidades accesorias del objeto; no tiene influencia sobre la validez del contrato.

Cuando existe consentimiento, este también puede ser afectado por ciertos vicios que son el dolo y la violencia. El *Iuris Civile*, no los considera como obstáculo a la validez del contrato.

a) *Del dolo:*

Se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico. En materia de contrato, es preciso distinguir si esos manejos vienen de una de las partes o de un tercero:

- Cuando se ha formado un contrato bajo el imperio del dolo por una de las partes, el Derecho civil le considera como válido. La persona que ha sido engañada habría, sin duda, discernido el dolo con un poco más de diligencia. Su consentimiento está viciado, pero existe; por consiguiente, se halla ligada por el contrato. Pero sería inicuo permitir que fuese lesionada por el fraude. Por eso en los contratos de buena fe, en que todo debe regularse según la equidad, la acción misma del contrato le suministra el medio de escapar de las consecuencias del dolo de su adversario. Le bastaba hacer una prueba de ello ante los árbitros para evitar, si estaba demandada, el perjuicio de que se hallaba amenazada o para obtener por sí misma la acción, la reparación del perjuicio sufrido. Pero en los contratos de derecho estricto el Derecho civil no ofrecía ningún recurso para escapar de los inconvenientes del dolo. Desde que las formalidades requeridas habían sido llevadas a cabo, daban la medida exacta de la obligación nacida del contrato y el juez de la *conditio* no podía aportar ningún medio de conciliación por razón del dolo.
- Si el dolo emana de un tercero, la parte que ha sido engañada no puede prevalerse de ello con respecto a la otra parte, aun cuando el contrato sea de buena fe. Puede solamente ejercitar la acción de dolo contra el autor del dolo, para obtener daños y perjuicio.

b) *De la violencia*

La violencia (*vis ac metus*), consiste en actos de fuerza material o moral, que de ordinario hacen impresión en una persona razonable y que inspiran a la que es objeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar su consentimiento. Lo mismo que el dolo no impide que el contrato sea civilmente válido, porque el acuerdo

de las partes existe. La persona que ha cedido por temor podía elegir entre dos partidos; soportar la violencia o consentir en el acto que se le ha querido imponer. Ha consentido por temor pero ha consentido. Está pues, obligada por el contrato. La situación era la misma que si hubiese habido dolo. La parte víctima de la violencia, suficientemente protegida en los contratos de buena fe, quedaba indefensa en los contratos de derecho estricto. Por eso el pretor creó contra la violencia recursos análogos contra el dolo, una acción *metus causa*, por último la *in integrum restitutio*.

5.2. De la capacidad de las partes

Para que un contrato sea válido es preciso que esté hecho entre personas capaces. No debe confundirse la incapacidad con la imposibilidad de consentir. El loco y el infante no pueden contratar, porque no tienen voluntad y porque no pueden consentir. Los incapaces por el contrario gozan de su libre albedrío y pueden manifestar seriamente su voluntad, pero el *iuris civile*, anula su consentimiento. La capacidad es pues la regla, la incapacidad la excepción. Hay incapacidades especiales en ciertos contratos, unas alcanzan a las personas libres y tienen por causa lo más frecuente, la protección del incapaz, son las que derivan de la falta de edad, de la prodigalidad y del sexo, las otras se refieren a los esclavos.

5.3. Del objeto

El contrato formado por el acuerdo de personas capaces, debe aún, para ser válido tener un objeto que reúna ciertos caracteres. En principio el objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones. El objeto de la obligación consiste esencialmente en un hecho del deudor y este para ser válido debe reunir ciertas condiciones:

- Debe ser posible.
- Debe ser lícito.
- Debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.
- Debe ser suficientemente determinado.

5.4. De la causa en las obligaciones contractuales

En materia de obligaciones, los jurisconsultos romanos emplean la palabra causa en acepciones muy diversas. *Causa* sirve para expresar el motivo jurídico del consentimiento del que se obliga. La causa se admitía necesariamente en los contratos que no estando sometidos para ser válidos a formalidades artificiales, llevan por decirlo así su causa en sí mismos y deben ser nulos cuando la causa falta. Tales son:

- a) Los contratos sinalagmáticos perfectos, en que la obligación de una parte contratante sirve de causa a la obligación de la otra; si una no puede originarse, es claro que el contrato es nulo.
- b) Los contratos que se forman *re*, porque la obligación del deudor tiene por causa la entrega que el acreedor le ha hecho de cierta cosa. Si esta entrega no ha tenido lugar, el contrato no ha de formarse.
- c) El mandato, que no existe sin causa lícita.
- d) Los contratos innominados. La prestación hecha por una de las partes sirve de causa a la obligación de la otra parte; si esta prestación no ha sido efectuada, no hay contrato.

6. LOS CONTRATOS REALES

Contratos reales son los que se perfeccionan con la *datio* de la cosa. Ahora bien, la propia ambigüedad de la palabra *datio* es la que determina la diversa configuración de esta categoría. Así, si entendemos *datio* en un sentido estricto como transmisión de la propiedad, contratos reales serán solo aquellos que para su perfección requieran la transmisión de la propiedad de la cosa; es decir, sería solamente el *mutuo*. En cambio, si entendemos el término *datio* en un sentido amplio, como entrega de la cosa, entonces contratos reales lo serán también el *comodato*, el *depósito* y la *prenda*.

En la compilación justiniana se consideran contratos reales tanto el *mutuo*, que transmite la propiedad de las cosas mutuadas, como la *prenda*, que solo transmite la posesión (interdictal) y el *comodato* y el *depósito* que no transmiten más que una mera posesión natural (detentación). *Gayo* en sus *Instituciones* solo habla del *mutuo*, pero a modo de ejemplo.

6.1. Mutuo

El *mutuo* es un contrato real, unilateral y de Derecho estricto por estar protegido por una *actio*, en virtud del cual una persona (*mutuante*) entrega a otra (*mutuario*) una cantidad de dinero u otras cosas fungibles, asumiendo el mutuario la obligación de restituir al mutuante la misma cantidad de cosas de igual género y calidad.

• Caracteres:

- a) El mutuo es un contrato real, ya que se perfecciona con la *datio* de la cosa. La *datio* produce el efecto de transmitir la propiedad de las cosas dadas en mutuo. Otra cosa no sería posible, ya que la función económico-social de este contrato es la de ser un préstamo de consumo o de cosas consumibles.
- b) El mutuo es un contrato unilateral: la única obligación que produce es a cargo del mutuario, la de devolver al término del contrato la cantidad recibida en préstamo.
- c) El mutuo es un contrato de derecho estricto, ya que está protegido por la *actio certae creditae pecuniae (condictio)*, que es una acción *stricti iuris* (el juez solo comprueba si se cumplió). El mutuo es gratuito, el mutuario solo está obligado a devolver la cantidad prestada. La gratuidad deriva de la dación, que solo obliga a restituir lo entregado; de aquí deriva la estructura rigurosa de la fórmula de la *condictio*.

• Elementos:

- a) *Elementos personales* de este contrato son:
 1. El *mutuante* (persona que entrega dinero o cosas fungibles en préstamo).
 2. El *mutuario* (persona que recibe ese préstamo de consumo).

Para que pase la propiedad de las cosas dadas en mutuo es necesario que el tradente tenga tanto capacidad, como poder de disposición. La mujer tiene capacidad para dar cosas en mutuo, aún sin la *auctoritas* del tutor. En cambio, el pupilo sin la *Auctoritas Tutoris* no transmite la propiedad. Ahora bien, si el mutuario consume el dinero de buena fe se considera que ha adquirido la propiedad y procede, por tanto, la *condictio*.

Además el mutuante tiene que ser propietario de las cosas dadas en mutuo o tener la *potestas alienandi*. No es en cambio necesario que sea el propio mutuante el que realice la *traditio*, así cabe que un tercero deudor del mutuante sea el que realice la entrega al mutuario.

El Senadoconsulto *macedoniano*, de la época de Vespasiano, prohibía dar dinero en mutuo a los hijos de familia.

- b) *Elementos reales* del mutuo están constituidos por el dinero o cosas fungibles, dadas en mutuo, cuya propiedad pasa al mutuuario con la *datio*.
- c) *Elementos formales* no se puede hablar en el mutuo ya que la *datio* no tiene tal consideración.
- Obligaciones y acciones:

El mutuo se perfecciona con la *datio* de la cosa y hace surgir la obligación en el mutuuario de devolver la misma cantidad y calidad de cosa fungible, que la recibida. Para hacer efectiva esta obligación el mutuante dispone de la *actio certae creditae pecuniae (condictio)* contra el *mutuario*. Es esta una acción de derecho estricto, que no permite incluir la devolución de intereses.

Naturalmente en Roma, como hoy, no era fácil encontrar a alguien que estuviera dispuesto a prestar sin interés: lo más corriente era utilizar un contrato *híbridore et verbis* (cosa y palabras); la entrega del dinero o cosa fungible al prestatario provocaba la transmisión de la propiedad y generaba la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; luego, además, se realizaba una *stipulatio*, que tenía por objeto la devolución de los intereses. De este modo se lograba dar cauce jurídico a la finalidad económico-social del préstamo con interés. La tasa legal del interés en el Derecho clásico es la del 12% anual. Justiniano rebajó esta tasa al 6%.

Foenus Nauticum:

En una estipulación independiente, las partes pueden acordar el pago de interés o precio por el uso del dinero (*usura*). Este convenio o pacto general requiere una *exceptio*, para oponerse a la reclamación cobro indebido de los intereses ya pagados. El *mutuo* con interés (*foenus*) solía pactarse en una estipulación única, que comprendía el capital a devolver (*sors*) y los intereses (*usurae*).

Foenus Nauticum es, por tanto, un préstamo marítimo. Aquí se presta dinero para la compra de mercancías, que luego se van a transportar a otro lugar. El riesgo es a cargo del prestamista, de modo que el prestatario solo estará obligado a la devolución del préstamo en el caso de que el barco llegue al punto de destino.

La función económico-social de este negocio es, por tanto, la de constituir un seguro marítimo. A cambio, se suelen estipular intereses muy altos, no rigiendo, por tanto, la limitación del 12% en atención al riesgo que soporta el capitalista.

6.2. Comodato

El *comodato* es un contrato real, bilateral imperfecto, de buena fe y gratuito, en virtud del cual una persona (*comodante*) entrega a otra (*comodatario*), una cosa (normalmente mueble y no fungible -inconsumible-) para que este la use gratuitamente (*commodum*) y la restituya al cabo de un cierto tiempo.

- Caracteres:
 - a) El comodato es un contrato real pues se perfecciona por la entrega de la cosa el comodante no recibe ni la posesión y la propiedad de la cosa, sino solo la detentación.
 - b) Es además, un contrato bilateral imperfecto, pues hace surgir siempre obligaciones a cargo de una de las partes, el comodatario (las obligaciones de

custodia y restitución de la cosa) y solo eventualmente, obligaciones a cargo del comodante (la obligación de resarcir los gastos que el comodatario haya realizado para la conservación de la cosa).

- c) Es un contrato de buena fe, pues está protegido por una acción de buena fe (o al menos parece que los juristas la trataron como tal). (*Ex fide bona*)
- d) El comodato es esencialmente un contrato gratuito, ya que desde su origen se basa fundamentalmente en relaciones de amistad.

• Elementos:

1. *Elementos personales* son el comodante (persona que entrega la cosa en préstamo de uso) y el comodatario (persona que recibe la cosa para usarla).
2. Elementos reales pueden darse en comodato, lo mismo las cosas muebles que inmuebles. El caso más frecuente es el de las cosas muebles no fungibles, dado que la función económico-social de este contrato es la de ser un préstamo de uso. No obstante, con carácter excepcional pueden darse en comodato también cosas fungibles: tal es el caso en que se prestan a un banquero monedas para que las exhiba, durante un cierto tiempo y luego restituya esas mismas monedas.
3. *Elementos formales*: este contrato no requiere forma alguna, ya que la entrega de la cosa no puede considerarse como tal requisito.

• Obligaciones y acciones:

El comodatario tiene la obligación de usar la cosa debidamente, es decir, tal como se convino: (Ej.: si se le prestó un caballo para pasear y él lo lleva a la guerra comete un *furtum usus*).

El comodatario responde por custodia de la cosa, que incluye toda pérdida o deterioro de la cosa que no sea debida a fuerza mayor; este es el régimen del Derecho clásico. En cambio, en el Derecho justiniano se exonera de responsabilidad al comodatario, cuando demuestre que empleó la debida diligencia en la conservación de la cosa.

El comodatario tiene la obligación de restituir la cosa, con todos sus accesorios y los frutos que entren en el uso concedido. Cuando no se ha fijado una duración, el comodante o sus herederos pueden revocarlo sin más límite que el de un *exceptio doli*, si puede apreciarse dolo en una reclamación extemporánea, cuando expire el plazo para el que fue prestado, o cuando no se haya pactado plazo alguno, cuando se la pida el comodante.

El comodatario tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios que hubiera realizado en la cosa para su conservación. Para el reembolso de sus gastos el comodatario dispone de un *iudicium contrarium* frente al comodante.

Si el comodatario debe asumir los gastos normales de la cosa, realiza gastos extraordinarios, dispone de la *Actio negotiorum gestorum contraria* y para los daños que el comodante le cause deliberadamente ejerce la *actio doli*.

Para hacer efectivas estas obligaciones (para reclamar la cosa prestada) asisten al comodante una *actio in factum* (la *actio commodati* que fue la primera que surgió históricamente) o una *actio in ius*, que fue tratada por los juristas clásicos como un *iudicium Bonae Fidei*, en la que el juez tiene la facultad de apreciación.

El comodatario es un mero poseedor natural. Por tanto, no dispone de los interdictos posesorios, que siguen correspondiendo al comodante.

6.3. Depósito

El *depósito* es un contrato real, bilateral imperfecto de buena fe y de carácter gratuito en virtud del cual una persona (*depositante*) entrega a otra (*depositario*) una cosa mueble para que la custodie durante un cierto tiempo.

- Caracteres:
 - a) El depósito es un contrato real, pues se perfecciona con la entrega de la cosa.
 - b) El depósito es un contrato bilateral imperfecto, pues de él surgen siempre obligaciones a cargo del depositario (la de guardar la cosa y restituirla cuando se la pida el depositante) y, solo eventualmente, a cargo del depositante (la obligación de resarcir al depositario los gastos necesarios que este hubiera hecho para la conservación de la cosa).
 - c) El depósito es un contrato de buena fe, pues la acción que lo protege, la *actio depositi* tiene ese carácter.
 - d) El depósito es un contrato gratuito, dada su función económico-social; si se pacta una retribución deja de ser depósito y pasa a ser un arrendamiento, en derecho justinianeo se permite el pago de una modesta gratificación.
- Elementos:
 - a) *Elementos personales* son el depositante (persona que confía la cosa a otra para que la guarde) y el depositario (el que recibe la cosa con la obligación de custodiársela).
 - b) *Elementos reales* en depósito solo se pueden dar las cosas muebles, y normalmente se tratará de cosas no fungibles. Ahora bien, atendiendo al tipo de cosas que se dan en depósito, se pueden distinguir las siguientes figuras especiales:
 - *Depósito irregular*: Es el depósito de dinero o cosas fungibles no determinadas; aquí el depositario adquiere la propiedad de las mismas, obligándose a restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Utilizado en los negocios de los banqueros. Se discute hasta qué punto conoció el Derecho clásico esta figura contractual, ya que se consideraba diferente al mutuo y más favorable que este, en cuanto el carácter de buena fe de la acción permitía reclamar los intereses, aunque no se hubieran pactado.
 - *Secuestro*: Cuando se deposita una cosa litigiosa en manos de un tercero para que la restituya al que resulte vencedor del correspondiente proceso, estamos ante un depósito especial que se llama *secuestro*. El secuestrario, no es un simple detentador como el depositario sino que es un poseedor y como tal está protegido por los interdictos.

La explicación de esta posesión interdictal anómala no es dogmática, sino puramente histórica: sus raíces hay que ir a buscarlas en el régimen de la *actio sacramenta in rem* (en la que se confería la cosa interinamente a una persona hasta que se resolviera el litigio).

La restitución no se realiza a petición de los depositantes, sino solo cuando se cumple la condición impuesta o se realiza la circunstancia prevista en el contrato.

Contra el secuestrario el pretor concede una *actio in factum* especial, llamada *Actio Sequestraria*.

- Depósito necesario: (*miserable*) es el que versa sobre cosas depositadas en un estado de necesidad o calamidad pública provocado por una catástrofe (incendio, naufragio, tumulto, etc.). Este depósito presenta la particularidad de que su acción va dirigida a obtener el doble del valor de la cosa depositada; *actio in duplum* contra el depositario que se niega a restituir. La responsabilidad del depositario resulta gravada en esta circunstancia extraordinaria en que no era posible elegir libremente a quién confiar las cosas en peligro.
- c) Elementos formales: el contrato de depósito no tiene elementos formales, ya que la *datio* de la cosa no tiene tal consideración.

- *Obligaciones y acciones:*

El depositario tiene la obligación de custodiar la cosa, sin usarla y de restituirla cuando lo pida el depositante. La restitución procede siempre que lo pida el depositante, que puede cambiar de opinión. Se debe restituir la cosa con todos sus accesorios y todo lo que haya producido durante el depósito.

A diferencia del comodato, en que el comodatario responde por culpa y dolo, el depositario solo responde por dolo. La razón de la diversidad estriba en el principio de utilidad: el depósito se establece en beneficio exclusivo del depositante, en tanto que el contrato de comodato proporciona una utilidad exclusivamente al comodatario; de ahí que resulte gravada su responsabilidad. En caso de necesidad o que se haya convenido expresamente o cuando el depositario se hubiese ofrecido espontáneamente para la custodia, o cuando el depósito se hace exclusivamente en su interés, responde por culpa y por dolo.

Al ser el depósito un contrato bilateral imperfecto, solo se da una obligación eventual para el depositante: la de resarcir los gastos necesarios que para la conservación de la cosa hubiera realizado el depositario.

Para reclamar el cumplimiento de las obligaciones del depositario, el depositante tiene una fórmula *in ius*, que contiene la cláusula *ex fide bona*, y otra *in factum*. En cambio, el depositario tiene un *iudicium contrarium* para reclamar los gastos necesarios que hubiera hecho para la conservación de la cosa.

6.4. Prenda

La *prenda* es un contrato real, bilateral imperfecto, en virtud del cual una persona, el deudor pignoraticio (pignorante), entrega a otra, el acreedor pignoraticio, una cosa en garantía de una obligación; quedando obligado el acreedor a devolverla cuando le sea satisfecho su crédito. El contrato de prenda da nacimiento a un Derecho real de prenda y bajo este aspecto ha sido ya estudiado en los Derechos reales.

- Caracteres:
 - a) *La prenda* es un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa.
 - b) *La prenda* es un contrato bilateral imperfecto, ya que en ella se dan siempre obligaciones a cargo de una de las partes (el acreedor pignoraticio, que tiene la obligación de restituir la cosa, una vez le ha sido satisfecho su crédito) y solo eventualmente, a cargo del pignorante (por ejemplo, la obligación de reembolsar al acreedor pignoraticio los gastos necesarios que este hubiera realizado para la conservación de la cosa).
 - c) *Se discute* si el contrato de prenda es o no un contrato de buena fe. La opinión dominante se inclina por una respuesta negativa, ya que, al parecer, la *actio pignoratitia* no contenía la cláusula *ex fide bona*.

- *Elementos:*
 - a) *Elementos personales* lo son el pignorante o deudor pignoraticio y el acreedor pignoraticio, que es el que recibe la cosa en garantía del cumplimiento de la obligación.
 - b) *Elementos reales* pueden darse en prenda todo tipo de cosas, incluso los inmuebles, ya que en Derecho romano (a diferencia del germánico) lo que distingue la prenda de la hipoteca no es el que recaiga sobre una cosa mueble o inmueble respectivamente, sino el hecho de que haya o no traspaso de la posesión.
 - c) *Elementos formales* la prenda no tiene elementos formales.

Obligaciones y acciones:

La obligación fundamental del acreedor es la de restituir la cosa al pignorante, una vez que este le haya satisfecho su crédito. En el caso de que el deudor pignoraticio no pague y el acreedor venda la cosa dada en prenda, está obligado este último a reembolsar al primero lo que haya sobrado de la venta tras cobrarse el importe de su crédito y los intereses. Para reclamar la devolución de la cosa o el *Superfluum*, corresponde al pignorante *una actio in factum*, la *actio pignoraticia in personam*, en tanto que el acreedor pignoraticio dispone eventualmente de un *iudicium contrarium*.

El acreedor pignoraticio responde por *custodia* de la cosa (dolo y culpa), siguiendo el principio de utilidad.

7. CONTRATOS FORMALES

Bajo la rúbrica *contratos formales* incluimos los que en la clasificación de Gayo aparecen como *contratos verbales* y *contratos literales*:

7.1. Contratos verbales

Son aquellos que se perfeccionan pronunciando palabras determinadas. Consideramos dentro de ellos:

La *stipulatio*: Es un contrato formal y abstracto, unilateral y de derecho estricto, en virtud del cual una persona llamada promitente (*promissor*) promete oralmente la realización de una prestación a otra persona, llamada estipulante (*stipulator*), que acepta. La *sponsio* en su estructura primitiva se presenta como un negocio solemne de carácter promisorio, integrado por una pregunta y una respuesta (*interrogatio-responsio*). La estipulación como acto abstracto que se adaptaba a los diversos negocios del tráfico comercial, se considera como una de las más logradas creaciones del genio jurídico romano. Es el paradigma de la doctrina general del contrato y de la obligación y refleja, como ninguna otra institución la evolución jurídica romana de las XII Tablas a Justiniano. La *stipulatio* es una institución *iuris gentium*, que pueden utilizar romanos y peregrinos, lo que tiene importantes efectos respecto a la estructura y alcance del negocio. La *stipulatio* presenta una evolución histórica en la que el formalismo se atenúa para dar paso a formas más abiertas y flexibles.

La estipulación presenta la misma estructura que la *sponsio*, se considera como *conceptio verborum* y como acto abstracto, y ambas figuras se funden en la categoría

de la *obligatio verbis*. La estipulación se reconoció probablemente en la jurisdicción del pretor peregrino y con posterioridad fue sancionada en el Derecho civil.

• **Caracteres:**

- a) La *stipulatio* es un contrato formal o solemne, ya que requiere para su validez determinados requisitos formales, entre los cuales el más importante es la forma oral, por lo que no lo puede hacer, el sordo, el mudo ni el *infans*.
- b) La *stipulatio* es un contrato abstracto, desconectado por tanto de su causa o finalidad económico-social. Este rasgo es singularmente importante, dada la limitación que supone la rígida tipicidad del sistema contractual romano. En efecto, la *stipulatio* puede servir para recubrir de forma jurídica las más variadas convenciones que, de este modo, quedan dotadas de acción.
- c) La *stipulatio* es un contrato unilateral, ya que solo hace surgir obligaciones a cargo de una de las partes, promitente.
- d) La *stipulatio* es un contrato de Derecho estricto, ya que hace surgir en favor del estipulante la *actio certae creditae pecuniae (condictio)*, que es el prototipo de los *iudiciae stricti iuris*.

• **Elementos:**

1. *Elementos personales:* en la *stipulatio* intervienen dos partes: *el promitente*, que es la persona que promete realizar una determinada prestación y *el estipulante*, que es la persona que acepta.
2. *Elementos reales:* en un principio la *stipulatio* solo podía recaer sobre una prestación determinada (*certum*). Se entendía por tal, tanto una cosa o cosas concretas como una cantidad cierta de dinero o cosas fungibles de determinada calidad. Pero muy pronto se admitió, para satisfacer las más variadas necesidades económico-sociales, que la *stipulatio* pudiera versar sobre cosa no determinada, pero determinable, sobre cosa futura o, en general, sobre cualquier acción u omisión (por ejemplo sobre la constitución de un usufructo).
3. *Elementos formales:* la *stipulatio* requiere de una forma oral, la *sponsio*, así llamada por consistir en una pregunta: *¿Spondes? ¿Prometes?* a la que sigue como respuesta: *Spondeo: "lo prometo"* que es propia del viejo *Ius Civile* y como tal, accesible solo a ciudadanos romanos. En cambio, todas las demás formas como por ejemplo *¿promittis? promitto ¿prometes?* «lo prometo», son ya del *Ius gentium* y como tales accesibles a los extranjeros.

Los requisitos de la *stipulatio* son:

- 1) Oralidad: ambas partes deben pronunciar las palabras solemnes.
- 2) La presencia simultánea de las partes;
- 3) La unidad de acto (a la pregunta debe de seguir inmediatamente la respuesta)
- 4) La congruencia y perfecta correspondencia entre pregunta y respuesta (obviamente hay que contestar a lo que se pregunta y no cosa distinta).

• **Obligaciones y acciones:**

De la *stipulatio* surge la obligación del promitente de realizar la prestación, la cual como hemos visto, puede ser de lo más variado: puede recaer tanto sobre un *certum*

como sobre un *incertum*. El tipo de acción es distinto según se trate de un *certum* o de un *incertum*.

Si se trata de dinero, la acción que nace es la *actio certae creditae pecuniae*; si se trata de una cosa concreta la *condictio certae rei*; si se trata de cosa fungible la *condictio triticaria* y, en fin, si la *stipulatio* recae sobre un *incertum*, entonces la acción es la *Actio incerta ex stipulatu*. El problema central en la formación de la estipulación es el del carácter de la *stipulatio incerti* y su dudoso encuadre entre los juicios de buena fe o entre los de derecho estricto. La *Lex de Gallia cisalpina*, 20, del siglo I a.C. que en el caso de estipulación ficticia en materia de *damno infecto*, y con referencia a un *incertum*, concede una acción dirigida a obtener *quidquid dare facere oportere ex fide bona*. Según este importante testimonio, la *stipulatio incerti*, por tanto, daría lugar a un juicio de buena fe. Ahora bien, existen otros testimonios textuales no menos importantes que están en contradicción con esta consecuencia. Cicerón en su relación de los *Bonae Fidei Iudicia* no incluye entre estos juicios una acción derivada de estipulación, y, por el contrario, considera la estipulación, junto con la *datio* y la *expensilatio*, como una de las causas en las que puede fundarse la *Actio certae creditae pecuniae*, que es la acción del *creditum*, acción civil y de derecho estricto.

La fórmula de esta acción tiene un carácter muy peculiar ya que al ir dirigida a un *incertum*, su *intentio*, por fuerza, tiene que ser *incerta*, concediendo por tanto un mayor margen al arbitrio del juez, que puede conceder la *actio doli* para apreciar la buena o mala fe.

7.2. Contratos literales

Es un contrato formal y abstracto, unilateral y de Derecho estricto, en virtud del cual una persona (*cives*), queda obligada frente a otra, mediante la anotación que esta segunda hace en su libro de entradas y salidas (*codex accepti et expensi*), de una cantidad como si le hubiera sido entregada por la primera y de ahí surge la obligación de devolverla.

La inscripción no originaba obligaciones, eran medios de prueba para acreditar los contratos, pero el contrato literal surgía verificando dos anotaciones: una hecha como entrada, por la cual se declaraba cancelada por pago una obligación anterior.

Este juego daba lugar a la *transcriptium*: se transforma una obligación existente en otra abstracta, bien a cargo del mismo deudor o de otro.

Por ejemplo: Ticio debe a Sempronio 100, y quiere transformar esa obligación en otra. Sempronio hace una doble inscripción:

1º Acepto de Ticio 100 por venta.....	ENTRADAS
2º Salen para Ticio 100.....	SALIDA

De ahí surge la obligación de Ticio de devolver. La finalidad y ventaja es la de transformar una obligación preexistente sin protección, en otra abstracta que goza de protección (*Actio Certi*) y una *condictio*.

Estas partidas contables hacían nacer obligaciones, mediante la sustitución de una obligación anterior (Ejemplo: precio de una casa comprada) por la nueva obligación que derivaba de la anotación contable. Con ello, se produce una novación, es decir, la extinción de una obligación anterior y su sustitución por otra nueva. La transcripción podía ser de dos clases:

- a) *De la cosa a la persona*: se apunta como entregado en préstamo lo que realmente me debes como precio, renta o aportación como socio. La cantidad debida sigue siendo la misma, pero ahora se debe por la transcripción.
- b) *De persona a persona*: Cayo deudor de Ticio delega en Mario el pago de la deuda. Ticio anota en el libro de *entradas* como si hubiera recibido la cantidad a Cayo y luego en el de *salidas* la entrega de la cantidad a Mario, que se obliga así en lugar de Cayo.

8. CONTRATOS CONSENSUALES

8.1. Compraventa

La *compraventa* es un contrato consensual, bilateral perfecto de buena fe, en virtud del cual una de las partes, llamada vendedor, se obliga a entregar una cosa a otra, comprador, y a garantizarle su pacífica posesión y disfrute, a cambio de un precio cierto en dinero.

- *Caracteres*:
 - a) La compraventa es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento, sin que se requiera ni forma oral o escrita, ni la *datio rei*.
 - b) La compraventa es un contrato bilateral perfecto ya que hace surgir obligaciones con cargo de las dos partes: en el vendedor la obligación de entregar la cosa vendida y de garantizar su pacífica posesión y disfrute y en el comprador la obligación de transmitir la propiedad de una cantidad de dinero, llamado precio.
 - c) La compraventa es un contrato de buena fe. Surgido en las relaciones comerciales con extranjeros, el contrato de compraventa ofrece la flexibilidad, que le otorga la inclusión en la fórmula de la cláusula *ex fide bona*, que concede un gran margen al arbitrio judicial.
 - d) La compraventa es, además, un contrato obligacional es decir, que no crea derechos reales, sino que hace surgir obligaciones a cargo de las partes. Basta con que haya acuerdo sobre cosa y precio, aunque no se hayan entregado para que ya se considere perfecta la compraventa. La mera compraventa no transfiere la propiedad, aunque el vendedor sea propietario.
- *Elementos*:
 - a) Elementos personales de compraventa son: el vendedor y el comprador.
 - b) Elementos reales son: la cosa y el precio

El objeto de la compraventa es muy variado: La única limitación clara es la que debe de tratarse de cosas comerciales (*res intra commercium*). De lo contrario la compraventa es nula. Lo mismo sucede si se trata de un objeto que ha perecido ya.

Pueden ser objeto de una venta: cosas corporales, muebles e inmuebles, individuales o colectivas e, incluso, cosas incorpóreas (herencia ya adquirida, usufructo, servidumbres, etc.).

También es posible la compraventa de cosa futura, que puede revestir dos modalidades:

- 1) La *emptio spei* (compra de esperanza), donde lo que se compra es la mera expectativa de que la cosa llegue a existir, debiéndose, por tanto, pagar el precio, aunque luego esta no exista.
- 2) La *emptio rei speratae*, solo se debe el precio en el supuesto de que la cosa llegue a existir (compra de una cosecha futura).

En cuanto al precio ha de ser determinado o determinable (se admite que esta determinación sea objetiva, por ejemplo, el precio de mercado de la cosa en una fecha dada o también subjetiva, cuando se deja su determinación al arbitrio de un tercero, *Arbitrium Boni Viri*); verdadero, es decir, no simulado. Se discutía, en cambio, si el precio tenía necesariamente, que consistir en dinero.

Los *sabinianos* lo negaban, admitiendo cualquier cosa como precio, en cambio, los *Proculeyanos* mantenían la exigencia de que el precio fuera el dinero, arguyendo que, de lo contrario, se confundirían compraventa y permuta y, ni siquiera se sabría cuál de las dos cosas se vende y cuál es el precio.

Otro problema es el de si el precio ha de ser justo:

En Derecho clásico rige un criterio de economía de mercado, es decir, que las cosas valen lo que se paga por ellas. En cambio, desde la primera época postclásica (concretamente, desde *Diocleciano*) se abre paso la idea de que las cosas tienen un precio justo, que, por tanto, es necesario atenerse a él. De ahí, que si alguien vende un inmueble por una cantidad inferior a la mitad de su valor pueda pedir la rescisión de la venta por *laesio enormis* (lesión enorme). Este es el criterio escogido también por el Derecho justinianeo.

- c) Elementos formales: La compraventa carece de otros elementos, al ser un contrato consensual.
- *Evolución histórica:*

Los romanos veían en la permuta el germen de la compraventa. Ahora bien, para que la compraventa suplantase a la permuta, es necesario que aparezca el dinero en su función de facilitar el intercambio de mercaderías.

Otro estadio de la evolución lo representa la *mancipatio* en su función originaria: compraventa real, con intercambio simultáneo entre cosa y precio. Esta compraventa es la que se daba en el *Ius Civile* arcaico.

Pero, en la época republicana avanzada, encontramos ya la configuración moderna de la compraventa como un contrato consensual, bilateral perfecto, de buena fe y meramente obligacional.

El problema es determinar cuáles han sido los eslabones intermedios de esta evolución. Una teoría muy difundida estima que la configuración moderna de la compraventa habría arrancado de un negocio consistente en dos estipulaciones cruzadas, dirigidas: una a la cosa (por ejemplo, *spondes mihi hominem Stichum dare?*) y la otra al precio (por ejemplo, *spondes mihi centum dari?*).

Pero esta teoría no parece acertada, pues aunque el negocio descrito pueda cumplir perfectamente la función económico-social de la compraventa, su estructura jurídica es completamente diferente:

En la compraventa hay una bilateralidad perfecta, que provoca una interdependencia de prestaciones de vendedor y comprador, y tanto la *actio empti* como la *actio*

venditi son acciones de buena fe que no dimanar de la *stipulatio*; en tanto que cada una de las estipulaciones cruzadas es independiente de la otra y están protegidas por acciones de derecho estricto.

Así pues, utilizando otra vez el método de las supervivencias podemos concluir: la configuración de la compraventa como un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe, no puede explicarse a partir de un negocio consistente en estipulaciones cruzadas.

El origen de la compraventa clásica como negocio consensual, bilateral perfecto, de buena fe y, además, obligacional, hay que ir a buscarlo en el tráfico negocial con los peregrinos que cobra un singular incremento cuando Roma se convierte en una potencia mundial. A este respecto, hay en la compraventa clásica un rasgo que llama poderosamente la atención: no se trata únicamente de que la mera compraventa no transfiera la propiedad, sino de que el vendedor no tiene en Roma la obligación de transmitir la propiedad de la cosa, sino solo la de garantizar su pacífica posesión y disfrute al comprador. Ahora bien, si pensamos que en el tráfico con peregrinos hubiera sido imposible imponer al vendedor la obligación de transmitir el *dominium ex iure quiritium* de la cosa a un extranjero, el origen de la compraventa clásica como un producto del tráfico negocial con peregrinos. Pero no es solo el rasgo de compraventa obligacional, sino que la consensualidad, la bilateralidad y, por supuesto, el carácter de *bonae fidei iudicium* terminan de explicar su procedencia del *Ius Gentium*.

- Obligaciones del comprador y vendedor

- 1) Obligaciones del comprador:

La obligación fundamental del comprador es la de pagar el precio de la cosa. Este pago provoca el traspaso de la propiedad del dinero. Sobre los requisitos nos remitimos a lo dicho al hablar de los elementos reales.

Un problema interesante es el del riesgo de la compraventa. La cuestión consiste en determinar si el comprador tiene o no que pagar el precio en el caso de que la cosa perezca antes de que se haga la *traditio* al comprador, es decir, cuando aún está en poder del vendedor. El Derecho clásico estableció la regla *periculum est emptoris* (el riesgo es del comprador) que, no obstante, requiere las siguientes matizaciones:

- a) La palabra *periculum* se refiere a un acontecimiento de fuerza mayor, tal como terremoto, incendio, saqueo por el enemigo o bandas de ladrones, etc. En tal caso el comprador debe pagar el precio, aunque no reciba la cosa.
- b) En este riesgo, el comprador tiene su contrapartida en la obligación, de custodia del vendedor, lo cual implica que el vendedor responde de la pérdida de la cosa en todos aquellos casos en que no exista fuerza mayor. El caso más notable es el de hurto: el vendedor responde siempre por hurto y no se exonera de responsabilidad, ni aun demostrando que empleó la diligencia debida.
- c) El momento del traspaso del riesgo al comprador es el de la perfección de la compraventa (*perfecta emptio periculum ad emptorem respicit*), por tanto, en caso de venta condicional el momento relevante será el de cumplimiento de la condición.

8.2. Obligaciones del vendedor:

Las obligaciones del vendedor son fundamentalmente las siguientes: entregar la cosa, responder por vicios jurídicos y responder por vicios materiales de la cosa.

- a) Entregar la cosa: La compraventa va enderezada a la transmisión de la propiedad de la cosa: Si se trata de una *res mancipi* pasará la propiedad si el vendedor es propietario y, además, realiza la *mancipatio*, o la *in iure cessio*; en cambio, si se trata de una *res nec mancipi*, bastará la *traditio ex iusta causa*, efectuada por el propietario de la cosa.

No obstante, el vendedor no responde más que en el caso de evicción, es decir, en el caso de que un tercero en un proceso venza al comprador y le prive de la posesión de la cosa (o, en su caso, el juez reconozca la existencia de un derecho real sobre la cosa). Hasta que la evicción no se dé no podrá el comprador reclamar del vendedor, aunque este le haya vendido cosa ajena. Esto es lo que se quiere decir, cuando se afirma que el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino solo a garantizar su pacífica posesión y disfrute.

- b) Responder por vicios jurídicos: El vendedor responde, por tanto, por evicción pero esta responsabilidad es el fruto de una larga y laboriosa evolución en la que podemos distinguir las siguientes fases: El primer caso de responsabilidad por evicción lo encontramos en la *mancipatio*: cuando en una enajenación por *mancipatio* aparecía un tercero, que privaba de la posesión de la cosa al comprador, vencíéndole en un proceso de reivindicación, el comprador podía exigir al vendedor el doble del precio pagado en virtud de la *actio auctoritatis*. Requisito previo para el ejercicio de esta acción era que el comprador hubiera notificado al vendedor la existencia del litigio para que este, apersonándose en el proceso, pudiera defender la cosa. Solo si sucumbía el vendedor frente al tercero estaba legitimado el comprador a la *actio auctoritatis*.

Cuando la compraventa no era seguida de una *mancipatio* el comprador no tenía la *Actio Auctoritatis* en el evento de que se produjera la evicción. En tal caso lo que solía hacer un comprador prudente era recurrir a la *stipulatio duplae*, modelada a imagen y semejanza de la *actio auctoritatis*. Es decir, que el comprador recibía mediante *stipulatio* la promesa del vendedor de que en caso de evicción se le pagaría el doble del precio. La *stipulatio* se sumaba así a la compraventa y la acción por la evicción no dimanaba, por tanto, de la compraventa, sino de la *stipulatio* adicional.

En otras palabras, la evicción no era, en un principio, elemento natural de la compraventa, sino solo un elemento accidental; el sentido de que era necesario pactarla expresamente, para que surtiera efecto. También en este caso era necesario que el comprador fuera vencido en un proceso (*evicción*) para que se diera la responsabilidad por vicios jurídicos. La mera noticia de que el vendedor no era propietario no servía para fundamentar una reclamación por vicios jurídicos. Por otra parte, también en el caso de la *stipulatio duplae* era necesario que el comprador diera cuenta al vendedor de la existencia de un proceso sobre la cosa, planteado por la reivindicación de un tercero.

Es en el apogeo de la época clásica (a partir del siglo II d.C.) cuando la evicción se convierte en elemento natural de la compraventa: primero, se permite que con la *actio empti* se obligue al vendedor a asumir la garantía por evicción cuando no lo hubiera hecho; luego, se puede ya reclamar por evicción con la propia *actio Ex*

empto, (suponiendo, claro está, que un tercero hubiera vencido al comprador en un proceso sobre la cosa) y, finalmente, los últimos clásicos admiten, incluso, que el vendedor pueda aplazar el pago del precio, en el caso de que un tercero le inquiete en la posesión de la cosa (*Exceptio imminetis evictionis*).

c) *Responder por vicios materiales: (saneamiento)*

La evolución por vicios materiales de la cosa discurre paralela a la de los vicios jurídicos. En Roma (como sucede también hoy en día) nos encontramos con grandes dificultades para hacer responder al vendedor de cualquier defecto de la cosa o de su falta de calidad.

Al igual que en la responsabilidad por vicios jurídicos encontramos aquí diversos regímenes:

1. En la *mancipatio* el punto de partida lo constituyó la forma que establecía *cum nexum mancipunque faciat uti lingua nuncupassit ita ius esto* (cuando se celebre el *nexum* o la *mancipatio* lo que la lengua diga eso es derecho). A tenor de esta norma se hacía responder al vendedor por las cualidades que él atribuyera a la cosa. Así, si en la venta de un predio se atribuía a este una extensión determinada y, luego, la cabida resultaba ser menor, el vendedor tenía que pagar el doble del valor de la diferencia. Al comprador se le concedía a tal efecto la *Actio de modo agri*. Pero, en general, el vendedor tenía que responder de todos los *dicta in mancipia*, es decir, de las cualidades, que él afirmara, que tenía la cosa. Además, el vendedor tenía que responder por los vicios de la cosa, que maliciosamente le hubiere ocultado al comprador.
2. El principio *caveat emptor* (comprador, cuidado), tan importante en el Derecho de compraventa de todos los pueblos, llevó en Roma a utilizar la *stipulatio* con finalidad de garantía por vicios materiales. La responsabilidad del vendedor se media, naturalmente, por el tenor literal de las propias *stipulationes*.
3. Los ediles curules, que tenían entre sus funciones la de policía de mercado desarrollaron una amplia normativa en las compraventas de esclavos y animales, la cual arrancó de la costumbre de adosar estipulaciones a las compraventas para garantizar la inexistencia de vicios materiales. Los ediles impusieron al vendedor la obligación de declarar públicamente las enfermedades, defectos y taras de los esclavos y animales. Si no se hace tal declaración o las cualidades prometidas resultan inexistentes, o, en general, se violan dolosamente las prescripciones del edicto de los ediles, el comprador dispone de la *Actio redhibitoria*, para exigir la devolución del precio contra la restitución de la cosa o de la *Actio quanti minoris* para pedir la reducción proporcional del precio. El plazo para ejercitar la *Actio redhibitoria* era de dos meses; el de la *Actio minoris* de seis meses. Justiniano generaliza las soluciones dadas por el Derecho clásico para casos concretos y extiende así el ámbito de las acciones *redhibitorias* y *quanti minoris*.
4. Con Justiniano encontramos ya el germen del Derecho moderno, ya que permite reclamar por medio de la *Actio empti*, en todos los casos en que se hubieran silenciado vicios de la cosa o esta no tuviera las cualidades, que hubiera prometido el vendedor.

• *Los pactos en la compraventa:*

La naturaleza de contrato de buena fe de la compraventa hace que sean vinculantes los pactos que se concluyen con el contrato: el juez podrá tenerlos en cuenta en virtud de la cláusula *ex fide bona*.

Entre estos pactos revisten una importancia especial, los llamados *pactos resolutorios*. Son los siguientes:

- a) *In diem addictio*: En este pacto -a favor del vendedor- se establece que el vendedor pueda apartarse de la compraventa si en un plazo dado encuentra un comprador que le ofrezca mejores condiciones que el comprador actual.
- b) *Lex Commissoria*: Se concede al vendedor la facultad de resolver el contrato, si no se paga el precio en un período dado.
- c) *Pactum displicentiae*: A diferencia de los anteriores este pacto se establece en favor del comprador. En virtud de él puede apartarse del contrato en un plazo dado, si la mercancía no es de su gusto.

8.2. *Locatio conductio*

Bajo el nombre de *locatio conductio* (los arrendamientos actuales) engloban los romanos una porción de situaciones, que responden a las finalidades económico-sociales más diversas.

En Roma encontramos con la *locatio-conductio* una pluralidad de situaciones económicas, que se reducen a una unidad jurídica gracias a las fórmulas de la *Actio locati* y la *Actio conducti*. El denominador común está constituido por los términos *locare* y *conducere*.

Locare: quiere decir colocar poner algo a disposición de otra persona,

Conducere: significa llevar.

- a) *Locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa): Contrato por el que una persona (*locator*) se obliga a ceder el uso o el uso y disfrute, de una cosa u otra (*conductor*) a cambio de un precio cierto (llamado canon o merced). Puede ser cosa inmueble, o cosa mueble no consumible. El arrendatario de tierras se denomina *colono*, el de casas *inquilino*. El arrendamiento rústico, como las concesiones censorias, solía hacerse por un lustro (5 años).
- b) *Locatio conductio operis* (arrendamiento de obra) Es un contrato por el que una persona (*conductor*) se obliga a realizar una obra para otra (*locator*), a cambio de un precio, que debe de pagar esta última.
- c) *Locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios): Es un contrato por el que una persona (*locator*) se obliga a una determinada actividad en favor de otra (*conductor*), a cambio de una cierta remuneración.

La *locatio conductio* es un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe, en virtud del cual una persona se obliga a ceder a otra el uso de una cosa (*locatio conductio rei*) o a prestar un servicio (*locatio conductio operarum*) a cambio del canon o merced convenido.

- *Caracteres*:

- a) La *locatio conductio* es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- b) La *locatio conductio* es un contrato bilateral perfecto, ya que necesariamente surgen de él obligaciones a cargo de ambas partes.
- c) La *locatio conductio* es un contrato de buena fe, ya que está protegido por acciones que contienen la cláusula *ex fide bona*.

- *Elementos:*

- a) *Elementos personales* son: el locator y el conductor.

Si nos fijamos en los tres tipos de *locatio conductio* la verdad es que no deja de llamar la atención la oscilación de la terminología locator, conductor. En efecto, mientras que en la *locatio conductio rei* y *locatio conductio operarum* el locator es quien percibe el canon, en la *locatio conductio operis*, locator es quien paga el canon.

La explicación de esta anomalía la encontramos otra vez en el origen metafórico de las expresiones *locare* y *conducere*: en la *locatio conductio rei*, el locator pone a disposición del conductor una cosa, mueble o inmuebles y, a cambio, el conductor paga un canon; en la *locatio conductio operarum* es el propio trabajador el que pone a disposición del conductor su propio trabajo, recibiendo como contraprestación una remuneración. En cambio, en la *locatio conductio operis*, locator es el que pone a disposición del conductor unos materiales para que este haga con ellos una obra.

- b) *Elementos reales* son: la cosa y el precio.

Aquí se hace imprescindible distinguir entre los tres tipos de *locatio conductio*:

1. En la *locatio conductio rei*: lo que se cede es el uso o el uso y disfrute de la cosa. La cosa puede ser mueble o inmueble y en este segundo caso lo mismo puede tratarse de un arrendamiento rústico, que de un arrendamiento urbano.
2. En la *locatio conductio operis*: el conductor se obliga a realizar una obra (*opus*). Lo que aquí cuenta no es el trabajo desarrollado, sino el resultado de ese trabajo.
3. En la *locatio conductio operarum*: en cambio, lo decisivo es la propia actividad, el trabajo (*operae*) y, no el resultado de esa actividad.

El precio era normalmente en dinero. Ahora bien, en los arrendamientos rústicos era posible pagar el importe del canon con frutos que producía el fundo e, incluso, existía una modalidad de arrendamiento (la llamada *colonia parciaria*) en que el canon consistía en una parte de los frutos que produjera el fundo.

- c) Elementos formales no hay en la *locatio conductio* por ser un contrato consensual.

- *Obligaciones y acciones:*

- a) *Locatio conductio rei*: La obligación del locator es la de ceder al conductor el uso o el uso y disfrute de la cosa y garantizarle la pacífica posesión y disfrute. El conductor, en cambio, está obligado a pagar la *merced*. El arrendamiento es un contrato que dura un cierto tiempo. Para los arrendamientos rústicos se solía pactar un plazo de cinco años. Ahora bien, pasado ese tiempo sin que ninguna de las partes denunciara el arrendamiento se entendía prorrogado (*tacita reconductio*).

- b) *Locatio conductio operis*: La obligación fundamental del conductor es la de realizar la obra convenida, sin que pueda exonerarse de esta obligación más que por fuerza mayor. Normalmente, el conductor no está obligado a realizar la obra por sí mismo (salvo que se le hubiera contratado en atención a sus cualidades personales); puede servirse de terceras personas, pero responde también de la impericia de ellas. El locator está obligado a pagar el precio convenido de la obra.

- c) *Locatio conductio operarum*: La obligación fundamental del *locator* es la de realizar cuidadosamente el trabajo para el que fue contratado. El *conductor* debía de pagar la *merced* convenida, aunque no hiciese uso de los servicios convenidos con el *locator*.

Para exigir el cumplimiento de las correspondientes obligaciones el *locator* disponía de la *Actio ex locato* o *Actio locati* y el *conductor* de la *actio ex conducto*, o *actio conducti*.

8.3. Sociedad

La sociedad es un contrato consensual, plurilateral (o bilateral perfecto) y de buena fe, en virtud del cual varias personas se obligan a cooperar, con bienes o con su actividad, para la consecución de un fin común y dividir las pérdidas y ganancias obtenidas.

- *Caracteres*:

- a) La sociedad es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento; este puede ser expresado de cualquier forma. (Gayo, 3.154): "*esta sociedad se contrae por el simple consentimiento, es de derecho de gentes y por eso existe entre todos los hombres por razón natura*"; (Modestino, D. 17.2.4): "*No hay duda de que se puede contraer una sociedad mediando entrega de bienes o por convenio verbal y mediante un mensajero*". Lo fundamental en la sociedad es el contrato, es decir, la relación interna entre los socios. La sociedad no actúa como persona jurídica frente a terceros: de ahí que no existan créditos y deudas a favor o en contra de la sociedad, sino solo a favor o en contra de los socios.
- b) La consensualidad de la sociedad es diversa de la de los contratos de *compraventa* y *locatio conductio*. En efecto, el consentimiento no es aquí únicamente inicial, sino que tiende a establecer un vínculo duradero de confianza entre los socios. Por eso, no tiene nada de extraño que en los textos se hable de una *affectio societatis* y que la relación societaria se haya comparado con frecuencia, acertadamente, con la institución de matrimonio, donde también el consentimiento es duradero.
- c) La sociedad es un contrato plurilateral. En efecto, aunque a veces se la caracterice simplemente como un contrato bilateral perfecto y esta consideración pueda incluso encontrar su apoyo en las fuentes, la bilateralidad de la sociedad ofrece rasgos muy peculiares: por un lado, las obligaciones de los socios suelen ser homogénea, en tanto, que en la *compraventa* o en la *locatio conductio* las obligaciones de las partes son necesariamente heterogéneas; por otro lado, las partes, *los socii*, no persiguen intereses contrapuestos, sino que tienden a una finalidad común.
- d) La sociedad es un contrato de *buena fe*, ya que la *actio pro socio* es una acción que contiene la cláusula *ex fide bona*, que concede un gran margen al arbitrio del juez.

- *Elementos*:

- a) Elementos personales son: los socios (*socii*).
- b) Elementos reales están constituidos por los bienes o trabajo que los socios se comprometen a poner en común.

c) Elementos formales no existen elementos formales en este contrato, ya que se perfecciona por el mero consentimiento.

- Obligaciones y acciones:

En toda sociedad hay que distinguir la gestión de la representación. Cada uno de los socios tiene la facultad de gestión, bien por haber recibido mandato de los demás o, aún sin mandato, siempre que realice una gestión útil. Naturalmente, está además obligado a comunicar a los demás las adquisiciones realizadas y, en cambio, le deben ser reembolsados los gastos que hubiera realizado. Responde de su gestión por dolo. No hay en la sociedad romana representación del socio frente a terceros: al no haber representación directa los efectos del negocio recaen sobre su persona y solo mediante un acto ulterior puede transferirlos a los demás socios.

Las aportaciones de los socios pueden ser homogéneas. Pero también se admite que mientras uno de los socios aporte capital, el otro aporte trabajo. Las ganancias suelen ser proporcionales a la aportación de cada uno pero si no se estableciera nada se presume que son iguales. No hay ningún obstáculo para que se pacte que a menor aportación corresponda mayor ganancia; lo que si se prohíbe tajantemente es que uno de los socios participe solo en las ganancias y otro, en cambio, solo en las pérdidas (societas leonina).

Para fijar las obligaciones de los socios hay que tener en cuenta el tipo de sociedad de que se trata:

En la sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros (societas omnium bonorum) los socios están obligados a poner en común todas sus adquisiciones. La propiedad puede pasar a los otros socios tácitamente. (Ejemplo: filius tras fallecimiento del padre). La sociedad más antigua era el antiguo consorcio familiar entre hermanos que se formaba a la muerte del paterfamilias (Gayo 3.154). Esta sociedad se regía por las reglas de la solidaridad y cualquiera de los socios podía manumitir al esclavo común o vender las cosas de la comunidad. Este tipo de sociedad familiar desaparece en la época antigua, pero influye en la sociedad universal del Derecho clásico.

En cambio, en la societas unius rei, que tiene por objeto la realización de una actividad lícita determinada (Ejemplo: la venta de esclavos); los socios se obligan a realizar las aportaciones a las que se hubieran comprometido.

La acción de la sociedad es la *Actio pro socio*. Es, por supuesto, una acción de buena fe. Ahora bien, en el Derecho clásico no hay una *Actio pro socio manente societate*, en otras palabras, la *Actio pro socio* no sirve para reclamar aportaciones de los socios, sino que su ejercicio supone una ruptura de la confianza y lleva consigo la liquidación de la sociedad. La responsabilidad del socio es únicamente por dolo y, como consecuencia, la condena lleva siempre aparejada infamia.

- *Extinción de la sociedad:*

Al ser la sociedad un contrato duradero se plantea el tema de las causas de disolución. Estas están íntimamente ligadas a la relación de confianza mutua, que el vínculo societario presupone. Las más importantes son las siguientes:

- a) Haber alcanzado la sociedad el fin lícito que se proponía.
- b) Acuerdo de los socios de disolver la sociedad.

- c) La renuncia de uno de los socios.
- d) El ejercicio de la *Actio pro socio*, por parte de uno de los socios porque se pierde la *affectio societatis*.
- e) Muerte o *Capitis Deminutio (en cualquier grado)*, aunque solo sea de uno de los socios, ya que la relación societaria es puramente personal.
- f) Cuando perezca el patrimonio social o se convierte en *res extra commercium*.

8.4. Mandato

El *mandato* es un contrato consensual, bilateral imperfecto y de buena fe, en virtud del cual una persona (*mandatario*) se obliga a realizar gratuitamente una gestión o encargo por cuenta de otra (*mandante*).

- Caracteres:
 - a) El *mandato* es un contrato consensual, que no requiere para su perfección más que el mero consentimiento. Este consentimiento puede ser no solo expreso, sino también tácito.
 - b) El *mandato* es un contrato bilateral imperfecto, ya que de él surgen siempre obligaciones a cargo de una de las partes, el mandatario, y, solo eventualmente, a cargo de la otra (Ejemplo: *la obligación del mandante de resarcir gastos que haya podido realizar el mandante en su gestión*).
 - c) El *mandato* es un contrato de *buena fe*, que nació de las relaciones de amistad y confianza. La acción del mandato contiene la cláusula *ex fide bona*.
 - d) El *mandato* es un contrato esencialmente gratuito, precisamente por basarse en la idea de amistad. Cuando se pacte una remuneración esta se podrá exigir no por la vía ordinaria del procedimiento formulario, sino por la *cognitio extra ordinem*.
- Elementos:
 - a) Los elementos personales son el mandante, es decir, la persona que encarga a otra una gestión y el mandatario o persona que se compromete a realizar esa gestión.
 - b) El elemento real del mandato es la gestión o encargo, que hay que ejecutar. Esta gestión puede tener un contenido muy variado: realizar un negocio jurídico, tal como una compraventa o una gestión material, como pueda ser cuidar de una finca. Ahora bien, la actividad a desarrollar ha de ser lícita.

Otro requisito de la gestión es que sea de interés del mandante o de un tercero. Si la gestión se ha de realizar en beneficio del propio mandatario no reviste carácter jurídico, pues se interpreta como un simple consejo. Cabe, no obstante, que la gestión sea en interés conjunto del mandante y mandatario.
 - c) *Elementos formales* el mandato carece de elementos formales.
- Obligaciones y acciones:

El mandatario tiene la obligación de llevar a buen término la gestión que asumió voluntariamente, sin que pueda salirse de las instrucciones recibidas (*diligenter fines mandati custodiendi sunt*). Responde por dolo solamente, en atención a que este contrato se da exclusivamente en interés del mandante. El mandante está obligado

a resarcir al mandatario los gastos que este hubiere realizado con ocasión de su gestión, así como de los daños que este hubiere podido sufrir eventualmente con ocasión de la realización del encargo.

Al ser el mandato un contrato bilateral imperfecto genera dos acciones:

- 1) La *actio mandati (directa)* en favor del mandante.
- 2) La *actio mandati contraria* en favor del mandatario.

- **Extinción:**

El mandato se extingue por las siguientes causas: a) Por ejecución del encargo o por imposibilidad de realizarlo. b) Por muerte de una de las partes. c) Por voluntad unilateral del mandante (*revocatio*), aunque está obligado a reconocer los efectos del mandato hasta ese momento. d) Por voluntad unilateral del mandatario (*renunciatio*), aunque responde de los perjuicios que pueda causar al causante, si la renuncia es intempestiva.

9. CUASI CONTRATOS

El Derecho romano consideró que aquellas obligaciones que no provenían propiamente de un contrato, pero que tampoco derivaban de un delito, podían provenir de una figura afín al contrato y decía que se originaban *quasi ex contractu*.

Algunos de los casos más conocidos de cuasicontratos son: la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo y el caso previsto en la *Lex Rhodia de iactu*.

9.1. Gestión de negocios

El acto de administración de intereses ajenos realizado sin encargo de su titular constituía la gestión de negocios.

Era necesario que el gestor obrara por propia iniciativa, que supiera que el negocio gestionado era ajeno y que realizara la gestión en interés del patrimonio del titular, ya fuera para beneficiarlo o para evitarle un perjuicio.

Si el dueño del negocio ratificaba posteriormente lo que el gestor había hecho, la gestión se convertía en un mandato.

Los deberes del gestor eran: En primer lugar, ejecutar el negocio hasta su terminación y en segundo, rendir cuentas de su gestión y entregar lo que hubiera obtenido como resultado de ella.

A su vez, el dueño del negocio debía resarcir los gastos que el gestor hubiera efectuado. Para reclamar el cumplimiento de los mencionados deberes, el dueño del negocio contaba con la *actio negotiorum gestorum directa*, y el gestor, a su vez con la *contraria*.

9.2. Enriquecimiento ilegítimo

El enriquecimiento ilegítimo se daba cuando una persona obtuviera una ganancia a costa de otra sin que mediara una causa jurídica; es decir, cuando dicha ganancia proviniera de una relación jurídica injustificada.

El Derecho clásico otorgó diversas acciones para que el perjudicado lograra una indemnización por el perjuicio sufrido.

Las principales acciones eran las siguientes:

1. *Condictio indebiti soluti*: Esta acción se concedía a la persona que había entregado algo a otra pensando que lo debía (pago de lo indebido), en el caso,

por ejemplo, de que pagara cuando la obligación ya se hubiera cumplido, como si se hubiera cumplido, como si otro hubiera pagado en su nombre, sin su conocimiento.

2. *Condictio ob turpem causam*: Fue la acción para exigir la devolución de algún valor entregado en vista de una causa deshonrosa para quien lo recibió. Por ejemplo, el actor había entregado algo al demandado con el fin de que no cometiera un delito.
3. *Condictio causa data causa non secuta*: Esta acción servía para pedir la restitución de una cosa entregada en virtud de un contrato innominado.
4. *Condictio sine causa*: Esta acción se relacionaba con aquellas entregas que, aunque justificadas en el momento mismo en que se efectuaron, posteriormente dieron lugar a un enriquecimiento ilegítimo como por ejemplo, si se hubiera constituido dote y el matrimonio no se pudo realizar por existir un impedimento.

9.3. Lex Rhodia de iactu

Esta ley regulaba el comercio marítimo y disponía que la pérdida ocasionada por la echazón de mercancías fuera soportada proporcionalmente por todos los interesados. El armador y los dueños de las mercancías salvadas debían indemnizar a los propietarios de las mercaderías que el capitán había ordenado arrojar, considerándose que el origen de esta obligación era un cuasi contrato.

CASOS SOBRE CONTRATOS:

a) CASOS DE COMODATO

• CASO: El caballo dado en comodato

Hechos:

1. Cayo es dueño de un caballo.
2. Ticio pide en préstamo el caballo a Cayo.
3. El préstamo es de uso para ir de Roma a Ariccia.
4. Ticio fue hasta la colina que está más allá de Ariccia.
5. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, por haber abusado del uso dado en préstamo.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Comodato: préstamo de uso gratuito en el que el comodante entrega una cosa inconsumible al comodatario durante un tiempo determinado para que este la use y después se la devuelva.
- Hurto de uso: Lo comete quien a sabiendas usa de una cosa en contra de la voluntad de su dueño.

Reglas:

- El uso debe ajustarse a lo estipulado, si el comodatario abusa comete hurto de uso.
- Se excluye en el comodatario la responsabilidad por fuerza mayor, aunque debe observar una *exactissima diligentia* (la que pone la persona más diligente en sus propias cosas).

Acciones:

- Cayo puede ejercer contra Ticio una *actio furti*, por hurto de uso o una *actio comodati* encaminada a recuperar la cosa o su valor por el abuso de Ticio en las estipulaciones del comodato.
- Ticio podría oponer una infundada *exceptio doli* argumentada en una posible causa de fuerza mayor que le obligara a ir hasta la colina más allá de Ariccia.

Respuestas:

Unos opinan que comete hurto o hurto de uso, y otras que Ticio abusó de las estipulaciones del comodato.

Conclusión:

Proceden las dos acciones, *actio furti* o acción de comodato, según Cayo quiera plantear la demanda.

• CASO: Comodato recíproco de bueyes

Hechos:

1. Cayo y Ticio tienen sendos bueyes.
2. Cayo y Ticio intercambian los animales.
3. El intercambio se conviene en comodato.
4. El comodato es para realizar una labor durante 10 días.
5. El quinto día muere el buey de Cayo.
6. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante Cayo contra Ticio, en demanda del precio del buey muerto.
- Parte demandada: Cayo por Ticio.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil de la cosa misma.
- Comodato: préstamo de uso gratuito en el que el comodante entrega al comodatario una cosa inconsumible durante un tiempo determinado para que después se la devuelva.
- Contrato: Acuerdo consensual entre partes por el que se obligan a cumplir ciertas estipulaciones.

Reglas:

Si el préstamo de uso no es gratuito, no hay comodato.

Acciones:

- Cayo podrá ejercer contra Ticio la acción de palabras prescritas.
- No procede la acción de comodato, pues no lo ha habido.

Respuestas:

Opinan que no existe comodato, pues, al haber intercambio, el préstamo no ha sido gratuito. Existe entre Cayo y Ticio una figura especial de contrato, por lo que Cayo solo podrá ejercer la acción de palabras prescritas.

Conclusión:

- No ha existido comodato porque efectivamente el préstamo de uso no ha sido gratuito, si ha existido un intercambio de servicios bajo ciertas estipulaciones.
- Si la muerte del buey de Cayo ha sido a resultas de negligencia o mala fe de Ticio, corresponde a este el pago de una indemnización; si la muerte sobrevino a causa de fuerza mayor, no corresponde el pago de pena.

• CASO: El préstamo de la artesa

Hechos:

1. Cayo es dueño del esclavo Estico y de una artesa.
2. Estico presta la artesa a Ticio.
3. Cayo no tiene conocimiento del préstamo.
4. Servio es acreedor de Ticio.
5. Ticio da la artesa en prenda a Servio.
6. Ticio, comodatario de la artesa, huye.
7. Estico paga la deuda de Ticio a Servio.
8. Servio devuelve la artesa a Cayo.
9. Cayo demanda a Ticio y Servio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio y Servio, en demanda de la cantidad pagada para recuperar la artesa.
- Partes demandadas: Ticio y Servio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil sobre la cosa misma.
- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima por la que la persona se considera una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Comodato: préstamo de uso gratuito en el que el comodante entrega una cosa inconsumible al comodatario durante un tiempo determinado y para que después

se la devuelva.

- Acreedor: Persona con la que se contrae una obligación.
- Prenda: Cosa que se entrega como garantía del cumplimiento de una obligación.
- Peculio: Ciertos bienes de que puede disponer la persona sometida a potestad; el esclavo, el pupilo o el hijo según los límites concedidos por el dueño, el tutor o el padre.
- Hurto: Apropiación indebida, sustracción o uso ilícito de una cosa en contra de la voluntad de su dueño.

Reglas:

- El esclavo no tiene capacidad negocial, y por tanto prestataria, más allá de la concedida por su dueño.
- El abuso por parte del comodatario de la cosa prestada se considera como hurto de uso.
- Comete hurto quien empieza a poseer una cosa sabiendo que ha sido sustraída en contra de la voluntad de su legítimo propietario.

Acciones:

- Cayo podría ejercer la actio furti contra Ticio, en demanda del pago de una condena.
- Cayo podría ejercer la actio furti, la de comodato y la condictio contra Servio, a fin de conseguir el pago de una pena y la restitución de la artesa.

Respuestas:

- Si el que recibe en comodato la artesa sabe de su ilícita procedencia, comete hurto.
- Así, para Ticio nacería la acción de comodato, la de hurto y la condición a causa del hurto.
- También comete hurto el que la recibe en prenda a sabiendas de su sustracción.

Conclusión:

La conclusión del caso depende de que Ticio y Sempronio supieran de su ilícita procedencia, o sea, de que creyeran que tal artesa pertenecía al peculio de Estico o que este contaba con la aprobación de Cayo para entregarla en comodato; aún en este último caso, Ticio comete hurto de uso pues, una vez entregada la artesa en prenda, huye; por lo que abusa de las condiciones del comodato.

• CASO: El comodato de la vajilla de plata

Hechos:

1. Cayo es dueño de una vajilla de plata.
2. Ticio pide a Cayo que le preste su vajilla.
3. El préstamo es para un banquete y un día.
4. Tras del día, Ticio no devuelve la plata a casa de Cayo.
5. La plata desaparece de casa de Ticio.

6. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, que demandará la restitución de la plata o una compensación.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil sobre la cosa misma.
- Comodato: préstamo de uso gratuito en el que el comodante entrega una cosa inconsumible al comodatario durante un tiempo determinado para que después se la devuelva.

Reglas:

- Se excluye en el comodatario la responsabilidad por fuerza mayor, aunque debe observar una exactissima diligencia (la que pone la persona más diligente en sus propias cosas).
- El uso debe ajustarse a lo estipulado, si el comodatario abusa comete hurto de uso.
- Por ser gratuito, el comodatario responde de las cosas prestadas por custodia; en consecuencia puede ejercitar las acciones penales contra el ladrón.

Acciones:

- Cayo dispondría de la acción de comodato y la condictio para recuperar su vajilla de plata o el pago de una indemnización.
- Ticio podría oponer una exceptio doli si la pérdida se debiera a causas de fuerza mayor, y ejercer una actio furti contra el posible ladrón.

Respuestas:

Algunas respuestas no se ciñen al caso; las que lo hacen consideran que ha existido abuso por parte de Ticio en las condiciones pactadas y falta de custodia, por lo que correspondería a Cayo ejercer la acción de hurto de uso y comodato.

Conclusión:

- De entrada, Ticio es reo de hurto de uso, pues retuvo la vajilla durante más tiempo del estipulado sin que por los hechos en ello concurrieran causas de fuerza mayor.
- Además, Ticio también faltó a su custodia al dejar que desapareciera de su casa.
- Ticio deberá abonar a Cayo el precio de la plata más una pena por el hurto de uso.
- Ticio podrá perseguir al ladrón y accionar contra él, si recupera la vajilla podrá entregarla a Cayo y reintegrarse así el dinero de su valor.

• CASO: El comodato de una cosa para pignorarla

Hechos:

1. Cayo es dueño de una artesa.
2. Ticio tiene un acreedor.

3. Ticio pide a Cayo la artesa para pignorarla.
4. Cayo presta su artesa a Ticio.
5. Ticio pignora la artesa con su acreedor.
6. Ticio no rescata la artesa.
7. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, en demanda de la devolución de la artesa.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil sobre la cosa misma.
- Comodato: préstamo de uso de una cosa inconsumible que entrega el comodante durante un tiempo determinado al comodatario para que después se la devuelva.
- Pignorar: Entregar en prenda una cosa como garantía de cierto pago.

Reglas:

El abuso por parte del comodatario, de la cosa prestada, se considera como hurto de uso.

Acciones:

- Cayo podrá ejercer la acción de comodato contra Ticio para forzar a este a que rescate y devuelva la artesa.
- También podrá ejercer la *actio furti* contra Ticio si pasó el tiempo prescrito para su devolución.
- No procede la *exceptio doli* de Ticio.

Respuestas:

Además, si Ticio no dispone del dinero para pagar el rescate de la artesa o él acreedor obrara de mala fe, podrá exigir en juicio que Ticio le ceda las acciones contra el acreedor.

Conclusión:

Si pasó el tiempo estipulado para que Ticio devolviera a Cayo su artesa, Cayo podrá ejercer la *actio furti* de uso y la acción de comodato, y tendrá derecho a rescatarla el mismo del acreedor y exigir la posible indemnización de Ticio.

b) CASOS DE PRENDA E HIPOTECA:

• CASO: La prenda del fundo Corneliano y la hipoteca del Ticiano

Hechos:

1. Ticio es dueño del fundo Corneliano y del Ticiano.
2. Cayo es acreedor de Ticio.
3. Ticio entrega en prenda el fundo Corneliano a Cayo.
4. Ticio quiere recuperar la posesión del fundo Corneliano.

5. Ticio hipoteca a cambio el fundo Corneliano con Cayo.
6. Ticio demanda la restitución del fundo Corneliano.

Personas:

- Parte demandante: Ticio contra Cayo, en demanda de la restitución del fundo Corneliano.
- Parte demandada: Cayo por Ticio.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Prenda: Préstamo en el que el deudor pignorante entrega una cosa al acreedor pignoraticio como garantía del cumplimiento de una obligación.
- Hipoteca: Clase de préstamo de garantía en el que la prenda sigue en la posesión del acreedor.

Reglas:

Las partes que estipulan o pactan deben cumplir lo contratado o convenido.

Acciones:

Si procede que Ticio ejerza la acción pignoraticia para recuperar la posesión del fundo Corneliano.

Respuestas:

Es favorable a Ticio, que puede demandar la restitución por la acción pignoraticia.

Conclusión:

- La posesión de la prenda la retiene, según las definiciones de las instituciones, el acreedor, pero la posesión de la cosa hipotecada la retiene el deudor.
- Si Ticio y Cayo convienen una permuta de prenda por hipoteca, Ticio debe poseer tanto el fundo Corneliano como el Ticiano.
- Cayo debe reintegrarle el fundo Corneliano a cambio de la hipoteca del Ticiano.
- Cayo puede ejercer la acción pignoraticia.

• CASO: Ticia da en prenda un fundo ajeno

Hechos:

1. Cayo es dueño de un fundo.
2. Ticia es deudora de Ticio y de Mevio.
3. Ticia da en prenda el fundo de Cayo a Ticio.
4. Ticia, luego, da en prenda el fundo de Cayo a Mevio.
5. Cayo entrega la propiedad del fundo a Ticia.
6. Ticia da el fundo en dote a su marido.

7. Mevio demanda a Ticia.

Personas:

- Parte demandante: Mevio contra Ticia, demandando la posesión de la prenda.
- Parte demandada: Ticia, que ha entregado el fundo a su marido.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil sobre la cosa misma.
- Posesión: Ocupación, uso y disfrute de la cosa.
- Prenda: Cosa que se entrega a la posesión de un acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación.
- Hipoteca: Clase de préstamo pignoraticio en el que el acreedor conserva la posesión de la prenda.
- Matrimonio: Convenio contractual de carácter divino y humano, vitalicio y promisorio.
- Dote: Bienes o valores que Ticia entrega a su marido con ocasión de la constitución del matrimonio.

Reglas:

- Al dar la prenda, el deudor entrega la posesión de la cosa al acreedor.
- Al contrario que en la hipoteca, no puede haber concurrencia de varios acreedores pignoraticios, pues solo uno de ellos puede mantener la posesión de la cosa.
- Si el deudor pignoraticio entrega la cosa pignorada a alguien diferente de su acreedor, el deudor pignorante comete hurto aunque sea propietario de la cosa.
- El poseedor, que lo era de buena fe al comenzar a poseer, tiene derecho a retener su posesión.

Acciones:

Si Ticia entregó a su marido, además de la nuda propiedad, la posesión del fundo, y este lo recibió de buena fe (ignorando que estaba pignorado), el marido de Ticia dispone de los interdictos del pretor y de la actio publiciana para retener su posesión; Mevio dispone de la condictio y de la actio furti para recuperar la posesión de la prenda.

Respuestas:

- En ningún momento Mevio, segundo acreedor, vio confirmada la prenda, pues no consta que el primer acreedor, Ticio, renunciara a ella; además, el marido de Ticia ocupa la posición de un mero comprador, por lo que si desconocía que el fundo estaba pignorado comenzó a poseer de buena fe y tiene derecho a retener la posesión.
- Ticia cometió hurto, pues si un deudor entrega una cosa pignorada a alguien diferente de su acreedor, comete hurto aunque sea su propietario.

Conclusión:

- Si el marido de Ticia desconocía que el fundo estaba pignorado, comenzó a poseer de buena fe y tiene derecho a retener la posesión.
- Ticia cometió hurto contra Mevio, pues si un deudor entrega una cosa pignorada a alguien diferente de su acreedor, comete hurto aunque sea su propietario.

- Si Ticia quería entregar la posesión del fundo a su marido, y previamente había satisfecho su deuda con Ticio, debió constituir una hipoteca con Mevio.

• CASO: El esclavo Eros dado en prenda

Hechos:

1. Cayo es dueño de unos baños.
2. Ticio es dueño del esclavo Eros.
3. Ticio arrienda los baños de Cayo a partir de julio.
4. Ticio pignora a Eros con Cayo en garantía del pago.
5. Servio presta una cantidad a Ticio.
6. Ticio pignora a Eros con Servio antes de julio.
7. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, en demanda de la prenda Eros.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- Posesión: Es la ocupación, uso y disfrute de la cosa.
- Préstamo pignoraticio: Institución por la que un deudor entrega la posesión de una cosa, en calidad de prenda, al acreedor como garantía del pago de una obligación.
- Esclavitud: *capiti deminutio* máxima por la que la persona es considerada como una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Arrendamiento: Préstamo de uso, a cambio de un precio, de una cosa inconsumible que entrega el arrendante, durante un tiempo determinado, al arrendatario para que después se la devuelva.

Reglas:

- Al dar la prenda, el deudor solo entrega su pacífica posesión al acreedor, pues conserva la posesión civil o nula propiedad.
- Al contrario que en la hipoteca, no puede haber concurrencia de varios acreedores pignoraticios, pues solo uno de ellos puede mantener la posesión de la cosa. La preferencia se rige por el principio de prioridad temporal.
- El acreedor pignoraticio debe reintegrar la cosa a su deudor cuando se ha extinguido la obligación.
- Si el deudor pignoraticio entrega la cosa pignorada a alguien diferente de su acreedor, sin extinguirse la obligación, el deudor pignorante comete hurto aunque sea propietario de la cosa.
- El poseedor, que lo era de buena fe al comenzar a poseer, tiene derecho a retener su posesión.

Acciones:

- Cayo podrá accionar contra Ticio por medio de la actio furti, la condictio y la acción pignoraticia para recuperar la posesión de la prenda.
- Si alguien accionara contra Servio, este podría estar protegido por los interdictos posesorios del pretor y la actio publiciana.

Respuestas:

Aunque el esclavo fue pignorado cuando nada se debía por el arriendo, ya entonces por obligación contractual el arrendador tenía derecho a que no se pudiera extinguir sin su consentimiento la prenda sobre el esclavo.

Los muebles y los esclavos introducidos en la vivienda quedan en garantía del pago de alquileres e indemnización por deterioro de la habitación por culpa del inquilino que se pudiera pedir por la acción de locación.

Conclusión:

- Si Ticio pignoró a Eros con Servio antes de julio, y antes de julio no lo rescató, por aplicación de las reglas cometió hurto contra Cayo pues no se puede pignorar dos veces de forma simultánea la misma cosa.
- Cayo tendrá derecho poseer a Eros, frente a Servio, por el principio de prioridad temporal en la constitución de la prenda.
- Servio tendrá derecho a retener la posesión de Eros si comenzó a poseerlo de buena fe, o sea, ignorando que estaba previamente pignorado con Cayo.

• CASO: Prenda de los aperos y del ganado del colono

Hechos:

1. Cayo es dueño de una finca.
2. Ticio es colono en la finca de Cayo.
3. Ticio da en prenda a Cayo lo que nazca de la finca.
4. Ticio da en prenda a Cayo los efectos que introduzca.
5. Ticio no introduce sus efectos en la finca.
6. Ticio hipoteca sus efectos con otro, Servio.
7. Ticio introduce después sus efectos en la finca de Cayo.
8. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, en demanda de la prenda de los efectos introducidos en su finca.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil sobre la cosa misma.
- Posesión: Ocupación, uso y disfrute de la cosa.

- Prenda (pignus): Cosa que se entrega a la posesión, en calidad de préstamo pignoraticio, de un acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación.
- Hipoteca: Clase especial de préstamo pignoraticio en el que el deudor conserva la posesión, el uso y disfrute de la prenda.

Reglas:

- En los arrendamientos rústicos, en los que el propietario recibía en garantía o prenda del pago del arriendo los útiles de labranza y semovientes que, mientras se cumpliera con la obligación, seguía utilizando el arrendatario, se entendió que estos siempre quedaban tácitamente hipotecados.
- En concurrencia de varios acreedores hipotecarios, la preferencia se rige por el principio de prioridad temporal.
- El dolo malo es cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra.
- El pretor concede al acreedor pignoraticio los interdictos posesorios y comete hurto el propietario que sustrae la prenda.
- Parece ser que fue Servio Sulpicio Rufo quien inventó la fórmula ficticia, llamada Serviana, con la que el arrendador podía reclamar a cualquier poseedor la cosa pignorada. Así se introdujo una *vindicatio utilis*, a favor del acreedor hipotecario contra cualquier poseedor, llamada actio serviana.

Acciones:

- Cayo podría ejercer contra Ticio una actio furti, una acción por la condición, condictio, la actio pignoraticia y la acción serviana por medio de una *vindicatio utilis*.
- Ticio podría oponer una exceptio pignoraticia.
- No procede la exceptio doli de Ticio.

Respuestas:

- A favor del demandado: Será preferente el derecho del que recibió la garantía especial e inmediata, Servio, porque la cosa no quedó hipotecada con Cayo en virtud de la convención de que no lo estaría hasta que no estuviera introducida en la finca.
- A favor del demandante: En los arrendamientos rústicos, en los que el propietario recibía en garantía o prenda del pago del arriendo los útiles de labranza y semovientes que, mientras se cumpliera con la obligación, seguía utilizando el arrendatario; se entendió que estos siempre quedaban tácitamente hipotecados.

Conclusión:

- Como los efectos se entienden tácitamente hipotecados con Cayo a partir del contrato de arriendo, y este fue previo a la hipoteca con Servio, se podría deducir que Ticio intentó engañar a Cayo hipotecándolos con Servio antes de introducirlos en la finca de Cayo y así burlar la estipulación del convenio; por todo lo que Ticio actuó con dolo malo y Cayo podría ejercitar contra Ticio, si utilizara las reglas del préstamo pignoraticio, la actio furti en la que está incluida el dolo.
- Cayo, como acreedor hipotecario tácito, podría solicitar la posesión de los útiles pignorados por medio de la acción serviana en una *vindicatio utilis*, podría alegar hurto de Ticio.

• **CASO: Las cosas destinadas a darlas en hipoteca**

Hechos:

1. Ticio es dueño de algunas cosas.
2. Ticio pide una cantidad en préstamo a Mevio.
3. Ticio hipoteca en prenda algunas de sus cosas con Mevio.
4. Ticio da un documento de hipoteca a Mevio.
5. Ticio vende algunas de las cosas hipotecadas.
6. Ticio después recibe la cantidad prestada por Mevio.
7. Mevio demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Mevio contra Ticio, en demanda de la garantía que supone la prenda hipotecada.
- Parte demandada: Ticio por Mevio.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil de la cosa misma.
- Posesión: Ocupación, uso y disfrute de la cosa.
- Mutuo: Préstamo de consumo gratuito por el que el mutuante entrega al mutuario cierta cantidad de cosas consumibles durante un tiempo determinado para que, transcurrido este, le devuelva otro tanto del mismo género y calidad.
- Prenda: Cosa que se entrega en posesión a un acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación.
- Hipoteca: Modalidad especial del préstamo pignoraticio en que el deudor conserva la posesión de la cosa.
- Venta: Convenio contractual entre partes que no transmite la propiedad.

Reglas:

En las hipotecas, la cosa pignorada queda en poder del deudor pignorante, pero se considera vinculada al cumplimiento de la obligación.

El mutuo o préstamo de consumo se considera garantizado con las cosas propiedad del deudor en el momento de recibir la cantidad prestada, pero no con las cosas que ya no son suyas por haberlas vendido.

El deudor que entrega la cosa pignorada, sin conocimiento del acreedor hipotecario, es reo de hurto aunque sea su propietario.

El que vende una cosa objeto de hipoteca, sin conocimiento de la otra parte contratante o hipotecaria, actúa con dolo en el negocio, por lo que puede ser denunciado por medio de la acción de locación, derivada de las relaciones contractuales, y por la actio doli.

Acciones:

Mevio podría accionar contra Ticio por medio de la acción pignoraticia, de la condictio, por una vindicatio utilis por medio de la acción serviana o por la actio

furti; aunque en realidad, a la vista de las reglas y de los hechos, no procede ninguna de las cuatro. Mevio puede interponer una acción de locación.

Respuestas:

- El deudor tiene derecho a recibir la cantidad del préstamo en virtud del documento contractual.
- El deudor solo tiene obligación de entregar, en posesión pignoratícia del acreedor, las cosas que son de su propiedad en el momento de recibir la cantidad objeto del préstamo y no antes, aunque exista documento anterior del convenio.

Conclusión:

- Ticio solo deberá entregar como garantía pignoratícia, las cosas que tenga en el momento de recibir la cantidad objeto del préstamo, por lo que no ha cometido ningún acto contrario a derecho al vender parte de las cosas comprometidas.
- Mevio no podrá accionar mediante la *actio furti* ni la pignoratícia, tampoco con la *condictio*, aunque dependerá del juez el valorar una posible acción de locación derivada del incumplimiento de lo estipulado en el documento, seguida después por una *vindicatio utilis* de la acción serviana a fin de que se le reintegren los valores hipotecados.

• CASO: El incendio de la casa dada en prenda

Hechos:

1. Cayo es dueño de una casa.
2. Cayo da en prenda su casa a Servio.
3. La casa de Cayo se incendia.
4. Cayo vende el solar a Ticio.
5. Ticio edifica en el solar.
6. Servio demanda a Cayo.
7. Servio demanda a Ticio.
8. Ticio demanda Cayo.

Personas:

- Parte demandante: Servio contra Cayo, por vender una cosa pignorada sin su conocimiento como acreedor.
- Servio contra Ticio, a fin de recuperar la posesión del solar con lo construido.
- Ticio contra Cayo, por dolo en el contrato de venta.

Instituciones:

- Propiedad: Dominio civil de la cosa misma.
- Posesión: Ocupación, uso y disfrute de la cosa.
- Prenda: Cosa que se entrega en posesión a un acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación.

- Hipoteca: Modalidad especial de la prenda en que el deudor {conserva la posesión de la cosa.
- Venta: Convenio contractual entre partes que no transmite la propiedad.
- Accesión: Se produce cuando una cosa accesoria se une a otra principal.

Reglas:

- En las hipotecas, la cosa pignorada queda en poder del deudor pignorante, pero se considera vinculada al cumplimiento de la obligación.
- El deudor que entrega la cosa pignorada, sin consentimiento del acreedor pignoraticio, es reo de hurto aunque sea su propietario.
- El que vende una cosa objeto de prenda, sin conocimiento de la otra parte contratante o pignoraticia, actúa con dolo malo, por lo que puede ser denunciado por medio de la acción de locación, derivada de las relaciones contractuales y por la *actio doli*.
- El poseedor que comienza a poseer de buena fe tiene derecho a continuar en su posesión.
- Lo construido accede al suelo.

Acciones:

- Servio contra Cayo puede ejercitar la *actio furti*.
- Servio contra Ticio puede ejercitar la acción pignoraticia.
- Ticio contra Cayo puede ejercitar la *actio doli* y la de locación.

Respuestas:

Servio tiene derecho a perseguir la prenda y, aunque Ticio comenzó a poseer de buena fe, puede recuperarla por el principio de que lo construido accede al suelo si abona a Ticio sus gastos más una indemnización por el aumento del valor.

Conclusión:

- Por los hechos y la manera en como Cayo vendió y Ticio construyó, parece ser que la modalidad de prenda de que se trata en este caso es una hipoteca.
- Cayo engañó a Ticio cuando le vendió la finca, por lo que actuó con dolo. Cayo cometió hurto contra Servio cuando vendió la finca a Ticio sin su consentimiento.
- Servio tiene derecho a perseguir la prenda, y aunque Ticio comenzó a poseer de buena fe, puede recuperarla por el principio de que lo construido accede al suelo si abona a Ticio sus gastos más una indemnización por el aumento del valor.

CAPÍTULO III

Los Delitos

1. DELITOS

El Derecho romano distinguió entre los delitos públicos (*crimina*) que afectaban el orden social, por lo que se perseguían de oficio y se castigaban con penas públicas; y los delitos privados (*delicta*), perseguidos a iniciativa de la parte ofendida, castigados con una multa privada otorgada a favor de la víctima y que esta podía reclamar a través de un juicio ordinario.

Los delitos privados daban lugar a una relación de tipo obligacional, en que la víctima figuraba como acreedor (de la multa privada) y el delincuente como deudor.

Los delitos privados fueron tipificados tanto por el Derecho civil (robo, daño en propiedad ajena, lesiones); como por el Derecho honorario (rapiña, intimidación, dolo, fraude a acreedores).

Los delitos públicos (*crimina*), atentados contra el orden público, se castigaban en la jurisdicción especial criminal.

Los delitos privados (*delicta*), atentados contra intereses privados, eran objeto de acciones penales tramitadas en los juicios ordinarios, cuya finalidad era conseguir una pena.

En la época primitiva, los delitos se sometían a la venganza privada de la *gens* o grupo a que pertenecía la víctima. Después rigió la *Ley del Talión*, que permitía castigar al culpable con la misma ofensa recibida. Más tarde se sucede la composición voluntaria, por medio de la cual el ofendido renuncia a la venganza privada o a ejercer el Talión, a cambio del cobro de una cantidad convenida. A la composición voluntaria le siguió la composición por Ley, establecida ya en las XII Tablas.

Así los juristas consideraban que de los delitos nacía una obligación, que tenía por objeto una pena (*poena*) o pago de una cantidad de dinero que consistía en un múltiplo del daño causado.

La *poena* tenía carácter punitivo, o sea que no se limitaba a la reparación del daño causado por el delito, como la moderna responsabilidad civil. Así en caso de hurto se daban las acciones *reipersecutorias*, en la acción de la *Ley Aquilia* la pena contiene también la indemnización por el daño causado.

1.1. Robo (*furtum*) El hurto es la sustracción fraudulenta de la cosa misma con intención de lucro (*contrectatio*) y, en general, siempre que alguien emplea una cosa ajena contra la voluntad de su dueño (*furtum usus*, uso ilícito). En la Ley de las XII Tablas las penas son diferentes según el ladrón haya sido sorprendido *in fraganti* en el acto mismo del hurto (*furtum manifestum*), o no (*furtum nec manifestum*). En el caso *in fraganti* se sometía al ladrón a flagelación (*verberatio*) y se entregaba como esclavo (*addictio*) de la víctima. Si concurrían circunstancias agravantes, como nocturnidad, la víctima podía matar al ladrón en el acto mismo del robo. En el caso de hurto no flagrante se castigaba con una pena del doble de su valor. Para la búsqueda del objeto robado existía un procedimiento diferente para los casos de:

- a) Encontrado (*conceptum*). Cuando en presencia de testigos se busca y se encuentra. De este deriva la acción de hurto encontrado (*actio furti concepti*) a la que se opone otra para que no se realice el registro (*actio furti prohibiti*).
- b) Traslado (*oblatum*). Cuando el objeto robado se encuentra en tu poder porque otro te lo endosó con mala fe. Contra él se da la acción de hurto trasladado (*actio furti oblati*).

En Derecho formulario se suprime la pena de entrega del ladrón, por su crueldad, y se mantienen las antiguas acciones. Para la de hurto encontrado con el triple de su valor y para la de trasladado con el doble.

El pretor agregó otras acciones *in factum* con las penas al cuádruplo:

- a) Acción de hurto flagrante.
- b) Acción de hurto con violencia.
- c) Acción de hurto prohibido.
- d) *Actio furti non exhibiti*: Contra el ladrón que no presenta el objeto robado.
- e) Acción contra el que cometió hurto con ocasión de catástrofe (incendio, naufragio, abordaje).

Además de ejercitables por los propietarios, las acciones de hurto son infamantes y por tanto transmisibles a los herederos de la víctima pero no del ladrón (transmisibilidad activa pero no pasiva, característica general de las acciones penales).

También pueden ejercitar las acciones de hurto los representantes debidamente autorizados, como tutores, curadores, comodatarios, etc. El propietario puede ejercitar también la acción reipersecutoria, reivindicatoria cuando se puede identificar la cosa, y la exhibitoria si el ladrón la oculta o pierde dolosamente.

El ladrón y el poseedor de mala fe no pueden ejercitar las acciones de hurto. Nadie comete hurto sin dolo malo, intención de hacer daño o hurtar (*animus furandi*), o actuar contra la voluntad del propietario (*furtum usus*, hurto de uso) para el que se da la *actio in factum* (acción por el hecho).

El dolo va incluido en el delito de hurto y se considera probado. También incurren en dolo los cómplices e instigadores.

El hurto, como delito privado, se ve limitado en su aplicación a medida que se establecen penas públicas para ladrones armados, y hurtos de cosas públicas o sagradas, que son juzgados en el procedimiento público.

CASOS DE HURTO:

• CASO: El hurto del vaso de plata

Hechos:

1. Ticio es dueño de un vaso.
2. Cayo hurta el vaso a Ticio.
3. Ticio lleva a juicio a Cayo.
4. Se suscita una controversia sobre el peso del vaso.
5. Cayo exhibe el vaso en el juicio.
6. Ticio quita el vaso a Cayo en el juicio.
7. Ticio pide, además del vaso, una pena.

Personas:

- Parte demandante: Ticio, que además de recuperar la cosa del litigio exige el cobro de una pena.
- Parte demandada: Cayo, el ladrón del vaso, que se opondrá al pago de la pena.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- Hurto: La sustracción fraudulenta de la cosa misma o el uso de ella en contra de la voluntad de su propietario.

Reglas:

A partir del procedimiento formulario, si el reo de hurto no tiene agravantes, dependiendo de la acción ejercitada por la víctima, solo debe entregar la cosa hurtada o pagar una pena, o ambas cosas a la vez, según el caso.

Acciones:

En caso de que la víctima ejercite la *actio furti nec manifesti* (acción de hurto no manifiesto, cuando se ha encontrado al ladrón después de realizado el acto), el ladrón debe devolver la cosa y pagar una pena del doble de su valor.

Respuestas:

Todas las respuestas avalan a la parte demandante, pues entienden que aparte de recuperar la cosa debe de cobrar una pena del doble de su valor.

Conclusión:

Ticio debe de recuperar su vaso y cobrar una pena del doble del valor del vaso, precisamente por eso se suscitó la controversia sobre su peso, porque Cayo discutía sobre la cantidad de la pena.

· CASO: La esclava hurtada dos veces

Hechos:

1. Ticio es dueño de una esclava.
2. La esclava le es hurtada a Ticio.
3. Cayo compra la esclava de buena fe.
4. Acio hurta la esclava a Cayo.
5. Ticio y Cayo reclaman la esclava a Acio.

Personas: Partes demandantes:

- Cayo contra Acio, por el acto de hurto de Acio hacía una cosa de la que Cayo era poseedor de buena fe. Cayo solicitará a Acio la devolución de la esclava más el pago de una pena.
- Cayo contra el ladrón que le vendió la esclava, al que demandará el precio pagado.
- Ticio contra el ladrón que le hurtó la esclava, del que demandará una pena.
- Ticio contra Acio, al que solicitará la restitución de su propiedad; o Ticio contra Cayo si este último recuperara a la esclava.

Partes demandadas:

- Acio por Cayo y Ticio, por lo ya expuesto.
- Cayo por Ticio, por lo ya expuesto.
- El ladrón primitivo, por Cayo y Ticio por lo ya expuesto.

Instituciones:

- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima por la que la persona se considera una cosa que habla, sin ninguna capacidad jurídica.
- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma, que se adquiere con la fórmula solemne de la entrega por *mancipatio* o por *traditio* si el que la entrega es el propietario, por *in iure cesio*, *usucapión*, etc.
- Posesión: Es la ocupación de la cosa.
- Ocupación: El uso de la cosa que no tiene dueño.
- Usucapión: Es la adquisición de la propiedad de las cosas que no tienen dueño por el transcurso de uno o dos años. Uno para las cosas muebles, dos para las inmuebles.
- Compraventa: Contrato consensual entre las partes que no transmite la propiedad, solo la pacífica posesión si el comprador lo es de buena fe.
- Hurto: Es la apropiación indebida o sustracción ilícita de una cosa, o su uso sin el consentimiento de su dueño.

Reglas:

- A partir del procedimiento formulario, si el reo de hurto no tiene agravantes, dependiendo de la acción ejercitada por la víctima, solo debe entregar la cosa hurtada o pagar una pena, o ambas cosas a la vez, según el caso.
- Por usucapión adquiere la propiedad de las cosas muebles, por el transcurso de un año, el poseedor que comenzó a poseer de buena fe.

Acciones y conclusión:

Ticio podrá ejercer la *actio furti* contra el ladrón primitivo, al que exigirá el pago de una pena del doble del valor de la esclava. También podrá ejercer la *actio ad exhibendum*, previa a la *reivindicatio*, contra Acio.

En el caso no parece que se suscite la controversia de que haya transcurrido el tiempo para que Cayo haya adquirido la propiedad de la esclava por *usucapión*; sin embargo, el pacífico poseedor también tiene la acción de hurto contra el ladrón, Acio; también podrá ejercitar la acción de compra contra el ladrón vendedor.

Si Cayo recupera la esclava de Acio, Ticio ejercerá la acción reivindicatoria contra Cayo, al que este opondrá una *exceptio in iusti dominii* alegando que ha transcurrido el tiempo para usucapir a la esclava dada su condición de poseedor de buena fe.

• CASO: El hurto del almacenista de trigo

Hechos:

- Cayo tiene un almacén de trigo.
- Ticio pide a Cayo que le de Trigo.
- Ticio le dice que lo entregue al que lo pida en su nombre.
- Acio oye la estipulación entre Cayo y Ticio.
- Acio pide trigo a Cayo en nombre de Ticio.
- Cayo le entrega el trigo.
- Acio ha hurtado el trigo.

Personas. Partes demandantes:

- Cayo contra Acio, al que demandará la devolución del trigo.
- Cayo contra Ticio, al que demandará el precio estipulado.
- Ticio contra Cayo, al que demandará la entrega del trigo.
- Partes demandadas:
- Acio, Ticio y Cayo, por la ya expuesto.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Compraventa: Contrato consensual que no transmite la propiedad, las partes solo se comprometen a cumplir las estipulaciones pactadas.
- Hurto: Apropiación indebida, sustracción o uso de la cosa sin el consentimiento de su propietario.

Acciones:

- Cayo, es propietario del trigo, pues aún no lo entregó, ejercerá una *actio furti* contra Acio, reclamando la devolución del trigo y el pago de una pena del doble de su valor.
- Cayo puede ejercer una acción de compra contra Ticio, a fin de que le pague el valor del trigo, pues Cayo cumplió con la estipulación de la compra/venta. Ticio puede oponer una excepción de compra, pues no ha recibido la cosa objeto de la transacción.
- Ticio no puede ejercer la *actio furti* contra Acio, pues no es el dueño del trigo, ni su detentador, ya que no se le entregó.

Respuesta:

La respuesta de Labeón es que el que deberá ejercer la *actio furti* es el almacenista Cayo, pues actuó en nombre propio y no como gestor de Ticio.

Conclusión:

Por todo lo expuesto, el propietario del trigo es Cayo y él debe ser quien ejerza la *actio furti* contra Acio.

• **CASO: El hurto de uso de los sementales**

Hechos:

1. Cayo es dueño de unos sementales.
2. Ticio es dueño de unas yeguas.
3. Ticio usa los sementales de Cayo con sus yeguas.
4. Cayo acusa de hurto a Ticio.

Personas:

- Parte demandante. Cayo contra Ticio, que le demandará por el uso de los sementales de su propiedad sin su autorización.
- Parte demandada. Ticio por Cayo, por los motivos expuestos.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- Hurto: Apropiación indebida, sustracción o uso de la cosa sin el consentimiento de su dueño.

Reglas:

- Para que exista hurto es necesario que haya dolo y ánimo de hurtar (*animus furandi*).
- Si la sustracción no es definitiva, sino solo de uso, existe el *furtum usus* (hurto de uso).

Acciones:

Cayo puede ejercer contra Ticio una *actio furti* en la que demande la devolución de los sementales y una pena del doble de su valor. También puede ejercer una *actio in factum* si considera que el hurto ha sido solo de uso.

Respuesta:

Solo se puede dar la *actio furti* si existió *animus furandi* o de hurtar, si no debe ejercitarse una acción por el hecho.

Conclusión:

Si Ticio pretendía quedarse con los sementales, Cayo puede ejercer contra Ticio una *actio furti* en la que demande la devolución de los sementales y una pena del doble de su valor.

Si Ticio solo pretendía usar los sementales y luego devolverlos, Cayo debe ejercer una *actio in factum*, por considerarse que el hurto ha sido de uso.

1.2. Daño en propiedad ajena (*dañan iniuria datum*)

Según Gayo, daño se entiende en el sentido más amplio como destrucción, como cualquier modo de estropear, perder o deteriorar. En la aplicación de la pena de indemnización se tenía en cuenta el lucro cesante o ganancia que se había perdido por el daño causado.

Los tres elementos que configuran el delito de daño son:

- a) Injusticia (*iniuria*): El daño debe ser injusto, por eso no comete daño el que lo causa en defensa propia o en estado de necesidad.
- b) Culpa: Es la conducta o actuación negligente del que causa daño, también se entiende como la omisión de las precauciones debidas.
- c) *Damnum*: Es la pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro. Causado en alguna parte del cuerpo.

El delito de daño injustamente causado procede de la *Lex Aquilia de damno*, plebiscito propuesto por el tribuno Aquilio en el 286 a.C.

La Ley Aquilia derogó todas las leyes precedentes que trataban de daño injusto, incluso las de las XII Tablas; sin embargo, dejó en vigor algunas acciones privadas para reclamar el daño:

- Actio de pauperie: Para daños causados por animales cuadrúpedos. El dueño del animal puede elegir entre la entrega noxal o el pago de la indemnización.
- Actio de pastu pecoris: Contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno, por el que debe pagar o entregarlo.
- Acción de tala ilícita (*arboribus sucesos*): Contra el que abusivamente corta árboles ajenos.
- El autor debe pagar 25 ases por cada árbol cortado.

La Ley Aquilia tiene tres capítulos:

- Primero: El que matara injustamente a un esclavo o ganado, pagará al dueño el valor máximo de aquella cosa en aquel año.
- Segundo: Se refiere al daño que causa el acreedor adjunto al acreedor, cuando se queda con el crédito cobrado.
- Tercero: Se refiere a toda clase de daño en las cosas inanimadas. La condena es el precio más alto de la cosa aquel mes.

La acción civil de daño, de la ley Aquilia, compete solo al propietario de las cosas objeto del daño, al que el pretor concede acciones *in factum*:

- a) *Actio servi corrupti*: Si se pervertía a un esclavo.
- b) Cuadrilla de hombres armados: Acción al cuádruplo.
- c) Calamidad pública: Acción al cuádruplo por los robos o daños.
- d) Tumulto o revuelta (turba): Acción al doble. Las acciones *in factum*, por el hecho, se aplican cuando no se da el requisito de daño corporal y directo (*damno*) en el esclavo o ganado para que proceda la *actio legis Aquiliae*.

El pretor también protege al poseedor de buena fe, al usufructuario, a otros titulares de derechos reales y al peregrino, con acciones útiles y fórmulas ficticias; los daños causados a personas libres en su cuerpo también los protege el pretor con acciones útiles:

- a) *Actio Legis Aquiliae utilis*: De daño injustamente causado en el cuerpo de una persona libre.
- b) *Actio Locati* (acción de locación): Culpa contractual derivada del arrendamiento de servicios médicos, etc. en caso de ocasionar daños físicos a personas libres por negligencia.

CASOS DE DAÑO:

• CASO: El barbero y los jugadores de pelota

Hechos:

1. Ticio juega a la pelota.
2. Cayo, barbero, afeita al esclavo Estico.
3. La pelota de Ticio golpea la mano de Cayo.
4. Cayo corta la garganta de Estico.
5. Mevio, dueño de Estico, demanda a Ticio y Cayo.

Personas:

- Partes demandantes: Mevio contra Ticio y Cayo. Por la pérdida en su valor patrimonial. Cayo contra Ticio, si Cayo tuviera que pagar a Mevio.
- Partes demandadas: Ticio y Cayo por Mevio, por lo ya expresado. Ticio por Cayo, por lo ya expresado.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Daño: Es la pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro.
- Culpa: Conducta o actuación negligente que causa daño.
- Esclavitud: *Capiti deminutio máxima*. Institución mediante la cual, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.

Reglas:

Para que exista delito de daño y derecho a indemnización, es suficiente con que haya existido una conducta o actuación negligente por parte del autor, omisión de las precauciones debidas.

Acciones:

- El hecho está previsto en la parte primera de la Ley Aquilia, por lo que corresponde a Mevio ejercer la *actio legis Aquiliae*.
- A Mevio le correspondería cobrar el precio máximo del valor del esclavo aquel año.

Respuestas:

Las respuestas están conformes con la aplicación de la Ley Aquilia, no obstante distinguen que:

- Ticio sería culpable por jugar a la pelota en un lugar donde hay un barbero afeitando.
- Cayo, el barbero, sería culpable por afeitarse en un lugar donde normalmente se juega a la pelota.
- Estico, el esclavo, sería culpable por dejarse afeitarse en un sitio donde se está jugando a la pelota.

. CASO: Los lanzadores de jabalina

Hechos:

1. Cayo es dueño del esclavo Estico.
2. Ticio está lanzando jabalinas por diversión.
3. Estico pasa por el campo de lanzamiento.
4. La jabalina de Ticio mata a Estico.
5. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio, por el daño injustamente causado en su propiedad.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima por el que la persona es una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Daño: Destrucción o deterioro injustamente causado en las propiedades de otro.

Reglas:

- Para que exista delito de daño y derecho a indemnización, es suficiente con que haya existido una conducta o actuación negligente por parte del autor, u omisión de las precauciones debidas.
- La primera parte de la ley *Aquilia* establece que el que matara injustamente a un esclavo o ganado, pagará al dueño el valor máximo de aquella cosa en aquel año.

Acciones:

Cayo puede ejercer la *actio legis Aquiliae*, por lo manifestado en la primera parte de esta.

Respuestas:

Las respuestas establecen diferencias entre:

- Si el esclavo, conociendo que allí se lanzaban jabalinas, a pesar de ello pasó.
- Si Ticio mató al esclavo deliberadamente por diversión.

Conclusión:

Aunque Ticio matara al esclavo sin intención, corresponde la aplicación de la primera parte de la ley Aquilia, pues la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso sin adoptar las debidas precauciones.

• CASO: El farol del posadero

Hechos:

1. Cayo, posadero, pone un farol sobre una piedra.
2. Ticio, que pasa por allí, se lo lleva.
3. Cayo persigue a Ticio.
4. Ticio golpea a Cayo con un látigo de aguijón metálico.
5. Ocurre un forcejeo entre Ticio y Cayo.
6. Cayo, con su mano, saca a Ticio un ojo.
7. Ticio demanda a Cayo.
8. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Partes demandantes: Ticio contra Cayo, por el daño de haberle sacado el ojo. Cayo contra Ticio, por el hurto del farol.
- Partes demandadas: Cayo por Ticio y Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Propiedad. Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- Hurto: Apropiación indebida, sustracción con intención de lucro o uso de la cosa sin el consentimiento de su dueño.
- Daño: Destrucción, cualquier modo de estropear, perder o deteriorar. Pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro, daño cuando se causa a alguna parte del cuerpo.

Reglas:

- La acción de hurto flagrante conlleva una pena del cuádruple del valor de la cosa hurtada.
- Si en el acto de hurto concurrían circunstancias agravantes, como nocturnidad, la víctima podía matar al ladrón en el acto mismo del robo.
- El daño debe ser injusto, por eso no existe delito de daño si este se ha causado en defensa propia o por estado de necesidad.

Acciones:

- Cayo, el posadero, puede ejercer contra Ticio la *actio furti*.
- Solo es aplicable la *actio legis Aquiliae* para casos de daños en las propiedades; los daños causados a personas libres los protege el pretor con acciones útiles. Por ello, Ticio solo podría ejercer contra Cayo la acción de injurias o la *actio legis Aquiliae utilis* que concede el pretor.

Respuestas:

- A favor de Cayo: No es procedente el delito de daño si Ticio golpeó primero con el látigo, pues Cayo se defendió.
- A favor de Ticio: Si es procedente el delito de daño injustamente causado, si Cayo hubiera sacado el ojo a Ticio antes de que este le golpeará con el látigo.

Conclusión:

A la vista de los hechos, Ticio hurtó el farol propiedad de Cayo, además le golpeó primero con el látigo y, para un mayor abundamiento, parece ser que actuó con nocturnidad pues los faroles a las puertas de las posadas se ponen de noche.

Por lo dicho, Cayo actuó en defensa propia y hubiera tenido derecho incluso a matar a Ticio al sorprenderlo en un acto flagrante de hurto con nocturnidad; por lo que no corresponde la acción de daño de Ticio y sí procede la *actio furti* de Cayo por la que deberá percibir el cuádruplo del valor de la cosa aquel mes.

• CASO: El aprendiz de zapatero

Hechos:

1. Ticio es zapatero.
2. Cayo, libre, tiene un hijo, Servio.
3. Servio es aprendiz de zapatero con Ticio.
4. Servio comete un error en su trabajo.
5. Ticio, por ese error, golpea a Servio con una horma.
6. La horma de Ticio saca un ojo a Servio.
7. Cayo demanda a Ticio.

Personas:

- Parte demandante: Cayo, padre de Servio, contra Ticio por el daño injustamente causado; pues Servio es persona sometida a potestad.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Patria potestad. Los hijos no emancipados permanecen bajo la potestad del padre, en un estado de *capiti deminutio*.
- Daño. Pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro, daño cuando lo causa en alguna parte del cuerpo.

Reglas:

Para que exista delito de daño injustamente causado y derecho a indemnización, es suficiente con que haya existido una conducta o actuación negligente por parte del autor, omisión de las precauciones debidas.

Acciones:

- Solo es aplicable la *actio legis aquiliae* para casos de daños en las propiedades; los daños causados a personas libres los protege el pretor con acciones útiles.
- Por tanto, Cayo puede ejercer una *actio legis aquiliae utilis* o una acción de injurias.

Respuestas:

- No procede que Cayo ejerza la ley Aquilia, puesto que nadie es dueño de sus miembros. Si procede que actúe con la acción de ley Aquilia útil.
- No procede la acción de daño por injurias, puesto que Ticio no actuó con ánimo de injuriar sino de amonestar.
- Procede la acción de daño, pues, aunque está permitido a los maestros dar un leve castigo, sin embargo Ticio no se atuvo a esta medida.

Conclusión:

Ticio actuó con negligencia y omisión de las precauciones debidas, por lo que es reo de daño injustamente causado.

• CASO: Choque de carros en el capitolio

Hechos:

1. Un carro de mulas va detrás de otro.
2. Los dos carros suben una cuesta del capitolio.
3. Al primero lo empujan sus dos muleros.
4. El primer carro cede.
5. Los muleros del que cede dejan de empujar.
6. Los muleros del que cede se apartan.
7. El carro que cede atropella al esclavo Estico.
8. Ticio es dueño del esclavo Estico.
9. Ticio demanda a los muleros del primer carro.

Personas:

- Parte demandante: Ticio contra los muleros, por el daño injustamente causado en su propiedad Estico.
- Parte demandada: Los dos muleros por Ticio.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.

- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima, la persona es considerada como una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Daño: Destrucción, cualquier modo de causar la pérdida o deterioro de la propiedad de otro. Causar disminución patrimonial en otro.

Reglas:

- Para que exista daño injustamente causado, basta con que se actúe con negligencia o no se adopten las precauciones debidas.
- No se causa daño injustamente, si se ha actuado bajo estado de necesidad.

Acciones:

- La acción de daño injustamente causado, solo es ejercitable por los propietarios de la cosa dañada.
- Ticio podrá ejercer la *actio legis Aquiliae* contra los muleros, que si prospera le proporcionaría una indemnización del precio más alto del esclavo aquel año.

Respuestas:

Las respuestas presuponen que los dos muleros son esclavos, aunque esto no lo indican los hechos.

Las respuestas presuponen diferentes casos en concepto de que los muleros hubieran soltado su carro bajo estado de necesidad o por miedo a ser ellos atropellados, o con intención de herir a Estico.

Conclusión:

Ateniéndonos a los hechos, presuponemos que los dos muleros son libres, pues nada se dice en contra; según los mismos hechos, el carro cedió primero y los muleros se apartaron después, al no indicar nada los hechos se entiende que de manera fortuita por no aguantar más las mulas, por lo que es obvio que los muleros actuaron bajo estado de necesidad al apartarse para no ser atropellados ellos mismos. Por todo lo que, aplicando las reglas al caso concreto y teniendo en cuenta que no hubo negligencia ni dolo, sino estado de necesidad, no corresponde a Ticio el cobro de indemnización alguna.

• CASO: El juicio noxal de un esclavo

Hechos:

1. Ticio es dueño del esclavo Estico.
2. Ticio manumite en su testamento a Estico por una cantidad.
3. Estico comete un delito contra Cayo.
4. Ticio muere.
5. Servio es el heredero de Ticio.
6. Servio comparece en juicio noxal por Estico.
7. Estico paga la cantidad de su manumisión.
8. Estico es manumitido.

9. Servio pierde el juicio noxal.
10. Cayo demanda el cumplimiento de la pena.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Servio, demandando el cumplimiento de la pena por el juicio noxal.
- Parte demandada: Servio, que no puede entregar a Estico, pues ya es libre, pero tampoco quiere pagar por su delito.

Instituciones:

- Propiedad: Es el dominio civil de la cosa misma.
- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima. La persona se considera una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Delito: Es el acto ilícito (atentado) que se sanciona con una pena.
- Juicio noxal: Los potestarios de las personas sometidas a potestad responden personalmente de los actos de sus pupilos.

Reglas:

- Cuando el dueño de un esclavo pierde un juicio noxal establecido por causa de este, puede librarse de la pena entregando el esclavo a la víctima.
- No puede entregar al esclavo si este ya es libre en el momento de ejecutarse la sentencia.

Acciones:

- Al haber concluido el juicio, solo proceden los actos encaminados a ejecutar la sentencia.
- Servio puede librarse de la pena entregando a Cayo la cantidad que pagó el esclavo por su libertad.

Respuestas:

Procede la entrega de la cantidad pagada por el esclavo.

1.3. Lesiones u ofensas (*iniuriae*)

La palabra injuria se empleó en dos sentidos: uno, amplio para designar todo acto contrario al derecho y, otro restringido, que aludía a todo acto que implicara una lesión física o moral a la persona humana.

En un principio se hablaba de iniuria en sentido general para referirse a todo comportamiento contrario a derecho. En el periodo clásico, injuria es la lesión sufrida por una persona tanto en su integridad física como en su dignidad moral.

El pretor concede una acción penal *in facum* (*actio iniuriarum*) acción de injurias, infamante, anual y con intransmisibilidad pasiva o activa.

Para estimar el valor de la cuantía de la pena, se tenían en cuenta las circunstancias del caso: Donde había sido realizada; si la ofensa había sido realizada en público, en el foro, en el teatro, etc. Así mismo a quien había sido hecha; si la ofensa era hecha a un esclavo, persona libre, hijo de familia, magistrados, etcétera.

En el caso de que fuera un esclavo el injuriante, se sustituye la entrega noxal por la presentación ante el magistrado del esclavo para que sea castigado con azotes. Se admite la ofensa al potestario por la hecha a su pupilo. Justiniano concede la alternativa entre la acción privada y la acción civil.

CASOS DE INJURIAS U OFENSAS:

*** CASO: El pescador que no podía pescar**

Hechos:

1. Cayo quiere pescar en el mar.
2. Cayo intenta echar la red.
3. Ticio se lo impide.
4. Cayo demanda a Ticio por injurias.

Personas:

Parte demandante: Cayo contra Ticio, por impedirle pescar en el mar.

Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Dominio público: Uso y disfrute de ciertas cosas por parte de todas las personas, como el mar que no pertenece a ninguna persona en concreto.
- Injuria: Es la lesión sufrida por una persona tanto en su integridad física como en su dignidad moral.

Reglas:

- Las cosas de dominio público pueden ser utilizadas por cualquier persona.
- No es conforme a derecho que alguien impida realizar una actividad a otro, en una cosa de dominio público, aunque sea delante de su propiedad.
- Para que pueda darse la acción de injurias, debe haber existido ánimo de injuriar.

Acciones:

Cayo podría ejercer contra Ticio la acción de injurias y exigir además una indemnización de lucro cesante.

Respuestas:

La mayoría son a favor de Cayo, pues es lo mismo que si alguien impide a otro pasear por el foro, bañarse en los baños públicos o sentarse en las gradas del teatro o cualquier otro lugar público.

Conclusión:

Ticio ha causado una ofensa o daño moral a Cayo al no dejarle pescar en el mar, que es lugar de dominio público; pero además le habrá ocasionado un lucro cesante por los beneficios que Cayo hubiera podido sacar de esa pesca. Por tanto, corresponde ejercer la acción de injurias y el cobro de dos penas o indemnizaciones.

• **CASO: Las señoras disfrazadas de esclavas**

Hechos:

1. Cayo es esposo de Rutilia.
2. Cayo y Rutilia pasean por el foro.
3. Rutilia viste de esclava.
4. Ticio seduce a Rutilia.
5. Cayo demanda a Ticio por injuria.

Personas:

- Parte demandante: Cayo contra Ticio por injuria.
- Parte demandada: Ticio por Cayo.

Instituciones:

- Matrimonio: Convenio contractual entre hombre y mujer en comunidad de vida, de carácter divino, humano y vitalicio.
- Esclavitud: *Capiti deminutio* máxima por el que la persona es considerada una cabeza que habla, una cosa susceptible de ser apropiada.
- Injuria: Es la lesión sufrida por una persona tanto en su integridad física como en su dignidad moral.

Reglas:

- Si una señora libre y casada no va vestida con traje apropiado, y en su lugar lleva uno de esclava o meretriz, al que atentara contra su pudor o buenas costumbres se le considerará mucho menor la falta.
- Solo comete delito de injuria el que actúa con ánimo de injuriar u ofender.

Acciones:

Cayo podría ejercer la acción de injuria contra Ticio; a la vista de las reglas, el que prospere o no la acción dependerá de las circunstancias de los hechos, de las pruebas y de la valoración del juez.

Respuestas:

Las respuestas consideran en que consiste apartar el acompañante, la seducción, atentar contra el pudor, la fama de la persona, lo que es un acompañante, etcétera, y de los mayores o menores grados de la injuria dependiendo de estas circunstancias.

Conclusión:

Dependiendo de con que palabras o actos haya seducido Ticio a Rutilia, existirá mayor o menor ofensa en Cayo. Si Ticio actuó engañado por el vestido de Rutilia, sin ánimo de injuriar por creer a Rutilia realmente esclava de Cayo, no habrá delito de injuria, por lo que no procederá la acción.

1.4. Rapiña

Se entendía por rapiña un robo cometido con violencia. Inicialmente este delito se castigaba igual que el de robo no manifiesto; sin embargo, el pretor Lúculo creó una acción especial, la *actio vi bonorum raptorum*, por la cual la víctima podía reclamar una multa privada del cuádruplo del valor del objeto.

Dicha acción era de carácter penal pero el derecho Justiniano, estableció que una cuarta parte de la sanción se considerara como indemnización y tres cuartas partes como multa privada, dándole así el carácter de acción mixta, ya que servía tanto para reclamar una indemnización como para lograr una multa privada.

1.5. Intimidación

El miedo o intimidación es la amenaza con un mal grave y actual que un hombre sereno no puede rechazar.

La acción de miedo o intimidación es *in factum* (por el hecho), de carácter penal, puede darse como noxal, persigue una condena por el cuádruplo dentro del año y por el lucro obtenido si se entabla después. El edicto concede una *restitutio in integrum* para los actos viciados con intimidación.

La acción no es infamante y el demandado, por un acto viciado con miedo, puede oponer una excepción de miedo (*exceptio metus*) que no es anual.

Se llama metus a la violencia empleada para obligar a una persona a prestar su consentimiento en un acto.

En el caso en que esta haya resultado lesionada por las consecuencias del acto o por el acto mismo, un pretor llamado Octavio (entre el 675 y 683 de Roma) creó una acción que llegó a ser conocida con el nombre de fórmula Octaviana.

Los rasgos principales de esta acción son los siguientes:

Es una acción personal: esto a pesar de tener «en una cierta medida la impersonalidad que distingue a la acción *in rem*: es dada contra toda persona que se haya aprovechado de la violencia...».

In Factum;

- Arbitraria, como tal, el juez debía ordenar a la parte perdedora la restitución del daño, si la accionada accedía resultaba absuelta, en caso contrario era condenada por el cuádruple si fue ejercida dentro del año de la comisión del ilícito, en cuyo caso era considerada como una acción mixta, una parte en carácter reipersecutorio, las tres restantes en carácter de pena, ejercida fuera de este plazo procedía solo por el simple.

- La condena no acarrea la tacha de infamia.

1.6. Dolo

Cuando una persona hubiese prestado su consentimiento para un acto, habiendo concurrido la otra parte en dolo malo, ya que el dolo bueno no configuraba delito,

y esta, la persona que consintió, se viere lesionada por el acto realizado o sus consecuencias se configuraba la figura del dolo.

Este, el dolo, fue sancionado por un pretor llamado Aquilio Galo (año 688 de Roma) por medio de la *actio dolis*, la cual era de carácter infamante para el condenado, por lo cual requería un previo estudio del caso antes de ser concedida.

Solo era practicable contra el autor del dolo y dentro del año de realizado el ilícito, fuera de este plazo solo es concedida una acción por el enriquecimiento concurrido, la cual no es infamante; esta acción es también ejercitable contra los herederos del delincuente hasta el beneficio concurrido, claro está que no es infamante para estos.

Al igual que en la *actio metus*, por ser una acción arbitraria, el juez debía ordenar a la parte perdedora la restitución del daño, si la accionada accedía resultaba absuelta, en caso contrario era condenada a pagar una pena pecuniaria fijada de acuerdo a lo juramentado por la accionante, además de la tacha de infamia.

Cuando la restitución de la cosa era imposible, el juez dictaba sin más trámite la condena.

Por el carácter infamante de la *actio dolis*, solo era concedida a falta de otro recurso, como sería una acción civil o pretoriana, un interdicto, una excepción o la *in integrum restitutio*, en caso contrario era rechazada.

También la *actio doli*, era una acción penal, por el simple importe del daño. La víctima tanto del dolo como de la intimidación, tenía a su favor las excepciones correspondientes y, en su caso, la *in integrum restitutio*.

El dolo malo es cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra; el dolo es toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle.

El Derecho civil tiene en cuenta el dolo únicamente en los juicios de buena fe, cuando este haya causado un error grave con consecuencia de la nulidad de un contrato. Así se acostumbró a incluir en los contratos una estipulación por lo que las partes o el deudor, se comprometían a actuar sin dolo malo.

El edicto del pretor concede una acción de dolo (*actio de dolo*), infamante, para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido; también una *restitution in integrum*.

También concede el pretor una *exceptio doli* contra las acciones derivadas del acto viciado con dolo.

1.7. Fraude a acreedores

Este delito comprendía aquellos actos realizados intencionalmente por el deudor para caer en insolvencia.

El acreedor perjudicado podía pedir la revocación de tales actos a través del *interdictum fraudatorium* o de una *in integrum restitutio*. En el Derecho justiniano se funden estos dos remedios en una acción revocatoria llamada *actio Pauliana*; esta acción no daba lugar a una multa privada, se trataba de una acción revocatoria y no era infamante.

A partir de la sanción de la ley *Poetelia Papiria*, la cual prohibió la privación de libertad por deudas, el patrimonio del sujeto pasivo pasó a convertirse en la garantía de sus obligaciones. En este sentido, cualquier acto de disposición de sus bienes que efectuase el deudor afectaría el derecho de sus acreedores.

A la enajenación de bienes realizada por el deudor con el objeto de disminuir su patrimonio, y en consecuencia diezmar la garantía de sus obligaciones, con intención fraudulenta, se llamó enajenación en fraude de acreedores.

Varios fueron los medios cedidos por el pretor para proteger a los acreedores, algunos de los cuales fueron:

- a) El interdicto *restitutio*: practicable dentro del año de efectuada la enajenación, contra el tercero adquirente de mala fe; el objeto del mismo era la restitución de los bienes a su propietario original.
- b) El interdicto *fraudatorium* (relacionado al fraude): ejercitable contra el tercero hubiese incumplido con la obligación de restituir impuesta por el *iudex* al hacer lugar al interdicto restitutorio; su objeto era la restitución de la cosa y de los frutos pendientes al momento de la enajenación.
- c) La *in integrum restitutio*: concedida contra los actos tachados de dolo (respecto a los acreedores) o fraude realizados por el deudor, con el objeto de rescindir la enajenación.
- d) La acción pauliana: es ejercitable contra cualquier enajenación, obligación o remisión de deuda que afecte al patrimonio del deudor.

Requisitos:

- a) Que el acto haya disminuido el patrimonio, no solamente evitado su incremento.
- b) El accionante debe demostrar que el acto fue cometido en fraude de acreedores. Este punto consiste de dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo. El primero está dado por la existencia de un perjuicio, *eventus damni*, el cual será considerado en la *bonorum venditio*; el segundo está dado por el concurso del *consilium fraudis*, lo que implica que el enajenante debía por lo menos tener conocimiento del perjuicio ocasionado en el día de la enajenación. Que el tercero hubiese actuado en convivencia con el enajenante, caso contrario, solo procedía una acción *in factum* contra el tercero, en la medida de su enriquecimiento cuando se tratase de actos a título gratuito.
- c) El ejercicio de la acción pauliana era anual, dicho plazo era contado a partir del día de la enajenación y procedía contra el adquirente. Transcurrido este término solo fue concedida por la medida en que este se hubiese beneficiado con el ilícito; era posible accionar contra los herederos de este en las mismas condiciones, es decir, por la medida del enriquecimiento.
- d) El objeto de la acción pauliana era la revocación de los actos realizados en las condiciones señaladas. Al ser una acción arbitraria, solo aparejaba una pena en el caso de incumplimiento del mandato de restitución del juez.

2. CUASIDELITOS

Los cuasidelitos son la última de las fuentes de las obligaciones, consideradas por Justiniano dentro de las cuatro más importantes. Sin embargo, entre delito y cuasidelito

no existe en el Derecho romano, no tiene ninguna diferencia esencial. De esta manera, cuando los compiladores dicen que existen obligaciones que nacen *quasi ex delicto*, se refieren en realidad a nuevas figuras delictivas, creadas por el Derecho honorario y que no habían quedado incluidas en la lista tradicional de los delitos.

Las cuatro figuras de cuasidelito mencionadas en el *Corpus iuris* son las siguientes:

2.1. Torpeza o deshonestidad judicial

El juez que hacía suyo el proceso, es decir que dolosa o negligentemente dictaba una sentencia injusta, quedaba obligado a pagar a la parte perjudicada una indemnización.

En los casos en que el juez, habiendo mediado dolo o culpa, hubiese dictado una condena «por una suma mayor o menor de la determinada en la *condematio* de la fórmula», el pretor dispuso que el afectado pudiese reclamar mediante una acción la indemnización del daño causado, cuyo monto debía ser equitativo.

2.2. *Effusum et deiectum*

El habitante de una casa desde la cual se arrojaba algo a la vía pública ocasionando un daño, respondía por el doble del valor de este.

Para el caso alguna persona haya resultado dañada por algún objeto, sólido o líquido, que fuera arrojado o derramado de una casa a un lugar donde es común el tránsito de personas, el pretor concedió una acción penal ejercitable contra el habitante de la casa-habitante principal de la casa, sin importar en que título, mientras no sea un viajero de donde provino el referido objeto, a favor del lesionado. A su vez le fue conferida al habitante una acción para cobrarse del verdadero actor.

El punto más resaltante en este cuasi delito es el siguiente: la acción tenía lugar aun cuando no hubiere mediado culpa siquiera, marcando así un antecedente lejano de la responsabilidad objetiva.

La resarcición era calculada en proporción al perjuicio material ocasionado; si se desembocaba el ilícito en la muerte de un hombre libre, el hecho estaba penado con cincuenta sueldos de oro y la acción correspondiente era popular, es decir, oponible por cualquier persona.

2.3. *Positum et suspensum*

También era responsable el habitante de una casa que colocara o suspendiera algún objeto que con su caída pudiera causar un daño. La acción respectiva era una acción popular y sancionaba un posible daño, ya que no era necesario que el perjuicio se hubiera producido.

Por medio de un edicto pretoriano quedó prohibido colgar o suspender cosas sobre la vía pública. Esta disposición fue sancionada con una acción popular, es decir, ejercitable por cualquier persona contra el habitante, sin necesidad de que lo colgado o suspendido hubiese caído; el condenado recibía una pena de diez sueldos de oro.

2.4. Responsabilidad de navieros, posaderos y dueños de establos

Las citadas personas se hacían responsables por los objetos dejados bajo su custodia; pero si sus dependientes cometían robos o daños, también quedaban obligados, *quasi ex delicto*, a pagar una indemnización.

El *Digesto* dedica a la reglamentación de esta situación el título IX de su libro IV (*Nautas, caupones, stabularii ut recepta restituant*). Imponía a las personas indicadas la obligación de restituir las cosas recibidas, a no ser que se hubiesen perdido por culpa del viajero o por fuerza mayor (*vis mayor*). Ni siquiera el caso fortuito los liberaba de la obligación de restituir o, en su caso, pagar el doble del valor de la cosa. Dice Ulpiano que la utilidad de estas medidas es muy grande, porque, por regla general, el viajero está obligado a confiar en estas personas y dejarle sus efectos en custodia... Si no se hubiesen tomado estas medidas se daría motivo para que se uniesen con los ladrones en perjuicio de aquellos de quienes reciben, máxime si se tiene en cuenta que, ni en presencia del rigor de la ley, se abstiene de tales fraudes.

3. ANÁLISIS Y CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

Dentro de las fuentes de las obligaciones se han dado diversas clasificaciones; por una lado Gayo, en sus *Institutas*, fue el primero en clasificar las fuentes de las obligaciones, estableciendo que estas nacen de un contrato (*ex contractu*) o de un delito (*ex delicto*).

Posteriormente, en otra obra suya, *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, agrega a la clasificación bipartita originaria un tercer cuadro de figuras que deja indeterminadas, llamándolas *variae causarum figurae*.

Finalmente, en Justiniano se encuentran explicitadas las figuras, algunas a las cuales por su cercanía con los contratos las denominó *quasi ex contractu*; en tanto que a las otras, por su parecida a los delitos las llamó *quasi ex delicto*.

En el estudio de la obligación nacida de delito es necesario sustraerse a la sugestión de las ideas modernas. La palabra *delito* ha tenido en los autores significados similares, pero son diferentes en la forma en que estos desarrollan el tema.

Por un lado, Di Pietro, entiende por delito «todo acto ilícito que esté sancionado con una pena». Que para que uno resulte responsabilizado por un delito es suficiente en cuanto a la edad, ser impúber *pubertati proximus*, pero también pueden serlo algunos que carecen de capacidad negocial, como el del esclavo o del pródigo. El perjudicado por el delito podía ejercitar una acción penal para lograr el cobro de la pena, que en un principio era corporal hasta que luego se transformó en pecuniaria. Dicha acción no era incompatible, en cuanto a su ejercicio con alguna acción reipersecutoria, la cual se puede acumular. Esta acción penal era en un principio intransmisible, porque no se podía ejercitar contra los herederos del delincuente como también por los herederos del perjudicado. Sin embargo, este principio fue evolucionando, permitiéndose contra los herederos del delincuente por un monto de los que estos hubieren aprovechado económicamente. La acción penal admitía el beneficio de la *deditio in noxa*, esto significa que si un delito era cometido por un *filius* o un esclavo, era responsable el *páter*, pero este se liberaba entregando *in causa mancipi* al ofendido la persona del hijo o en propiedad al esclavo.

Según Arangio-Ruiz, el delito «es la violación de una norma establecida en interés colectivo»; es decir, se toma la idea de delito como aquello que es inseparable de la acción pública y de la pena pública.

En las relaciones entre particular y particular, entre ofensor y ofendido, el concepto de pena no tiene lugar, así lleva a la eliminación por medio de la ley y la costumbre de

toda venganza primitiva. En consecuencia, el delito civil entre los particulares solo se toma en cuenta si causa un desequilibrio en los patrimonios.

Un gran número de comentaristas enseñan que lo que caracteriza el delito y lo distingue de los cuasi delitos, es que suponen dolo, la intención de dañar. Sin embargo, el daño causado por la imprudencia constituye algunas veces delito, sin que haya intención formal de perjudicar y que, en otros casos, la obligación y la acción nacen, no *ex delicto*, sino *quasi ex delicto*, aunque haya existido dolo. Es por ello que para que haya obligación *ex delicto* es necesario que el hecho dañoso haya sido especialmente previsto y caracterizado por la legislación, y que haya sido acompañada por una acción particular.

3.1. Caracteres del delito

- Objeto: pago de una suma de dinero al ofendido.
- Hecho dañoso: no basta la simple intención de realizar un acto penado por la ley, sino que es menester la existencia de un hecho material.
- Autor: Todo individuo excepto:
 - Dementes.
 - Impúber infantia proximus (mayores de 7 años y menores de 14).
 - Infantes (menores de 7 años).

Cuando el autor del delito era un *filius familias* o un esclavo, el *paterfamilias* o el amo podían liberarse de la obligación, haciendo abandono noxal del autor del delito.

En caso de pluralidad de autores, la obligación que nacía era solidaria entre todos ellos.

Extinción: Estas obligaciones se extinguían por pacto o por muerte del autor o agente.

Al analizar el proceso penal romano los delitos se agrupaban en dos grandes categorías, la de los delitos públicos (*crimina pública*) y la de los delitos privados (*delicta privata*). Los primeros interesaban a la sociedad ya que se afectaba el orden social y en consecuencia podía ser intentada por cualquier miembro de la comunidad; el castigo que imponían los tribunales significaba un castigo que se daba al delincuente para reparar la ofensa que haya provocado a la sociedad. Los segundos afectaban a los particulares y por esa razón solo podían ser perseguidos por las personas afectadas, la pena que se daba era del resarcimiento de los daños ocasionados al damnificado.

Los delitos públicos son aquellos que importan violaciones a la ley, que directa o indirectamente afectan el orden público. Cualquier ciudadano puede perseguir y castigar al autor de una violación.

Daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, ante una jurisdicción especial. El derecho de intentar esta persecución estaba abierto a todo ciudadano, aunque de hecho solo los personajes de cierta importancia usaron asumir el papel de acusador.

Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran llamados *crimina* o *judicia pública*. Leyes penales fijaban para cada delito público penas más o menos graves.

El estudio de los derechos públicos es extraño al Derecho privado, es por ello que se da un mayor enfoque hacia los derechos privados.

Con relación a los delitos privados considera que consisten en atentados contra el derecho de carácter privado, sin afectar la organización social, el damnificado es el único que tiene derecho a accionar contra el delincuente.

La ley de las XII Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona culpable. La ley se limita, en efecto, en ciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón, era azotado y atribuido como esclavo al robado.

Los decenviros solo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y dándole una forma menos bárbara, reemplazándola por una multa. Es lo que explica los caracteres de la represión, tal como estaba organizada:

A la parte lesionada solo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción va a dar en una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado.

La pena se mide por el resentimiento de la víctima más que por la culpabilidad del agente, de esta forma el ladrón será castigado más severamente por el delito cuando sea encontrado en el momento del hecho.

El legislador, al fijar la multa debida por el culpable, no se ha preocupado en la reparación del perjuicio.

Después de la ley de las XII Tablas, las leyes penales y la jurisprudencia desarrollaron poco a poco un sistema más perfeccionado. Por un lado se tuvo en cuenta la intención criminal en el autor del delito, por otra parte, la pena fue mejor según el daño causado. Igualmente es la parte perjudicada la que siempre tiene el derecho de obrar contra el culpable.

Sin embargo, bajo el Imperio se sintió la necesidad de reprimir ciertos delitos privados. En algunos casos se permitió a la parte lesionada ejercitar contra el autor del delito.

La primera característica de las acciones que reprimen los delitos privados es la intransmisibilidad, porque las mismas no se podían transmitir a favor de los herederos del ofendido ni contra los herederos del ofensor.

La acción penal era, pues, en el comienzo de la República, intransmisible activa y pasivamente; es decir, que no correspondía a los herederos del ofendido ni contra los herederos del ofensor. Pero la intransmisibilidad activa, contrariada de todo modo por la jurisprudencia, se transformó bien pronto en la regla especial de unas pocas acciones, civiles y pretorias, en las cuales se presentaba más genuina la función de venganza, primeras entre todas las acciones de injuria y de sepulcro violado.

Más tenaz es el principio de la intransmisibilidad pasiva que permanece intacto durante todo el periodo clásico y luego en Justiniano es explícitamente abandonado. Solamente se admite que, aun extinguiéndose con la muerte del ofensor, la acción penal, deba, sin embargo, otorgarse en su lugar, contra el heredero, una acción limitada a la ventaja patrimonial que él haya obtenido del acto ilícito; en qué medida las disposiciones de este género pertenezcan al pretor y a la jurisprudencia clásica, es todavía objeto de discusión.

Otra de las características es la acumulabilidad que significa que no impide al ofendido intentar cualquier otra. Esta comprende dos diversas máximas: por un lado, si son varios los autores de un mismo delito, cada uno está obligado a sufrir la totalidad de la pena; por el otro lado, que el ejercicio de una acción penal no impide el de otras

acciones destinadas a la recuperación de la cosa perdida o, en todo caso, el resarcimiento del daño patrimonial.

Mientras las acciones penales del Derecho civil son perpetuas, es decir, que pueden intentarse sin límite de tiempo, las del Derecho pretorio son anuales; esto significa que corresponden dentro del año del hecho o desde el momento en que el ofendido está en condiciones de intentarlas. También aquí la acción se encuentra frecuentemente otorgada más allá del año *in id quo porvenir* o sustituida por una *actio in factum*.

La acción penal es opuesta por los clásicos, a la acción que tiende a obtener la restitución de una cosa o el resarcimiento de un daño. La distinción es clara cuando, cometiéndose el delito con la sustracción de una cosa, el ofendido dispone de la acción penal y de la acción reipersecutoria. En otros casos, como en las injurias, la procedencia exclusiva de la acción penal no causa impresión, ya que falta un daño patrimonial a resarcir. Pero aun habiéndose producido un daño, la acción penal es el único remedio de que la víctima dispone, esto ocurre particularmente en la *actio legis Aquiliae*, en materia de daño. Frente a estos casos la jurisprudencia clásica es algo incierta; las consecuencias de la penalidad (intrasmisibilidad, noxalidad, etc.) están fuera de cuestión, pero una tendencia doctrinal por Gayo niega que una acción sea estrictamente penal, si la víctima no dispone de otra acción de carácter reipersecutorio. Así, en materia de *actio legis Aquiliae*, aprovechando del hecho de que la acción se concedía *simplum* si el delincuente confiesa e *in duplum* si niega, Gayo afirma que en este segundo caso se persiguen *rem et poenam*, en el sentido de que una de las dos estimaciones de la cosa sirva para resarcir el daño, en tanto que la otra para castigar al culpable

También se caracterizaban por su noxalidad, que permitía entregar el ofendido al autor del delito, cuando se trate de un acto ilícito cometido por el esclavo o un *filiusfamilias*. La acción no se dirigía contra el autor sino contra el páter, quienes podían liberarse de la entrega del delincuente pagando la indemnización correspondiente.

Luego las acciones que emergen de los delitos privados que entraban dentro del marco del *ius civile* tenían el carácter de perpetuas, permitiendo al ofendido accionar en cualquier momento sin que le afecte el transcurso del tiempo. Las acciones que sancionaban los delitos pretorianos, se encontraban fuera de la permanencia ya que por lo general se extinguían en el transcurso un año, desde el momento que se cometió el delito o desde el momento que el ofendido podía ejercitarlas. No se tenía en cuenta la prescripción anual en las acciones creadas por el Derecho honorario.

Las fuentes romanas señalan como típicos delitos privados del Derecho civil al hurto (*furtum*), a la rapiña (*vi bona rapta*), al daño injustamente causado (*damnuminiuria datum*) y a la injuria (*iniuria*)

Pero hay otras menos importantes: se pueden citar como ejemplos; el delito de corrupción de esclavo; la acción *servi corrupti* implicaba una condena del duplo del daño; el delito consistente en cortar árboles ajenos, sancionado en virtud de la ley de las XII Tablas por la acción de *arboribus succis*, que encerraba una pena de 25 ases por árbol, y en virtud del edicto del pretor por la acción más amplia *arborum furtim cesarum*, con condena del duplo.

3.2. Furtum bajo Justiniano

La palabra *furtum*, robo, proviene o de *furvum*, que significa negro, porque se comete clandestinamente en la oscuridad y a veces de noche o bien de *fraus* (fraude), o de *ferre*, es decir llevarse, o de la palabra griega *wwpas*, que significa ladrón.

El robo es de dos especies, manifiesto o no manifiesto, los robos *conceptum* y *oblatum* son más bien especies de acciones inherentes al robo.

El ladrón manifiesto es el que los griegos llamaban en flagrante delito, no solo el que era aprehendido en el hecho, sino también el que era aprehendido en el paraje del robo, ejemplo: antes de haber pasado la puerta de la casa en que ha cometido el robo. Es preciso también extender el robo manifiesto al caso en que el ladrón haya sido visto o aprehendido por el propietario o quien sea, en un paraje público llevando todavía las cosas robadas, antes de haber llegado al lugar adonde se proponía depositarla.

Se dice que hay *robo conceptum*, cuando la cosa robada ha sido en presencia de testigos buscada y hallada en casa de alguno.

Se dice que hay *robo oblatum*, cuando la cosa robada te ha sido entregada por algunos y hallada en tu casa, si el que te la ha dado lo ha hecho con la intención de que fuese aprehendida en tu casa más bien que en la suya.

Hay robo cuando se toma una cosa contra la voluntad del propietario de ella. Cuando el acreedor se sirva de la cosa que le ha sido dada en prenda el depositario, de la que le ha sido confiada o cuando el que tiene una cosa en uso la emplee en otro uso distinto de aquel para el cual le ha sido dada, hay robo. Ejemplo: si el que toma un caballo prestado para un paseo lo lleva mucho más lejos o si lo conduce a un combate. Sin embargo, el que toma las cosas a préstamo y las emplea en un uso distinto de aquel para el cual le fueron prestadas, no comete robo si no lo hace sabiendo que es contra la voluntad del propietario y que este si lo supiere, no lo permitiría. Si se ha creído cierto del permiso, no hay crimen: distinción muy justa, porque no hay robo sin intención de robar. Si el que toma el préstamo cree usar de la cosa contra la voluntad del propietario, mientras que tiene esto lugar según su voluntad, se decide que no hay robo. Algunas veces puede haber robo de personas libres, por ejemplo si alguno de los hijos sometidos bajo nuestra potestad nos fuese robado. Otras veces se roba su propia cosa, ejemplo: si el deudor sustrae a su acreedor la cosa que le había dado en prenda. Puede suceder que uno esté obligado por la acción de robo, aunque no haya robado.

3.3. Furtum según Gayo

Se distinguen cuatro géneros de *furtum*: el *manifestum*, el *nec manifestum*, el *conceptum* y el *oblatum*.

- a) El *furtum manifestum* es aquel en el cual el ladrón es aprehendido en el momento que lo comete, otros van más allá, ya que sería aquel en el cual el ladrón es aprehendido en el mismo lugar que lo comete como por ejemplo, si ha cometido el *furtum* de olivas en un olivar o el de uvas en una viña en tanto que el ladrón esté en dicho olivar o en dicha viña o si el *furtum* ha sido cometido en una casa en tanto que el ladrón esté en dicha casa, otros dicen que el *furtum manifestum* es aquel en el cual el ladrón transportase lo hurtado hacia el lugar donde tenía intención de llevarlo; bastaría que el ladrón hubiese sido visto teniendo la cosa en su mano, estimaron que el *furtum* era *manifestum* cuando el ladrón fue aprehendido mientras transportase lo hurtado al lugar destinado, esto no está aprobado ya que existe dudas sobre si el llegar a dicho lugar tardaría días o incluso varios días.
- b) El *furtum nec manifestum* es lo que no es *manifestum*.

- c) El *furtum conceptum* es cuando en presencia de testigos la cosa robada ha sido buscada y hallada en la casa de un tercero, en efecto contra este último se ha dado una acción que se llama *concepti*.
- d) El *furtum oblatum* es cuando la cosa robada te ha sido llevada por alguien y encontrada en tu casa o al menos si el que te la ha dado ha tenido la intención de que la misma fuera encontrada, en tu casa antes que en la suya: en efecto, a ti, en cuya casa la cosa ha sido encontrada se te da una acción contra aquel que te la dio por más que este no sea el ladrón, la cual es llamada *actio oblati*.

El *furtum manifestum* puede ser por determinación de la ley o por su naturaleza: por determinación de la ley, en el caso del cual hablamos y por su naturaleza, pero resulta más exacto entender que el *furtum manifestum* solo es *manifestum* por su naturaleza ya que la ley no puede hacer que un *furtum* que no es *manifestum* sea *manifestum*, así como tampoco puede declarar que quien no ha cometido un adulterio o un homicidio, no obstante que él no cometiera ninguno de ellos. El *furtum* no ocurre solamente en el caso de que alguien substraiga una cosa con el fin de apropiársela, sino de manera general cuando alguien retenga alguna cosa ajena en contra de la voluntad de su dueño. También si alguien se queda con la cosa que le ha sido confiada en depósito, comete *furtum* y también si alguien recibe una cosa con el fin de darle un uso determinado y la destina a un uso distinto, se obliga igualmente el *furtum* como por ejemplo, si alguien recibiera el uso de la platería bajo el pretexto de invitar a unos amigos a cenar y luego se la llevara al extranjero, o si alguien ha obtenido el beneficio del comodato de un caballo para un paseo, se lo llevara más lejos por ejemplo lo condujera a una batalla.

Se estableció que quien usara las cosas dadas en comodato de una manera distinta de aquellas que se tuvo en vista al recibirlas, solo comete el *furtum* si tiene conciencia de hacer algo en contra de la voluntad del dueño de la cosa, es decir, si inteligiera que dicho uso no estaría permitido por el dueño, ya que si creyera el mismo le estaría permitido, se debe ver exento del crimen de *furtum*. El *furtum* no se comete sin una intención dolosa.

Y aun si se retiene una cosa creyendo estar en contra de la voluntad de su dueño, pero en realidad este está de acuerdo en ello, se dice que no se configura el *furtum*, ejemplo: Titius ha solicitado a un esclavo mío que me substraiga algunas cosas y se las diera a él y mi esclavo me ha advertido de ello, entonces yo quiero aprehender a Titius en flagrante delito, permito que mi esclavo le lleve dichas cosas, cuestionándose entonces si Titius queda obligado por el delito de *furtum* o por el de corrupción de un esclavo, o por ninguno de ellos.

A veces incluso puede cometerse el *furtum* de hombres libres como por ejemplo, si se han substraído los *liberi* que están bajo nuestra potestad o la *uxor* que está bajo nuestra *manus*, o también un *iudicatus* o un *auctoratus*. También puede cometerse *furtum* de la cosa propia, ejemplo: si el deudor substraiera al acreedor la cosa que le ha dado en *pignus* o si yo le substraiera mi cosa a aquel que le poseyera de buena fe, está permitido a veces ocupar cosas ajenas, ejemplo: las cosas hereditarias respecto de las cuales el heredero ha tomado aún la posesión a menos que fuera un heredero necesario.

3.4. Furtum según otros Jurisconsultos

Se hace muy difícil dar una definición de *furtum* ya que los juristas clásicos fueron construyendo la idea mediante el agregado de diversos supuestos muy disímiles. La

definición de Paulo está muy manipulada por los compiladores bizantinos, pero nos puede servir de punto de apoyo para precisar el concepto. Dice así: «el *furtum* es el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar lucro (*lucri faciendi gratia*), ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión, lo que por ley natural está podido hacer». Caben al respecto muchas aclaraciones:

1. Se habla de *contrectatio* que es un término muy amplio. Abarca muchas posibilidades: así, el sacar una cosa del lugar donde esta (*amotio*) o la sustracción (*ablatio*); como también la retención de una cosa en contra de la voluntad de su dueño. Pero también los casos especiales de uso e incluso de la posesión. A pesar de esta diversidad de significados, Oderigo afirma que la *contrectatio* es la sustracción de cosa ajena o apoderamiento de la propia sin derecho.
2. Si bien se emplea una palabra muy poco usada (*fraudulosa*), se entiende aquí que hay una referencia al «dolo malo». También es denominado *animus* o *adfectus furandi*; que consiste en el conocimiento que tiene el *fur* de que se está llevando una cosa ajena *invito domino*, es decir, en contra de la voluntad de su dueño. Pero además su conocimiento o creencia de ser así, debe completarse con la existencia verdadera de que el dueño de la cosa tiene una voluntad contraria.

El fraude como tal no es *furtum*, debiendo ser solucionado por la *actio doli*. Sin embargo, se pueden dar ciertos casos especiales; así, el de: «Queriendo yo prestarle dinero a Ticio, hombre honrado, me lo substituíste por otro Ticio (es decir, otra persona), pobre, y lo hiciste como si fuera rico, y dividiste con él el dinero recibido». En este caso, Ticio, al recibir el dinero comete *furtum* y tú también como cómplice.

3. La expresión *lucri faciendi gratia* (o *animus lucrandi*) está vinculada con el *animus furandi*, destacando el principio de enriquecimiento del *fur*. Los posclásicos muestran predilección por ella. Sin embargo, una cierta idea existe entre los autores clásicos. El *fur* no solo debe tener el *affectus furandi*, sino además cometer el delito con un cierto aprovechamiento. Ello se ve, por ejemplo, cuando se trata de cosas «yacentes»: se comete *furtum* cuando alguien toma una cosa para realizar un lucro, pero no si la tomo para entregarla al dueño o a quien la reclamase: en estos últimos casos no hay ánimo de hurtar (*animus furandi* se conjuga con *animus lucrandi* siendo prácticamente lo mismo).
4. Por otro lado, quien se apodera de una cosa, no para beneficiarse, sino para dañarla, entraría en el régimen de la *Lex Aquilia* (o sea el *damnum iniuria datum*) y no el *furtum*; lo mismo, si por causa de *iniuria* quebrando la puerta del vecino, aun cuando por ello otros entren y roben, cometo *iniuria* y no *furtum*. Se trataría, pues, de una expresión que se conjuga íntimamente con el *affectus furandi*, prácticamente hasta confundirse; aceptada y expandida retóricamente en forma más generalizada por los bizantinos.

Según Arangio–Ruiz, el *affectus furandi* o intención fraudulenta es la conciencia del delincuente de obrar en perjuicio de los derechos de un tercero.

En la definición de Paulo se habla de cosa. No emplea la expresión *res aliena* (cosa ajena), sino simplemente *res*, para posibilitar junto a los casos de *furtum rei* y *furtum usus* (que son sobre cosa ajena), el de *furtum possessionis* (que lo es sobre cosa propia).

A su vez, también se puede cometer *furtum* sobre algunas personas libres. Pero aparte de la posibilidad del crimen de *plagium* (secuestro o enajenación de personas libres o retención de esclavos fugitivos), existe un *interdictum de liberis exhibendis vel ducendis* para recobrar a los hijos secuestrados.

5. Finalmente, Paulo hace una referencia a la *lex naturalis*; el principio resulta conforme con el pensamiento romano, la misma naturaleza no permite que aumentemos nuestros bienes despojando a los demás, lo cual se mantiene, por supuesto, con el cristianismo: la ley escrita en nuestros corazones castiga ciertamente el *furtum*. Pero curiosamente en Aulo Gellio se mencionan los casos de ciertos pueblos como los lacedemonios y los egipcios para los cuales el robo estaba permitido, como medio de ejercitar la astucia y la destreza guerrera.

El hurto era, según Ulpiano, en Derecho romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión.

Este delito supone la reunión de las siguientes condiciones:

1. Es preciso un hecho *contrectatio rei*, es decir, el acto de tomar una cosa para apoderarse de ella y también el hecho de apropiársela, de disponer de ella. Así entran en el *furtum* no solamente la sustracción de la cosa ajena, sino también el acto del depositario que se niega a restituir al propietario del objeto del depósito.
2. Es preciso que al hecho se una la intención fraudulenta, el *affectus furandi*; es decir, la conciencia en el ladrón de obrar en fraude de los derechos de un tercero y cometer un hurto. No hay, pues, hurto si se quita la cosa ajena creyendo tener derecho.
3. Es preciso que el acto haya sido realizado contra la voluntad del propietario, invito domino. Aun cuando al apoderarse fraudulentamente de una cosa se ha creído obrar contra la voluntad del propietario, no hay hurto si en realidad el propietario lo consiente.
4. Es preciso que el autor del acto tenga intención de sacar provecho, *lucri faciendi gratia*. Si ha querido perjudicar a otro, pero sin lucrarse, puede hacerse culpable de otro delito, pero no hay hurto.

El delito de hurto apareció legislado en Roma por la Ley de las XII Tabas en cuyos preceptos dominaban una concepción primitiva que graduaba el monto de la pena teniendo en cuenta, no la gravedad del delito en sí, sino determinadas circunstancias que rodeaban al acto, como el momento en que se hubiera consumado, la mayor o menor habilidad puesta de manifiesto por el ofensor para ejecutar el hecho delictuoso y su forma de reaccionar en el instante de ser descubierto.

También la ley regulaba la pena por el hecho de que el autor del hurto fuera sorprendido en flagrante delito o no. En el primer caso se presentaba el *furtum manifestum* que hacía que el ladrón fuera detenido y conducido de inmediato ante el magistrado el que debía condenarlo a la pena de azotes y entregarlo al ofendido en calidad de *addictus*. En el segundo, se configuraba el *furtum nec manifestum* que solo daba lugar a un proceso que llevaba una condena del doble del valor de la cosa robada.

Las *Institutas* de Justiniano explican que no solamente debía considerarse *fur manifestus* al hurto flagrante, pues el concepto también abarcaba el caso de que el ladrón hubiera

sido sorprendido, no cometiendo el delito mismo, sino en el lugar en que se consumió el hecho, así como el supuesto en que el delincuente. Teniendo todavía la cosa hurtada en su poder, hubiera sido visto o tomado por el dueño o por otro, antes de que la ocultase.

En cambio otros van más allá, ya que sería aquel en el cual el ladrón es aprehendido en el mismo lugar que lo comete, como por ejemplo, si ha cometido el *furtum* de olivas en un olivar o el de uvas en una viña, en tanto que el ladrón este en dicha casa. Otros van mucho más lejos, y han dicho que es *furtum manifestum* incluso aquel en el cual el ladrón fue visto teniendo la cosa en su mano, pero esta opinión no ha prevalecido. Otras opiniones, la de aquellos que estimaron que el *furtum* era *manifestum* cuando el ladrón fuera aprehendido mientras transportase lo hurtado al lugar destinado, no fue aprobada, ya que existía una seria duda sobre si llegar a dicho lugar le tardará un día o incluso varios días, ya que sucede a menudo que los ladrones intentan transportar las cosas substraídas a otras ciudades o a otras provincias.

Gayo menciona a las mismas en orden creciente de amplitud del concepto. La primera exige el ser sorprendido *in fraganti*; la segunda, el ser sorprendido, ya *in fraganti* o al menos estando dentro del ámbito en que se produce el *furtum*; la tercera, abarcando las dos anteriores, pero además, si se lo aprehende cuando habiendo abandonado el escenario del delito, se encuentra transportando la cosa al lugar donde pensaba guardarla; la cuarta, más amplia aun, no requiere la aprehensión, sino que bastaba con que fuera visto mientras transportaba la cosa hasta el lugar de su guarda.

La opinión prevaleciente parece resultar la segunda. La objeción que presenta Gayo al final del párrafo se soluciona con lo que dice Paulo, acerca de la cuestión de «adonde uno había determinado llevar la cosa se ha de entender así: adonde hubiere determinado permanecer aquel día con el hurto».

Paulo nos da otro concepto que no es el dado aquí por Gayo. Dice que es *fur nec manifestus* aquel «que no ha sido aprehendido haciendo (*in faciendo*) el *furtum*, es considerado como si fuera un *fur nec manifestus*, aun cuando el ladrón hubiere sido *manifestus*. Sin embargo, Pomponio, para el supuesto del cómplice que lleva la cosa robada a otro lugar, estima que si sabe que la misma es hurtada, entonces como cómplice es equiparado al *fur manifestus* en caso de ser aprehendido, mientras que el ladrón principal es *fur nec manifestus* puesto que no ha sido descubierto. En cambio, si se trata de una persona que transporta la cosa hurtada sin saber nada del delito, él no puede ser perseguido puesto que no es *fur*, y el ladrón, por lo dicho, será *fur nec manifestus*.

Esta clasificación se conjugaba bien con el espíritu del romano primitivo, que consideraba más punible al ladrón puesto en evidencia y aprehendido en el acto del *furtum* o sus secuencias inmediatas.

La ley decenviral consideró como hurto a ciertas situaciones especiales que, sin llegar a configurar casos de desapoderamiento de una cosa perteneciente a otro, fueron calificadas como tales bajo los nombres de *furtum conceptum* y de *furtum oblatum*. El *furtum conceptum* era aquel caso de encubrimiento en que una persona ocultaba en su casa la cosa robada por otro, circunstancia que daba lugar a una pesquisa tendiente a descubrir el objeto del hurto y a deslindar la responsabilidad del encubridor. La pesquisa podía verificarse en forma solemne o en forma no

solemne. La primera, llamada *lance licioque*, tenía lugar por medio de un registro domiciliario efectuado personalmente por el ofendido que debía penetrar desnudo en la casa sospechada, con solo un cordón arrollado a la cintura (*lición*) y portando una bandeja (*lancen*), y si tuviera por resultado el hallazgo de la cosa robada, el delito en que incurría el encubridor se denominaba *furtum lance conceptum* el que se equiparaba por sus efectos al *furtum manifestum* y estaba sancionado con la pena del cuádruplo. En la segunda alternativa, esto es, cuando la investigación se realizaba sin la solemnidad del procedimiento anterior o cuando la cosa robada fuera hallada en forma accidental o por una búsqueda consentida por el propietario de la casa donde se encontrare, el delito era designado simplemente *furtum conceptum* y, por no revestir la gravedad del *licioque*, daba lugar a la pena del triple contra el autor de la ocultación. El *furtum oblatum*, por su parte, era aquel en que incurría la persona que entregaba la cosa robada a un tercero de buena fe con el objeto de que la misma fuera encontrada en su poder intentando eludir así la consiguiente responsabilidad. La ley daba al tercero acción por el triple contra quien le hubiera efectuando la entrega del objeto, fuera o no el ladrón.

En la época clásica, estas reglas de las XII Tablas sufren algunas modificaciones, debidas al Derecho pretoriano y a la jurisprudencia. El pretor, aun cuando dejó subsistente la distinción entre *furtum manifestum* y *nec manifestum*, convirtió la pena corporal que llevaba aparejado el primero por una sanción pecuniaria del cuádruplo del valor de la cosa robada. También en este periodo por la *Lex Aebutia* se deroga el *lance licioque* que Gayo había ridiculizado por extravagante, siendo reemplazo por una investigación realizada ante testigos. Se mantiene además la distinción entre el *furtum conceptum* y el *furtum oblatum* cuya persecución se realiza ahora por medio de acciones especiales, la *actio fruti concepti* y la *actio fruti oblati*, que entrañaban una condena por el triple.

La jurisprudencia clásica, a su vez, creó dos nuevas formas de hurto, el *furtum prohibitum* y el *furtum non exhibitum*. Incurría en el primero el ocultador de una cosa robada que se oponía a la pesquisa que ante testigos se pretendía efectuar en su domicilio, siendo sancionada su actitud con la pena del cuádruplo que se hacía efectiva por la *actio prohibiti*, por ser considerado el delito como un *furtum manifestum*. Cometía un *furtum non exhibitum* la persona que se negaba a entregar la cosa robada que hubiera sido ocultada en su casa, actitud que atraía aparejada la pena del cuádruplo y era perseguida por la *actio fruti non exhibitum*. Se extiende así mismo el concepto de *furtum* a las hipótesis de uso ilícito de la cosa de otro o *furtum usus* que se configuraba cuando una persona que detentaba una cosa ajena, como el comodatario o el depositario, le daba un destino distinto al convenido o la usaba en su provecho sin consentimiento de su dueño y el *furtum possessionis* que tenía lugar cuando el propietario de una cosa despojaba de su posesión a la persona a quien se la había entregado por contrato.

En el derecho nuevo encontramos que todavía se mantiene la antigua distinción de *furtum manifestum* y *nec manifestum* que están reprimidos con pena del cuádruplo y del duplo, respectivamente. En esta época cae en desuso las acciones *furti concepti*, *furti oblati*, *furti prohibiti* y *furti non exhibitum* por haber perdido aplicación las figuras de hurto que las mismas sancionaban. La reforma fundamental que se advierte en el Derecho posclásico fue la de haber posibilitado la persecución del delincuente por medio de una acción penal, la *actio furti*, que condenaba al mismo al pago de una pena pecuniaria a favor del ofendido y que tuvo un carácter general pues era

aplicable a todas las manifestaciones que el hurto podía presentar. Sin perjuicio de ello, la víctima contaba con acciones de carácter *reipersecutorios* (*rei persecuendae causa comparatae*) que tenían por objeto la restitución de la cosa robada o la indemnización del perjuicio, como la *condictio furtiva*, la *actio ad exhibendum* y la *reivindicatio*. Cabía al ofendido además el derecho de acusar al ofensor, con el fin de obtener su castigo personal, suscribiendo una querrela criminal regulada por el *iudicium publicum extraordinem*.

3.5. Elementos y efectos del hurto

Para Justiniano: aquel en cuya casa ha sido aprehendida la cosa tiene en contra el que se la ha entregado, aunque no sea el ladrón, la acción que se llama *oblata* también está la acción *prohibiti furti* contra aquel que se opone a que sea buscada en presencia de testigos la cosa robada.

El edicto del pretor establece la acción *furti non exhibiti*: pena contra aquel que no presentare la cosa robada que ha sido buscada y hallada en su casa. Estas acciones han caído en desuso.

La pena del robo manifiesto es del cuádruplo, ya sea libre o esclavo el ladrón: la del robo no manifiesto es el doble.

Según Gayo, tal es el que ha cooperado al robo prestando cooperación y consejo, si en esto solo hay actos de mala cabeza, sin designio de prestar auxilio al robo, debe darse la acción *in factum*. Por el contrario, Mevio ha ayudado a Ticio a robar, ambos están obligados por la acción de robo, se considera como habiendo prestado a propósito asistencia al robo, al que han puesto las escalas en las ventanas, al que ha roto estas o la puerta a fin de que otro pudiese robar.

Los que se hallen bajo la potestad de su padre o de su señor, si les sustraen alguna cosa, cometen un robo; esta cosa cae bajo la condición de las cosas robadas y, por consiguiente, no puede adquirirse por ninguna usucapión mientras no haya vuelto a manos del propietario; sin embargo, no hace acción de robo, porque ni aun por ninguna otra causa puede nacer acción entre ellas. Si el robo ha sido cometido con el auxilio y consejo de otro, como haya robado este último será responsable por la acción del robo, porque es seguro que ha cooperado a un robo con asistencia y consejo. La acción de robo se da a aquel que tiene interés en la conservación de la cosa, aun cuando no sea propietario, por consiguiente no tiene acción, sino en el caso en que se halle interesado en que la cosa no perezca. El acreedor a quien se ha robado su prenda puede proceder por la acción de robo aun cuando el deudor tenga responsabilidad, porque le es más ventajoso recurrir a su prenda que perseguir a nadie de tal manera que aunque fuese el mismo deudor quien hubiese sustraído la prenda, no por eso dejaría de tener el acreedor la acción de robo. Del mismo modo, si un sastre ha recibido vestidos para limpiarlos o cuidarlos o para poseerlos y se los han robado, él tiene la acción de robo y no el propietario; porque este no tiene interés en la conservación de su cosa, pudiendo exigirla del sastre por la acción del alquiler. Pero el sastre puede obtener la acción del robo si tiene de que responder, es decir si pueden pagar al propietario el precio de su cosa, porque si no tuvieran con que pagar, el propietario, no pudiendo obtener de ellos su cosa, tendría él mismo la acción de robo, porque entonces tendría un interés personal en la conservación de su cosa.

El propietario tiene la facultad de intentar, ya la acción del *comodato* contra el comodatario y la acción de robo contra el ladrón, el comodatario queda libre de toda obligación; si se dirige contra el comodatario, no puede intentar contra el ladrón la acción del robo, que desde entonces corresponde al comodatario, debe igualmente tenerse entendido que si el propietario, que con ignorancia del robo hubiese intentado la acción del comodato, la abandona para entablar acción contra el ladrón, queda el comodatario libre de toda obligación, cualquiera que sea el resultado del proceso entablado con el ladrón, como también en el caso contrario cualquiera que sea la posibilidad que tenga el comodatario ya total o parcial.

Se ha preguntado si el impúbero que toma cosa de otro comete robo, pues el robo resulta de la intención, el impúbero no se halla sometido a las obligaciones de este delito a no ser que haya obrado en la edad próxima a la pubertad y, por consiguiente, con conocimiento de su delito. La acción de robo tiene por único objeto, la reclamación de la pena, porque además tiene el propietario la reclamación de su misma cosa que puede hacerse devolver por vindicación o por condición. La vindicación existe contra el poseedor, ya sea el mismo ladrón o cualquier otro, la condición por el contrario, contra el ladrón o su heredero, aunque no posea.

Existe también la *actio prohibiti furti* contra aquel que se opusiere voluntariamente a que se investigara el *furtum*.

La pena del *furtum manifestum* era una pena capital. El hombre libre que cometiera el *furtum* era declarado *addictus*; pero se discutía si por la *addictio* se convertía él mismo en un esclavo o se le colocaba en situación del *adiudicatus* (sobre un esclavo) después de haber sido igualmente azotado (se tenía el derecho de vida y de muerte). Pero más tarde, el rigor de esta pena fue reprobada y el edicto del pretor, tanto para el caso del esclavo como para el hombre libre estableció una acción por el cuádruplo.

La pena del *furtum nec manifestum*, está fijada por la ley de las XII Tablas, la del triple, la cual ha sido conservada tal cual por el pretor.

La *actio prohibiti furti* por el cuádruplo ha sido introducida por el edicto del pretor; en cambio la ley no estableció ninguna pena por esto. Quien impide la investigación de un *furtum* por parte de una persona vestida, lo impedirá más aún si la misma persona se le presenta desnuda, sobre todo teniendo en cuenta que si la cosa buscada es encontrada según este procedimiento la pena es mayor.

A veces ocurre que queda obligado por el *furtum* aquel que no lo cometió por sí mismo tal como ocurre cuando con su ayuda o consejo se ha cometido el mismo. En esta clase está aquel que ha hecho caer tus monedas a fin de que otro te las arrebatase, se debe examinar si corresponde una *actio utilis* ya que por la *Ley Aquilia* se ha penado el daño causado aún por culpa leve.

El ejercicio de la *actio furti* compete a aquel que aun no siendo dueño de la cosa le interesa que esta esté intacta y por ello no le es dada al mismo dueño más si a él le interesa que la cosa no perezca.

Se ha cuestionado si un impúber que subtrae una cosa ajena comete *furtum*, la mayoría opina que como el *furtum* requiere una intención entonces el impúber resulta obligado por este crimen si al menos es *proximus pubertati* y por ello se da cuenta de que comete un delito.

3.6. El hurto para otros jurisconsultos

Para que se configurara el delito de hurto era necesario la concurrencia de ciertos elementos vinculados a la cosa robada y al sujeto autor de la lesión.

Requíerese en primer lugar que exista un acto de apoderamiento de una cosa ajena (*contrectatio rei*) que se materializara por el hecho de que la cosa fuera removida por el ladrón, sustraída del poder del dueño y cambiada de lugar (*amotio rei*). La sola intención de robar carecía para el Derecho romano de relevancia para caracterizar el delito de hurto. El concepto de la *contrectatio rei* fue ampliado a otras situaciones como la que daba lugar el uso ilícito de la cosa ajena o *furtum usus* o la indebida apropiación de la cosa propia o *furtum possessionis*. También era necesario que la sustracción del objeto se hubiera llevado a cabo contra la voluntad del propietario (*invito domino*) porque el delito debía siempre provocar una lesión ilegítima a la posesión que otro detentaba sobre la cosa. De esta manera, el apoderamiento de una cosa con el consentimiento del dueño o del poseedor y la apropiación de una cosa abandonada o sin dueño, no importaba hurto a menos que se tratara de una cosa perdida y quien la tomara conociera tal circunstancia.

El *furtum* también exigía la presencia de un elemento subjetivo que estaba dado por la intención fraudulenta de obrar en perjuicio de los intereses y derechos del propietario de la cosa, actitud que los textos romanos calificaban de *dolus malus* y que referida al *furtum* llamaron *animus furandi* o *affectio furandi*. Asimismo el ofensor debía cometer el delito con la intención de obtener un provecho de la cosa (*animus lucri faciendi*), no importando que la utilidad beneficiara directamente al delincuente o a una tercera persona a quien este le hubiera hecho entrega del bien hurtado.

En lo que respecta a la cosa, objeto del *furtum*, debía la misma ser mueble (*res mobilis*), pero algunos jurisconsultos *veteres* consideraron que el *furtum* también podía recaer sobre inmuebles, opinión que fue desechada al establecer la legislación romana que bienes de esta naturaleza no podían ser objeto de hurto. También el Derecho romano llega a admitir que podía cometerse hurto de una persona libre, como un *filiusfamilias*, la mujer *in manu* o el deudor sometido a la *manus iniectio* del acreedor.

Pueden ser, según Petit, objeto de un hurto, los muebles corporales susceptibles de propiedad privada. No podría haber delito de hurto:

- a) Ni para los inmuebles. La cuestión había sido controvertida y los sabinianos eran de parecer contrario; pero su opinión no ha prevalecido.
- b) Ni para las cosas no susceptibles de propiedad privada, como las cosas *divini juris*, las cosas públicas. Su protección estaba asegurada por otros medios. Leyes especiales hacían de su violación delito público y pronunciaban contra los culpables penas muy severas. Lo mismo sucedía con el rapto y el secuestro de las personas libres.
- c) Ni para las cosas incorpóreas, que repugnan por su naturaleza misma a la idea de hurto.

El delito de hurto tenía el efecto de obligar al ofensor a crear un derecho a favor del ofendido para la restitución del objeto robado o al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera sufrido como consecuencia del hecho delictuoso. Para hacer efectiva la indemnización el Derecho romano acordó a la víctima una acción especial, la *actio furti*, en tanto que para lograr la restitución contó con acciones

reipersecutoria, tales como la *reivindicatio*, la *actio ad exhibendum* y la *condictio ex causa furtiva*.

La *actio furti*, que era perpetua, infamante y que solamente podía ser ejercida por los ciudadanos romanos hasta que fue acordada a los extranjeros mediante una fórmula ficticia, se concedía al propietario de la cosa hurtada así como también a cualquiera que tuviera un interés legítimo que reclamar por el delito cometido, como el poseedor de buena fe, el usufructuario y el usuario, quienes accionaban por el propietario de la cosa. La acción se daba contra el individuo que hubiera cometido el hurto, y contra los cómplices que hubieran colaborando en la ejecución del mismo y, en caso de ser varios los autores materiales, el ejercicio de la *actio furti* tenía por efecto hacer a cada uno de ellos responsable por el todo en virtud de la solidaridad pasiva que nacía en el delito.

La *reivindicatio*, la *actio ad exhibendum* y la *condictio furtiva* que pertenecían a la categoría de las acciones *rei persecuendae causa comparatae*, se otorgaban a favor del propietario de la cosa robada, así como a los herederos del mismo, para hacer volver al patrimonio del titular el bien sustraído por el delincuente, pero no podían acumularse entre sí, salvo con la *actio furti* en virtud de que la legislación romana admitió que la víctima podía, al mismo tiempo, exigir la pena y la restitución de la cosa o su correspondiente indemnización.

La *reivindicatio* fue el primer medio que se acordó a la víctima de un hurto con el fin de que el objeto le fuera restituido y el mismo se daba en razón de que tal acción fue la principal forma de protección del derecho de propiedad. La acción se ejercía, no solamente contra el autor del delito, sino también, a diferencia del *actio furti*, contra sus herederos, no importando que la cosa robada no estuviera en poder de los mismos por haberse dejado poseer por dolo. La *reivindicatio* también se daba contra cualquier tercero, aun cuando fuera de buena fe debido a que la acción podía dirigirse contra cualquier poseedor de la cosa; quien, en el caso, no podía oponer la excepción de prescripción porque la ley no admitía la *usucapión* sobre las cosas robadas. Como medida preparatoria de la acción de reivindicación el perjudicado podía ejercer la *actio ad exhibendum*, de carácter personal y común a todo titular de un derecho real y a quien le importase la exhibición de alguna cosa. La persona demandada estaba obligada a exhibir la cosa y en caso de negativa o si la exhibición fuera imposible por su dolo o culpa, era condenada a los daños e intereses fijados por el juramento judicial del demandante sobre una suma tasada previamente por el juez.

La otra acción *reipersecutoria* que se otorgó a la víctima de un hurto fue una *condictio sine causa* calificada de *condictio ex causa furtiva*, que se daba exclusivamente a favor del propietario aunque su derecho se hubiera extinguido por pérdida de la cosa objeto del hurto. La acción se concedía contra el ladrón y sus herederos y, además, contra los cómplices y coautores del delito; no importando que estos no tuvieran ya la cosa en su poder por haber perdido la posesión de la misma, aunque la pérdida se hubiera producido sin dolo. El objeto de la *condictio* era condenar al autor del delito a la restitución de la cosa tal como se encontraba la cosa en el momento de cometerse el hurto, con los frutos y acrecentamientos. A falta de restitución, por aplicación de los principios generales, el ofensor quedaba obligado al pago de los daños e intereses, los que eran fijados tomando el valor más elevado que haya tenido la cosa, después de cometido el hurto. El ladrón era además responsable de las pérdidas y deterioros que la cosa experimentare por su culpa, respondiendo también del caso fortuito porque el hurto lo había colocado *ipso iure* en mora.

Según Oderigo, el *furtum* es sancionado por acciones de distinta naturaleza: penales y reivindicatorias; las primeras tienden a imponer un castigo al autor del delito, mientras que las otras se otorgan para obtener la reparación del perjuicio causado injustamente.

En el aspecto penal, la única acción de este tipo es la *actio furti*; por ella el damnificado reclama, del deudor (autor del daño), el pago de la pena que fija la ley.

Su ejercicio estaba abierto a toda persona que tenga interés legítimo en que el hurto no se consume (ejemplo: propietario, usuario, acreedor pignoraticio, etc.). Debe intentarse contra el autor o autores del delito; pero no contra sus herederos, pues las penas eran estrictamente personales; en caso que aquellos sean más de uno, quedan todos obligados solidariamente al damnificado.

Tiene carácter perpetuo (imprescriptible) y tacha de infamia al autor del delito. En principio, solo pudo ejercerse de ciudadano a ciudadano, más luego su esfera se amplía, abarcando también a los peregrinos. El *paterfamilias* se halla inhibido de ocurrir por ella contra sus hijos, salvo que estos posean un peculio castrense.

El monto de la indemnización se calcula tanto por el valor material del objeto sustraído, como por el interés que el damnificado tenga en que el hurto no se perpetre.

Las acciones reivindicatorias, no tienen carácter penal y pueden en consecuencia, ejercitarse tanto contra el autor o autores del delito, como contra sus herederos.

Su acceso estaba reservado exclusivamente al propietario de la cosa hurtada. El ejercicio de una de ellas privaba al damnificado del ejercicio de las demás (Ejemplo: si la víctima del *furtum* acciona contra el delincuente por la *actio reivindicatio*, no puede luego ejercer ninguna de las otras (*condictio furtiva* o *actio ad exhibendum*).

Clasificación de las acciones reivindicatorias:

- 1) *Actio reivindicatio*: permite al damnificado rescatar la cosa que le ha sido robada, de manos de quien la detente (ejemplo: ladrón, heredero de este, tercero, etc.).
- 2) *Condictio furtiva*: permite a la víctima perseguir tanto al ladrón como a su heredero, aun cuando la cosa haya perecido por caso fortuito o salido de su poder. Si la cosa ha perecido, puede obligarle a pagar el valor de ella.
- 3) *Actio ad exhibendum*: permite al damnificado perseguir al poseedor de la cosa hurtada, para obligarle a exhibirla y, en caso de no poder hacerlo, compelerle a pagar su estimación.

3.7. Concepto de Justiniano de los bienes arrebatados con violencia

El que arrebatara la cosa de otro es responsable ciertamente por la acción de robo. El pretor ha introducido una acción especial que se llama Acción de los bienes arrebatados con violencia, que es del cuádruplo durante el año y después del simple. Esta acción se aplica aun contra aquel que hubiese arrebatado una sola cosa, por pequeña que fuese. El cuádruplo no se halla aquí íntegramente por título de pena, quedando además a salvo la persecución de la cosa, como hemos dicho respecto del robo manifiesto, que en este cuádruplo se halla comprendida la persecución de la cosa, por manera que la pena es del triple, ya que el ladrón haya sido aprehendido o no en flagrante delito.

Esta acción solo se da contra aquel que ha arrebatado con mal propósito, si alguno arrebatara una cosa, creyéndose equivocadamente propietario de ella y pensando,

por ignorancia del derecho, que un propietario puede recobrar su cosa, aun con violencia de los poseedores, deberá ser absuelto y, por la misma razón, no se tendrá tampoco, en este caso, la acción del robo.

Las constituciones imperiales han mejorado la legislación en este punto, decidiendo que nadie puede arrebatar por fuerza ningún objeto mueble o semoviente, aunque se creyese propietario de él; las infracciones de estos estatutos se castigan con la pérdida de la propiedad de la cosa, si pertenecían al que la arrebataba; si no, después de haberla restituido, será obligado a pagar además el valor. Las constituciones han declarado estas reglas aplicables, no solo al caso de cosas muebles, susceptibles de ser arrebatadas, sino también al caso de que sean invadidos los bienes inmuebles, a fin de prevenir de esta manera toda especie de rapto.

No es necesario que la cosa estuviese en los bienes del demandante; porque, estuviese o no en sus bienes, si ha sido arrebatada de entre sus bienes, la acción tiene lugar.

Que una cosa haya sido arrendada, prestada o dada en prenda a Ticio, o aun en depósito, pero de manera que se halle interesado en que no le sea arrebatado; como, por ejemplo, en el caso que haya prometido responder, respecto del depósito, hasta de su culpa o ya que la posea de buena fe, o que tenga sobre ella un derecho de usufructo, o cualquier otro derecho que lo haga interesado en que no le sea arrebatada; es preciso decir que le compete la acción, no para hacerle dar la propiedad, sino solo lo que ha sido arrebatado de entre sus bienes, es decir, de su fortuna.

De lex Aquilia:

La acción del perjuicio justamente causado se halla establecida por la ley Aquilia, cuyo primer capítulo establece que el que haya matado injustamente a un esclavo o a un cuadrúpedo de los que se hallan en el número de los rebaños, perteneciente a otro, será condenado a pagar al propietario el mayor valor que la cosa haya tenido en el año.

La ley no habla en general de los cuadrúpedos, sino de solo aquellos que forman parte de las piaras; así no se aplica ni a los animales silvestres, ni a los perros, sino solo a los animales de los cuales se dice especialmente que pastan en manadas.

Matar injustamente, es matar sin ningún derecho. El que ha matado a un ladrón, no se halla obligado por la acción, si es que no podía escapar de otro modo de peligro.

La ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha matado a alguno por acaso, y no habiendo ninguna culpa por su parte, porque de otro modo castigaría la ley Aquilia la culpa no menos que el dolo.

Si alguno jugando o ejercitándose en disparar flechas, ha herido a tu esclavo que pasaba se distingue. Si el caso ha ocurrido a un militar en el campo o en el paraje destinado a estos ejercicios, no puede verse en ello ninguna culpa por parte del mismo; otro que no fuese militar, incurriría culpa.

Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa.

Si se ha arrojado una rama desde lo alto de un árbol, un leñador ha matado a tu esclavo que pasaba; si lo ha hecho cerca de un camino público o vecinal y no ha gritado para que pudiese evitar el caso, ha incurrido en culpa.

Estas palabras de la ley: El mayor del valor que la cosa ha tenido en el año, significan que si te ha matado a tu esclavo, que se encontraba cojo o manco o tuerto, pero que había tenido en aquel año la integridad de sus miembros y merecido un buen precio, estará obligado el que lo mató, no a su valor actual, sino al más subido que ha tenido en aquel año. Se ha deducido que la acción de la ley es penal, porque no solo se está obligado al resarcimiento del daño causado, sino, a veces, a mucho más. Esta acción no se extiende contra el heredero.

Debe hacerse apreciación no solo del cuerpo que ha perdido sino además de todo el perjuicio que su pérdida nos haya ocasionado.

El segundo capítulo de la ley Aquilia no está ya en uso.

El tercer capítulo provee a otra especie de daño. Así cuando un esclavo o un cuadrúpedo de los que pastan en manada, haya sido herido, o bien cuando un cuadrúpedo no comprendido en esta clase, haya sido herido o muerto, este tercer capítulo establece para él una acción. Reprime el daño causado con injusticia a todos los demás animales y en todas las cosas inanimadas; establece este capítulo una acción para todo lo que fuese quemado, roto o fracturado; significa lo que por cualquier medio ha sido alterado o corrompido.

Se ha decidido que el que mezclare en el vino o en el aceite de otras sustancias a propósito para alterar su buena calidad, sería responsable por esta parte de la ley.

En el capítulo tercero está uno obligado por cualquier otro daño, cuando hay dolo o fraude. Pero aquí la obligación del que ha causado el daño consiste en el más subido valor de la cosa, no en el daño, sino en los treinta últimos días.

La acción directa de esta ley no tiene lugar sino cuando alguno ha causado el daño con su propio cuerpo; por consiguiente, contra aquel que lo causa de otro modo, se acostumbra a dar acciones útiles, ejemplo si alguno ha encerrado a un esclavo algún ganado de manera que perezca de hambre. Si alguno desde lo alto de un puente o desde la orilla ha arrojado el esclavo de otro al río y se ha ahogado; como lo ha arrojado, no debe haber ninguna dificultad en decir que ha causado el daño con su cuerpo y, por consiguiente, que es responsable por la misma *Ley Aquilia*; pero si no ha causado el daño con su propio cuerpo, ni dañado a ningún cuerpo, sino que de cualquiera otro modo se haya causado perjuicio a otro, siendo inaplicables lo mismo la acción directa que la acción útil de la ley Aquilia, se concede contra el culpable una acción *in factum*, como por ejemplo si alguno por compasión hubiese librado de sus cadenas al esclavo de otro, para que pudiese huir.

3.8. Concepto de Gato de los bienes arrebatados con violencia

Quién arrebatara violentamente cosas ajenas, comete también un *furtum*, ya quien comete una rapiña ¿no está efectuando la mayor sustracción de una cosa ajena contra la voluntad del dueño? El pretor ha introducido una acción especial para este delito, la cual se llama *vi bonorum raptorum* y se ejerce por el cuádruplo dentro del año y por el simple después del año. Esta es una *actio utilitatis* aun cuando la rapiña hubiera sido de una sola cosa y por más que esta fuere de valor insignificante.

En la rapiña debe de intervenir la violencia. Al principio la fórmula era para el caso de bandas armadas, pero luego se fue admitiendo incluso en el caso de una sola persona.

La acción producida por daños causados injustamente está reglada por la *Ley Aquilia*, en cuyo primer capítulo está establecido: "Si alguien matara injustamente

un esclavo ajeno o un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, sea condenado a dar al dueño tanto cuanto fuera el máximo valor que hubo tenido dicha cosa en ese año.

Se entiende por matar injustamente el caso de que se matara con dolo o con culpa.

El primer capítulo de la *Ley Aquilia* habla en general de los cuadrúpedos, pero de los cuadrúpedos gregarios de tal modo que quedan excluidos los salvajes, los perros, etc., estando comprendidos los caballos, las mulas, los asnos, las ovejas, los bueyes, las cabras. Los no comprendidos en el primer capítulo, lo están en el tercero.

Aquel cuyo esclavo ha sido muerto, tiene el libre arbitrio de elegir entre perseguir criminalmente a aquel que lo hubiera matado o la acción por daño de esta ley.

De acuerdo a lo dicho sobre el máximo valor de la cosa en ese año, se entiende que si se matara un esclavo cojo o tuerto, pero que dicho año estuvo íntegro, la estimación se hace por más que la indemnización resultante sea mayor que el perjuicio causado.

No incurre en culpa, el que en defensa propia mata al ladrón, usa precisamente de esta moderación en la defensa que no es culposa, el que mata al agresor injusto que lo ataca con peligro de la vida, del cuerpo o de los bienes. Tampoco resulta inculpado el que matare a otro por caso fortuito como por ejemplo el militar ejercitándose con la flecha y ha herido a alguien que pasaba circunstancialmente.

En el segundo capítulo se establece una acción contra el *adstipulator* que en fraude del *stipulator* ha liberado al deudor de la prestación de dinero, siendo esta acción por un monto equivalente.

En el capítulo tercero se prevé toda otra clase de daño. En este capítulo se establece una acción para el caso de que alguien a un esclavo o a un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, o matare o causare heridas, como por ejemplo: un perro, o una bestia feroz. También el daño causado injustamente a los otros animales, lo mismo que en todas las cosas que carecen de ánima, resulta vindicado por esta ley. La acción de este capítulo se ha establecido para el caso de quemaduras, ruptura o fractura, aunque en realidad podría haberse dicho solamente ruptura, ya que esta denominación es suficiente para comprender todas estas causas; en efecto, se entiende por ruptum todo aquello que de algún modo resulta físicamente dañado. Comprende esta palabra no solamente el caso de las quemaduras, de las roturas y de las fracturas, sino también el de las cortaduras, el de las confusiones, el de los derramamientos.

Aquel que ocasionó el daño no es penado en cuanto al monto de la cosa en el año, sino en cuanto al valor que tuvo la cosa en los treinta días anteriores.

La acción de esta ley se aplicará solamente respecto de quien causara el daño con su propio cuerpo, ya que si el daño se produce de algún otro modo son dadas acciones útiles.

Debe ser producido el daño por el cuerpo del agente en forma directa, como por ejemplo, debe ser con mi propia mano empujando el esclavo al río y se ahoga.

3.9. La injuria bajo Justiniano

Injuria significa todo acto contra derecho. Se comete una injuria no solo dando a alguno de golpes con el puño, con vara o azotándole de cualquier otro modo, sino

también promoviendo contra él un alboroto y tomando posesión de sus bienes; escribiendo, componiendo, publicando un libelo o versos infamantes, o haciendo que alguno haga esto malamente, siguiendo a una madre de familia, a un joven o a una joven, atentando al pudor de alguno y, en fin por una multitud de otras acciones.

Se recibe una injuria también por los hijos que se tienen bajo su potestad y aun por su esposa. La justicia constituye al marido defensor de la mujer, pero no la mujer del marido.

No se admite injuria personal contra los esclavos; pero se reputa a su señor injuriado por ellos; por ejemplo, se concederá la acción contra aquel que hubiese azotado con varas al esclavo de otro.

La pena de las injurias, según la Ley de la XII Tablas, era la del Talión; por un miembro roto, por un hueso fracturado, una multa proporcionada a la suma pobreza de los antiguos. Posteriormente permitieron los pretores a los que habían recibido la injuria que hiciesen ellos mismos la apreciación de ella, a fin de que el juez condenase al culpable a pagar toda la suma que pedía el ofendido, o menos cantidad si le parecía conveniente. La pena de injurias que fijaba la Ley de las XII Tablas ha caído en desuso y, por el contrario, la introducida por los pretores y conocida también con el nombre de honoraria, se ha mantenido vigente; porque según el rango y consideración moral de la persona injuriada, es mayor o menor la estimación de la injuria.

Por la *Ley Cornelia* trata además de las injurias y ha introducido una acción de injurias para los casos en que alguno se queje de haber sido empujado, de haber recibido golpes, o de haber entrado alguien por la fuerza a su casa.

Se reputa atroz la injuria, ya por el hecho, si alguno ha sido azotado o herido con varas; por el paraje, por la persona.

En efecto la injuria hecha a un senador, a un padre o a un patrono, se considera mucho más grave que la causada a un hombre de baja esfera o a un extranjero. A veces el lugar en que se ha recibido la herida hace la injuria atroz.

En toda especie de injurias el que la ha recibido puede proceder o criminal o civilmente. Civilmente en lo que consiste la pena; criminalmente el juez aplica de oficio al culpable una pena extraordinaria.

Está obligado por la acción de injuria no solo el que la ha causado, sino también el que la ha hecho con dolo o ha procurado que se den golpes a alguno.

Esta acción se extingue por la disimulación; es decir el que no ha manifestado ningún resentimiento en el momento de haberla recibido, no puede después proceder, habiendo obrado la reflexión, por la injuria que ha perdonado.

3.10. Concepto de *Iniuria* según Gayo

Se comete la *iniuria* no solamente cuando alguien resulte golpeado por el puño o por una vara, aun azotado, sino también cuando se le hubiere dirigido un insulto; o también si alguien hace pública la venta de los bienes de otro como si este fuera su deudor, sabiendo que nada le debe; o si alguien escribiera un libelo infamante; o si alguien hubiera cortejado a una materfamilia o a un adolescente y de este modo muchos otros casos.

No solamente se considera que sufrimos la *iniuria* por nosotros mismos, sino también por los *liberi* que tenemos *in potestate* y por nuestras *uxores* que están en nuestra *manus*. No puede haber ninguna *iniuria* contra un esclavo en consideración a sí mismo, pero se admite que por él la puede haber contra el *dominus*.

Es necesaria que la *iniuria* sea cometida en forma afrentosa y dirigida a ultrajar al *dominus*, como por ejemplo si se flagelara al esclavo de un tercero, en cuyo caso se otorga la fórmula; pero si alguien le hiciera al esclavo un insulto o lo golpeará con el puño, no se otorga ninguna fórmula.

La pena de las *injuriae* era de acuerdo con la Ley de las XII Tablas: por un miembro roto el Talión, en cambio, por un hueso fracturado o contusionado la pena era de 300 ases si se trataba del hueso fracturado de un hombre libre y de 150 si se trataba de un esclavo; por causa de las otras injurias, en cambio, la pena era fijada en 25 ases. Y se consideraba que estas penas pecuniarias eran suficientes en aquellos tiempos de extrema pobreza.

Cuando se trata de una *iniuria* grave el pretor suele estimar al mismo tiempo el monto en la fórmula, el *iudex* generalmente, a causa del respeto a la autoridad del pretor, no se atreve a disminuir dicho monto.

Se considera injuria grave ya sea por razón: de hecho, de lugar y de la persona.

3.11. La injuria en el Derecho penal romano

La injuria: tiene un sentido muy amplio, contempla en forma restringida toda acción física, golpes de puño, fracturas, verbal, insultos, o escrita, libelo agravante, que afecte a una persona libre.

- Clases:

El antiguo Derecho penal romano las clasificaba en dos grupos principales y, a estos en grupos secundarios.

Las injurias se dividen en privadas y públicas; a su vez, se clasifican en comunes y atroces, entre las cuales la anterior se fraccionan en injurias reales y verbales.

Las injurias comunes (dentro del grupo de las privadas) se diferencian en dos clases principales. A la primera pertenecen las injurias inmediatas, como son las reales y verbales y a la segunda, las mediatas, cometidas indirectamente o por medio de un trato injurioso.

Los antiguos que son reales las que se cometen por medio de las manos, elevadas contra el cuerpo, violando una causa, afrentando la dignidad u honestidad del prójimo.

Un grado mayor de injuria lo cometía el que ya hubiese azotado a otro, sacudiendo y causándole sufrimiento y dolor. El dolor era el elemento sustancial, que diferenciaba entre los golpes y el azote; entre *pulsatio* y *verbera*, aun cuando a veces abusivamente, empleaban los antiguos los dos conceptos indistintamente entre sí.

En grado máximo de la injuria real lo que con las manos, elevadas contra otro, infirieron en el castigo por medio de palos, "fustigando" al prójimo.

A la segunda clase de injurias reales pertenecía la violación de domicilio, llamada en el Derecho romano más bien violación de la casa, que según los romanos no podía ser ni en una hostería, ni siquiera en la casa donde moraba en Roma con fines de estudio.

El domicilio en Roma era considerado sagrado y su inviolabilidad estaba asegurada por la norma de Paulo, que en sus comentarios escritos sobre el Derecho antiguo, expresó categóricamente *Nemo ex domo sua extrahi debet*, nadie debe ser extraído de su propia casa.

La injuria real de violación de domicilio podría ser cometida en dos distintas fases y tres grados. El caso del grado simple con una sola fase se daba cuando alguien simplemente penetró en la casa sin el permiso correspondiente.

De mayor gravedad cuando alguien penetró en un domicilio a fin de salir de allí, pero con el titular de la casa, consumando de esta manera la injuria por medio de violación de la casa en dos fases en forma cumulativa.

En grado de violación de domicilio consumábase cuando alguien penetró en la casa ocultamente a fin de hurtar alguna cosa.

La injuria real tercera era la que lesionaba la dignidad de una persona del sexo femenino, cuando a una dama se le quitaba a su acompañante, visible índice del decoro de una mujer romana, que se encontraba en un lugar público como eran las angostas e inseguras calles de la antigua Roma.

La injuria real cuarta era la que atentaba contra la honestidad, contra el pudor de una persona. Cometía esta clase de injuria el que intentaba hacer impúdico tanto a un hombre como a una mujer fuera ingenuo, liberto o esclavo.

El simple hecho de seguir a alguien en la calle es ya un atentado contra las buenas costumbres; pues, como nos informa Ulpiano, la asidua frecuencia de seguir a alguien le atribuye una cierta infamia.

A la segunda clase de injurias comunes, pertenecían las que eran conocidas con el nombre de injurias verbales. Abarca tanto a los *covicium*, llamados así los escándalos, como también a los libelos, panfletos que los romanos acertadamente llamaron Libelos famosos.

Según el edicto del pretor, se comete injuria, no solo cuando alguno hubiere golpeado por el puño, aporreado con palos o aun azotando, sino también el que hubiere promovido contra las buenas costumbres un escándalo.

La injuria verbal era muy común en Roma porque ahí nunca faltaban los impertinentes y groseros, que con vocerío vulgar y palabreríos torpes, sabían cómo amargar a sus víctimas.

Dentro de la clase de injurias comunes forman la tercera y principal categoría las injurias inmediatas, realizadas por medio de un trato, destinado al prójimo, que por su hostilidad podía ser causa indirecta de una injuria.

Podía injuriar alguien a otro al no reconocer su libertad o sus privilegios derivados de su posición política- social.

Era trato indirectamente injurioso, inhibir el libre ejercicio de los derechos del otro en un lugar público.

La tercera indirecta forma de trato injurioso consistía en los actos, que tenían por finalidad disminuir el crédito económico- social de otro.

Señalar sin causa a otro como deudor.

Sellar la casa de un deudor ausente.

Poner en venta pública una prenda sin que existiera todavía la necesidad legal.

No aceptar el ofrecimiento de un fiador.

La segunda clase de injurias privadas, se clasificaban según los principios del factor circunstancia, ya que una injuria común podía clasificarse de atroz por influencia directa de las circunstancias de hecho, lugar, y por la persona que causaba o sufría injuria.

Se transformaba una injuria común en una injuria atroz por el hecho de que predominaban los elementos grado y sitio de la herida sufrida, y también el modo en que fue aplicada.

Se hacía atroz la injuria común también por el factor lugar, según si era cometida en presencia del magistrado, a la vista del público en pleno foro o en el teatro. Por último podría transformarse en algo atroz en razón de la ubicación social de las personas que infringieron o sufrieron la cuestionada injuria.

Las injurias públicas eran llamadas así porque las que pertenecían a esta clase amenazaban en forma directa o indirecta hasta la seguridad y aun la integridad económico-político-social del Estado romano. Injurias directamente públicas y calificadas cometieron los que ofendían a un magistrado, por medio del libelo de apelación, lo que destruían acueductos, emporcaban o contaminaban aguas, cañerías, lagos, todo en injuria del público en general.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1. El derecho de venganza y la *poena compositio*

Ya los romanos nos decían con el famoso aforismo: "dadme los hechos que yo os daré el derecho", queriendo significar con ello que el jurista parte del hecho, de la realidad, iluminada por los principios del derecho, primero del derecho natural y luego del derecho positivo

En Roma no hay un desarrollo teórico de un principio general de responsabilidad por ser una sociedad agraria y no ser un derecho intencionalmente de principios, deductivo, como sí es el nuestro; basta dar un vistazo al *Digesto* para comprobar que es un derecho casuístico, muy concreto. Su derecho era un derecho de jurisconsultos, de jueces que fallaban asuntos concretos, no les interesaban las teorías, aunque sin duda sentaron las bases del derecho occidental.

En el Derecho romano arcaico la responsabilidad por daños era colectiva se podía sancionar al clan del culpable, básicamente penal, y la víctima extendía su derecho a la reparación del daño o vengar a su familia.

Muy pronto se admitió que el autor del daño pudiera librarse de la venganza de la víctima abonándole una suma de dinero (*poena compositio*), que constituyó como la misma venganza, una punición y una reparación a la vez. Aquí la responsabilidad civil y la penal no se identificaban claramente la una de la otra. La ley del Talión si bien puede ser para nuestro tiempo un modelo de justicia bastante imperfecto, representó en su momento un avance importante en el que la víctima no podía buscar la reparación del daño sufrido más allá de lo causado, imponía pues, una medida de la reparación para evitar que fuera en exceso.

4.2. Delitos públicos y delitos privados

Los delitos públicos como la traición (*perdurellio*), el homicidio voluntario (*parricidium*), el falso testimonio, el robo nocturno de cosechas, el incendio voluntario, etcétera, eran castigados con la muerte, pero también la Ley de las XII Tablas regulaban los delitos privados, entendiéndose por tales hechos ilícitos cuya represión la persiguen las propias víctimas en su propio provecho, por medio del procedimiento civil ordinario. Tales son los delitos contra la propiedad; el robo (*furtum*) y el daño (*noxia*) y un delito contra la persona misma de los ciudadanos, la injuria como golpes o heridas.

En el período clásico, estos delitos son considerados como la fuente de deudas pecuniarias. Dan origen a la obligación sancionada con las acciones penales que aseguran el castigo del culpable con una multa privada, con destino a la víctima.

La Ley de las XII Tablas marcan la transición entre la fase de la composición facultativa y la de la composición obligatoria: en algunos casos, la víctima era obligada a aceptar la composición y a renunciar a la venganza. Esa composición permaneció en el derecho romano como una pena privada (*poena*) al mismo tiempo que una reparación, de tal suerte que jamás se realizó completamente la distinción entre responsabilidad penal y civil.

Por la ley de las XII Tablas, el delincuente a quien el delito le era imputable, quedaba obligado en ciertos casos graves de *injuria* a sufrir el talión (*por vindicta*), pero más frecuentemente, a pagar una poena.

Poena deriva del griego (rescate), corresponde a la composición legal de la ley Sállica. Es una multa privada pagada al ofendido. Siempre es una pena pecuniaria, un castigo para el ofensor, que lo empobrece pero con variantes: A veces la multa era fijada en 25 ases; por ejemplo, para los golpes y las heridas leves. Otras basada en el valor de la cosa robada o dañada, en otros casos era el doble o el triple o era simple.

A falta de acuerdo sobre la ejecución de estas obligaciones, un pretor procederá a una *litis aestimatio*, según la cual el condenado sometido a la *manus injectio iudicati*, padecerá la ejecución sobre su persona, si su patrono o sus parientes no intervienen para liberarlo pagando el monto de la condena.

La *lex Aquilia* para solucionar los inconvenientes del sistema de la *composición*, busca una interpretación más general más flexible, que viene a introducir un hito fundamental en la responsabilidad civil o Aquiliana.

En un plebiscito del año 286 a.C. se suele situar la fecha de partida de la tutela penal contra los daños, mediante la creación de un sistema de penas de magnitud proporcional a la entidad de la disminución patrimonial sufrida. La *lex Aquilia* dio vida a este sistema que, aunque limitado en sus orígenes y referido a figuras típicas de lesiones jurídicas causada mediante daño, cumplió la gran misión de crear el principio básico que se fue perfeccionando progresivamente, de la responsabilidad extracontractual en forma genérica.

El Derecho romano distinguía los delitos privados de los cuasidelitos. Los primeros son instituciones específicas sancionadas por el derecho civil (*injuria*, *furtum*, *damnum*, injuria datum) y por el derecho pretoriano (*fuera o dolo*), los cuasidelitos (*quasi ex delicto*) eran instituciones en que producían perjuicios para alguien sin

que a la vez se hubiera producido un delito privado, el juez que dictó de mala fe la sentencia, se lanzaron o cayeron objetos de un edificio lastimando transeúntes, etc. El desarrollo posterior suprimió la categoría de delitos privados o denominados sin embargo por el derecho francés «delitos civiles».

El desarrollo de la responsabilidad extracontractual se produjo no en los cuasidelitos romanos, sino en los delitos privados.

El *furtum* constituye el prototipo de delito privado que da lugar a *obligatio* penal, consistente en el apoderamiento ilícito y clandestino (*furtim*, furtivamente de una cosa mueble ajena contra la voluntad de su propietario).

Las acciones del hurto persiguen una pena en castigo y presentaba diferentes modalidades dependiendo de las modalidades del delito: el doble o el triple o el cuádruple del valor de la cosa hurtada.

Estos delitos con el dolo de parte de un coestipulante (*ad estipulatio*), fueron incluidos en la *lex Aquilia*, la cual amplió el concepto de delito ahora denominado *damnum iniuria datum*.

El *Damnum*, es propiamente la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece. El delito de daño injustamente causado (*Damnum iniuria datum*) aparece tipificado por primera vez en la *Lex Aquilia de damno*.

En un primer capítulo la *lex Aquilia* señala: «el que hubiere matado con injuria a un esclavo o a la esclava ajena, o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año».

En el segundo capítulo procuraba reprimir el hecho culpable del adstipulador que había remitido una deuda, en daño, por ese medio, del acreedor principal.

El tercer capítulo reprimía todas las demás hipótesis de daño a cosas ajenas

De los delitos específicos se pasó a un concepto más o menos teórico del «delito» denominado *damnum iniuria datum* referido a cosas. Se requería un hecho ilícito (*damnum iniuria*) que fuera corporal. Esta forma perduró un tiempo hasta su desarrollo con los siguientes elementos:

- a) El daño podía consistir, además de rotura de una cosa, también en su deterioro.
- b) El hecho del autor, inicialmente concreto y manifiesto por ejemplo lanzar un ternero al agua, sin consideración de un elemento psicológico, llegó a incluir la intención de dañar (dolo) o la negligencia de la parte del autor (culpa).
- c) La culpa era no cumplir con lo que un buen padre de familia haría, tanto comisión u omisión.
- d) La indemnización podía incluir los perjuicios a la cosa: (daño emergente y los perjuicios que resultan de no poder utilizar la cosa en el futuro o por un tiempo, lucro cesante).

El delito de lesiones o *Iniuria* se refiere de manera más especial a las lesiones inferidas sobre personas libres, en su integridad personal, tanto física como moral. En el período clásico se sustituye la *ley del talión* y la pena pecuniaria fija por una acción penal *in factum*, anual, en la que el juez en atención a las condiciones de las personas afectas fijaba, aumentando la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima o la gravedad del escándalo, etc. El juez solía aceptar la estimación que hacía el mismo ofendido.

TÍTULO CUARTO

DE LOS DERECHOS SUCESORIOS

CAPÍTULO I DERECHO DE SUCESIONES

1. SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y HERENCIA

La herencia es la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto. La muerte de una persona no extingue las relaciones jurídicas y los derechos de que era titular; en caso del *paterfamilias*, estos debían encontrar un continuador en los cultos religiosos y en la gestión del patrimonio familiar.

No se transmiten los derechos políticos, ni aquellos derivados del Derecho de familia, como los que provienen del matrimonio, la patria potestad o la tutela; en cambio casi todos los derechos patrimoniales son transmisibles por herencia.

En Roma se podía transmitir los derechos reales, salvo los del usufructo, uso y habitación, y casi todos los derechos personales o de crédito, con excepción de los que hubieran nacido de los contratos de mandato, sociedad y *locatio conductio operarum*, así como de las obligaciones derivadas de delito.

La muerte de una persona determina el fenómeno de la sucesión, por eso se llama sucesión *mortis causa*. Por tanto, el Derecho de sucesiones es el conjunto de normas que regula el destino de los bienes de una persona después de muerta.

La sucesión mortis causa puede ser:

- *Universal*: la herencia y/o el traspaso de todo un patrimonio en bloque de una persona a otra que comprende además de los créditos y las deudas, todos los bienes y derechos que lo componen.

- *Particular*: el legado.

Sin embargo, esta distinción solo surgió en el Derecho romano posclásico y hasta entonces la sucesión era solo universal y se realizaba únicamente por la herencia.

Las características fundamentales de la sucesión universal son:

1. El sucesor o heredero (*Heres*) se coloca en la misma posición jurídica que el antecesor (al mismo pasan no solo los derechos sino también las obligaciones). Aunque el activo de la herencia no cubra el pasivo, el sucesor responderá con su propio patrimonio. La sucesión no por ello ha de ser siempre ventajosa, puede ser también dañosa.
2. El sucesor adquiere el patrimonio en bloque y de modo inmediato, por el título de *Heres* (se alcanza este título de *Heres* por sucesión testamentaria o por ley).
3. Del antecesor pasan al sucesor toda clase de derechos incluso algunos que de otra forma no serían transmisibles (en el Derecho romano no estaba permitido el traspaso de créditos y deudas *inter vivos*, solo podía hacerse *mortis causa*).

Por ello no se puede instituir heredero en cosa cierta y determinada ya que el heredero sucede en todo y no en cosas singulares. Si se menciona alguna cosa cierta, en el derecho clásico se tenía por no hecha la mención.

Dentro de los *heres* se distinguían dos grupos:

- a) *Los heredes suis*, que eran los sometidos al causante por vínculo agnaticio, quienes estaban obligados a adquirir la herencia que no podían repudiar; y
- b) *Los heredes extranei, (o voluntarii)* son los herederos que no estaban sometidos a la potestad del testador. Adquieren la herencia mediante la aceptación y tienen la facultad de deliberar (*potestas deliberandi*) sobre si aceptan o renuncian.

2. TERMINOLOGÍA JURÍDICA ROMANA

- *Herencia o sucesión Universal*. Adquisición en bloque o en la totalidad, de un patrimonio (*per universitatem*).
- *Sucesión*: en el lugar y en el derecho del difunto (*sucessio in ius difuncti*).
- En contraposición a la sucesión universal se encuentra la sucesión particular (*adquirere singulas res*). La sucesión universal, que también transfiere los créditos y las deudas, se produce de dos formas:
- *Sucesión inter vivos*: Cuando un *paterfamilias* adquiere la potestad sobre un *sui iuris*, que puede ocurrir por arrogación. Se ofrecen acciones por el pretor para proteger el derecho de los acreedores del arrogado.
- *Sucesión mortis causa*: El heredero entra en la misma posición que el muerto tenía sin interrupción alguna, tanto sobre el pasivo como el activo. Si el pasivo es superior al activo, la herencia es dañosa, el heredero responde de las deudas aunque el activo heredado no sea suficiente, entonces utiliza su propio patrimonio, produciéndose la confusión hereditaria.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SUCESIONES

En el antiguo Derecho quirritario; la sucesión hereditaria era una consecuencia de la familia agnaticia o de parentesco civil antes que el de sangre, filiación o natural.

El Derecho hereditario fue sufriendo grandes transformaciones con el transcurso del tiempo. Hubo primitivamente un derecho duro y formalista, apoyado en la propiedad quiritaria y la familia agnaticia creada y sostenida por la potestas. A la muerte del *paterfamilias* era necesario un heredero (*Heres*) que continúe con los cultos y relaciones personales y patrimoniales; por ello eran llamados los *sui* o hijos en potestad, después los agnados más próximos, varones, y en defecto los gentiles.

En la Ley de las XII Tablas, la herencia tiene ya un carácter patrimonial como conjunto o masa de bienes (*familia pecuniaque*) que se transmiten al heredero.

Siguió posteriormente un período que se prolonga por toda la época clásica en la que al Derecho sucesorio civil, se le sumó el Derecho sucesorio honorario creado por el pretor, en el que se suaviza el formalismo; y si bien las normas del pretor no derogan las del *Ius Civile*, se admite la aparición de un sucesor de los bienes del difunto (*bonorum possessio*), que si bien no es declarado propietario de dichos bienes, se dice que tiene la posesión de dichos bienes, manteniéndole el pretor en dicha posesión.

El mecanismo por el cual se llevaba a la práctica dicha *bonorum possessio*, tiene su origen en que cuando exista una situación dudosa de hecho sobre quién debe ser el heredero, el pretor designa al que ha de poseer la herencia tras una investigación sumaria. La persona designada por el pretor tenía que ser demandado por aquellos que se consideraban herederos, si perdiese el pleito tendría que restituir la herencia, a no ser que la hubiese *usucapido* durante ese tiempo. Esa tenencia, esa posesión de los bienes se llama *bonorum possessio* y estaba protegida por el pretor por la *acción publiciana* y los *interdictos*. Sin embargo, para pedir la restitución de los bienes de quien los retuviese, basado en su cualidad de heredero o poseedor *pro herede* o *pro possessore*, disponía del *interdictum quorum bonorum* que, a semejanza con la *hereditatis petitio*, tenía por objeto la herencia en su totalidad. Contra el legatario disponía del *interdictum quod legatorum* y contra los deudores hereditarios, el pretor concedía fórmulas ficticias en las que se finge la cualidad de heredero. Por ello, aunque los juristas aclaren que el poseedor de los bienes disponía de este derecho como un beneficio pretorio, terminaban equiparándolo al heredero.

La *bonorum possessio* podía ser conferida conforme al testamento; a falta de este, incluso contra lo dispuesto en el testamento.

En Derecho clásico, se afianza el concepto de que la herencia es un patrimonio pecuniario, con unidad e identidad propia, lo mismo que el *peculio* y la *dote*; posteriormente se entiende como una unidad abstracta o ente jurídico distinguiéndola de las cosas que la componen.

Así, la herencia se deja en un acto único, el *testamento*, que el heredero recoge también en un acto único, la *adición*. La herencia, en su conjunto, puede formar parte de una *in iure cessio*.

La *usucapio pro herede* tiene efectos sobre la totalidad de la herencia y no sobre los bienes particulares.

En el Derecho imperial, desaparece la dualidad de *la hereditas* y *la bonorum possessio* y el Derecho sucesorio queda con las mismas características que luego se trasladaron a los códigos modernos. En derecho posclásico, una vez desaparecido el dualismo entre Derecho civil y Derecho pretorio, y abolido el procedimiento formulario, ya no tiene sentido la distinción entre *herencia* y *bonorum possessio*. Diocleciano distingue todavía

entre las dos, pero la *sucesión ab intestato* se considera la única institución según fuese por Derecho civil o Derecho honorario. Justiniano equipara totalmente los poseedores de los bienes a los herederos, llamándolos *honorarii successores*, y borra las diferencias entre acciones civiles y pretorias, manteniendo las noticias históricas necesarias para que pueda entenderse la institución pretoria.

En derecho posclásico y justiniano, se llega a la conclusión de que el heredero continúa la personalidad del difunto, de tal forma que llegan a formar una sola persona.

4. LA HERENCIA

4.1. Objeto de la herencia

La herencia comprendía todas las relaciones jurídicas de que era titular el heredante, salvo las que se extinguen con la muerte del titular.

- No eran transferibles: La patria potestad, la manus y la tutela.
- Si son transferibles todos los derechos reales, con excepción de aquellos de carácter personal: No son transferibles el usufructo y el uso de habitación.

En las obligaciones era transferible la *stipulatio de dare* pero no la obligación de *facere* ni las derivadas de contratos de persona determinada.

El derecho de patronato pasa a los hijos, pero no a los herederos extraños. El patrimonio del causante, que en su conjunto se denominaba *as*, se dividía en cuotas ideales de doceavas partes llamadas *unciae* en caso de pluralidad de herederos; si no bastaban, se subdividían estas en múltiples.

4.2. *Hereditas y bonorum possessio*

El régimen hereditario del antiguo Derecho civil estaba fundado sobre la familia agnaticia y los vínculos de potestad, y se adaptaba a una estructura patriarcal y a una economía agraria primitiva.

Según las XII Tablas, si el causante moría intestado, heredaban los hijos en potestad (*sui*) y, en defecto, los agnados más próximos y luego los gentiles.

Así, solo en defecto de testamento se hacen los llamamientos legítimos según la Ley; de esta manera no podía heredar el hijo cognático (natural o de sangre) emancipado y la madre no podía suceder al hijo ni este a la madre, al no estar ninguno de ellos unido por vínculos de potestad. El padre podía desheredar a los hijos según determinadas formalidades.

Los *suis* debían aceptar obligatoriamente la herencia, que no podían repudiar, por lo que podían verse perjudicados con las herencias dañosas.

Para remediar estas iniquidades (grandes injusticias), el pretor crea un nuevo régimen hereditario: La *bonorum possessio*.

El pretor no podía contradecir el Derecho civil y por ello no podía nombrar herederos, pero otorga la posesión de los bienes hereditarios a las personas contempladas en su edicto; así concede la *acción publiciana* y los *interdictos posesorios* con fórmulas ficticias.

La *bonorum possessio* se aplicaba tan solo en caso de litigio sobre la posesión de los bienes de la herencia, que después se amplió durante el principado a los totales

derechos sucesorios contra el testamento y la herencia civil, principalmente de sucesores cognáticos contra agnaticios.

El *bonorum possessor* solo disponía de la posesión de los bienes hereditarios y para reclamar su dominio debía utilizar el *interdictum quorum bonorum*.

En derecho posclásico, desaparecido el dualismo entre Derecho civil y pretorio, abolido el procedimiento formulario, desaparece la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio*. Así se considera la *sucesión ab intestato* como la única institución.

Justiniano unifica totalmente los derechos de los poseedores del Derecho pretorio y los civiles.

Clases de posesión de bienes hereditarios:

- *Bonorum possessio edictalis*: Cuando se da entre los supuestos del edicto del pretor.
- *Bonorum possessio decretalis*: Cuando, sin figurar en el edicto, después de examinado el expediente, el pretor la concede.

Clasificación de la *bonorum possessio* según las causas de atribución:

- *Secundum tabulas*: conforme al testamento. Según la voluntad del testador, aunque no cumpla las formas del testamento civil.
- *Sine tabulis o ab intestato*: En los supuestos en los que no existe testamento, el pretor llama primero a los sucesores por línea cognaticia o de sangre.
- *Contratabulas* o contra testamento. Sentencia favorable a los herederos hijos emancipados que no figuren en el testamento y no hayan sido desheredados expresamente.

Clasificación escolástica de la *Bonorum Possessio* de Gayo:

- *Sine re*: Cuando la posesión de los bienes está subordinada al derecho del heredero civil.
- *Cum re*: Cuando el poseedor de los bienes prevalece frente al heredero civil, que puede oponerse a entregar los bienes mediante la introducción en la fórmula de una *exceptio o replicatio doli*.

4.3. Presupuestos de la sucesión hereditaria

No puede existir herencia de una persona viva. El beneficiario de una herencia, debe probar la muerte del causante. Los deportados, muerte civil, no dejan herencia, ya que esta se confisca; tampoco dejan herencia los *servus poena* (condenados penales) ni los esclavos.

Los juristas contemplan varios casos en los que la prueba de la muerte contemporánea o sucesiva podía suscitar dudas:

1. Se considera que mueren a la vez el pupilo y su hermano agnado o sustituto.
2. Cuando el testador nombra a otro sustituto del último hijo impúber que muera.
3. En el caso de que padre e hijo mueran en la guerra, la madre podrá solicitar la herencia como si fuera del hijo por una presunción introducida por Adriano.
4. Si padre e hijo mueren a la vez, si el hijo es púber muere antes que el padre y si es impúber después.

4.4. Delación de la herencia

La delación es el ofrecimiento o llamamiento al heredero para que acepte la herencia, que solo era necesario en los supuestos de herederos voluntarios, pues si el causante tenía hijos estos se hacían titulares de los bienes desde el momento de la muerte.

Causas de la delación:

- a) Por testamento, en el que el causante lo designa su heredero.
- b) Por ley o falta de testamento (*ab intestato*), según la ley, se llamaba a los hijos, agnados y gentiles. La sucesión *ab intestato* suele llamarse legítima, al estar atribuida por ley. Las dos causas de delación son incompatibles, una persona no puede morir intestada en una parte y en otra con testamento; por lo que:
 - El testamento debe contener expresamente la institución de heredero y no es válido el que solo constituye legados.
 - El heredero adquiere el total de la sucesión.
 - Se admite la excepción del testamento militar.
 - Sucesión legítima contra el testamento, se da a favor de los hijos contra lo que dispone el testamento.

En una primera etapa, el padre debía incluir a los hijos en el testamento o desheredarlos expresamente, pues si no se daba paso a la sucesión intestada.

En una segunda etapa, se ofrece al hijo desheredado o no mencionado en el testamento la posibilidad de la querrela *inofficiosi testamenti* con la que puede anular el testamento.

La delación de la herencia, que puede someterse a condición, puede realizarse tiempo después de la muerte del causante (*herencia yacente*), también el pretor puede, mientras, conceder a alguien la posesión de esta.

En caso de condición potestativa negativa (condición de no hacer algo, no contraer matrimonio), el heredero, mediante una caución de restituir en caso de no cumplir, puede solicitar la posesión de la herencia.

4.5. Transmisión de la herencia

La delación o llamada de la herencia es intransmisible y, en principio, no puede enajenarse.

Excepciones:

- a) En la sucesión intestada, antes de aceptar la herencia, el agnado puede cederla a otra persona mediante *in iure cessio*.
- b) El heredero testamentario no puede realizar esta cesión antes de aceptar la herencia, pero sí después.

Cuando el llamado muere sin aceptar, por causas ajenas, la herencia, el pretor concede una *restitutio in integrum* para que sus herederos puedan solicitar la *bonorum possessio*, que con sus variantes perdura en el tiempo.

4.6. Adquisición de la herencia

Según Gayo, a efectos de la adquisición de la herencia, hay tres categorías de herederos:

1. Heredero necesario: Es el esclavo liberado e instituido heredero en el testamento al mismo tiempo; quiera o no. El pretor le concede el beneficio de reservarse su patrimonio para que no perezca por confusión.
2. Herederos suyos (o de derecho propio) y necesarios: Hijos e hijas bajo la potestad del causante en el momento del fallecimiento, quieran o no. El pretor les concede el beneficio de abstenerse.

3. Herederos extraños o votarios: Herederos no sometidos a la potestad del testador. Tienen la facultad de aceptarla o no mediante deliberación.

4.7. Aceptación o adición de la herencia

El heredero extraño o votario (voluntario), podía aceptar la herencia mediante tres formas:

- 1) Declaración formal y solemne (*cretio*): Ante testigos, se utilizaba siempre que podía haber dudas sobre la aceptación.
- 2) Gestión de los bienes como heredero (*pro heredere gestio*): Realizar cualquier acto o comportamiento en relación con la herencia de la que pueda derivarse la voluntad de aceptar.
- 3) Simple voluntad de tomar la herencia (*aditio nuda voluntate*): Que se considera suficiente para adquirir la herencia.

4.8. Herencia yacente

Cuando los herederos son extraños o voluntarios puede darse un espacio de tiempo entre la delación y la aceptación, en este espacio de tiempo los juristas dicen que la herencia estaba yacente.

También está yacente en tanto no se cumple la condición impuesta al *suis* en el testamento.

En interés de los acreedores se puede nombrar un *curator* o acudir a la figura del heredero futuro aunque sea incierto.

Las cosas de la herencia yacente se consideran sin dueño o *res nullius* y pueden ser apropiadas, en principio, por cualquiera sin cometer hurto; este principio tuvo importantes limitaciones, al considerarse después que sí tenían poseedor, por lo que Marco Aurelio castiga el crimen de expoliación de la herencia.

Esta situación de posesión está en relación con la *usucapión*, por lo que se podían adquirir los bienes de la herencia por su posesión continuada durante un año.

Justiniano protege la figura de la herencia yacente, pero sin imponer su protección como un principio general.

4.9. Usucapio pro heredere

El heredero podía adquirir toda la herencia por la posesión continuada durante un año de algunos de sus bienes, con los requisitos de buena fe y justo título.

El poseedor podía usucapir en un año frente al heredero extraño que no haya aceptado, pero no frente al heredero de derecho propio.

El poseedor a título de heredero, debía de tener la capacidad para recibir por testamento (*testamentifactio pasiva*).

4.10. Confusión hereditaria y separación de bienes

Al hacerse el heredero titular y responsable del nuevo patrimonio, se produce la llamada confusión hereditaria, porque se confunden el patrimonio propio del heredero y del causante.

Por ello se extinguen las relaciones jurídicas que existían entre el heredero y el difunto (deudas, servidumbres, etc.). La confusión se produce por la adquisición de la herencia, que si no se adquiere no se produce la confusión.

Los acreedores del difunto concurren con los del heredero para cobrar sus deudas de un solo patrimonio, con lo que ocurre que si el último tiene una legión de acreedores y los del difunto confiaban en cobrar de la herencia, tengan que disputar con los del heredero. Para evitar esta iniquidad el pretor, en un *edictum de suspecto herede*, puso dos remedios o recursos:

- a) Garantía del heredero de escasa solvencia (*satisdatio suspecti heredis*). Para que preste garantías bajo pena de acción ejecutiva, si los acreedores presentan pruebas ante el pretor de conducta dolosa del heredero. También la pueden solicitar por pobreza del heredero, pero si no pueden probarla, los acreedores se arriesgan a ser demandados por injurias.
- b) Separación de bienes (*separatio bonorum*). La piden los acreedores del difunto para que se les pague con la herencia del causante. No pueden pedirla los acreedores del heredero.

Cuando el heredero acepta dolosamente una herencia dañosa, sus acreedores pueden ejercitar una acción revocativa.

Entre los efectos de la adquisición de la herencia está la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del difunto; para evitar sus inconvenientes, Justiniano, en la Constitución del año 531, concede el beneficio de inventario por el que el heredero solo responde en los límites del patrimonio hereditario.

El heredero debe comenzar el inventario dentro de los 30 días siguientes al tener conocimiento de la llamada o delación y terminarlo dentro de un año desde la muerte del causante.

De este modo no se produce la confusión hereditaria y el heredero puede cargar contra la herencia los gastos de la gestión y del funeral.

Una vez hecho el inventario puede comenzar a vender y pagar a los acreedores por el orden en que vayan viniendo.

5. LA SUCESIÓN INTESTADA

En el régimen de los llamamientos a la herencia, cuando una persona muere sin testar, se termina imponiendo en derecho posclásico y Justiniano la línea cognaticia o de sangre a la agnaticia o primitiva familia civil.

La *sucesión ab intestato* se abre en los siguientes casos:

- a) Si una persona ha muerto sin testamento.
- b) Si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo.
- c) Si los herederos testamentarios no llegaban a adquirir la herencia.

La llamada se produce en el momento de la muerte del *de cuius* o cuando el heredero renuncia.

En el Derecho civil antiguo, si alguno muere sin testar y no hay ningún heredero de derecho propio (hijos en potestad del difunto o en lugar de los hijos, que no pueden repudiar la herencia), se da la herencia al agnado (unidos en parentesco legítimo por línea de varón, hermanos, etc.); si hay varios se divide por cabezas (cabeza más preeminente) la herencia más próximo y después a los gentiles (pertenecientes a otras familias de un antecesor común con el mismo apellido o nombre gentilicio).

- 1) Hijos y descendientes (*liberi*), con independencia de que estén sometidos o no por este orden: Los suyos o de propio derecho; los que ya han salido de la patria potestad (*siu iuris*).
- 2) No entran en la llamada los hijos adoptivos del causante, que estén emancipados después.
- 3) Se llama al marido y la mujer (*vir et uxor*) teniendo en cuenta la existencia de matrimonio válido con independencia de la manus.
- 4) También se llama a los libertos, y por orden de importancia a los sucesores del liberto con respecto de la herencia del patrono.

En el imperio se sigue con la idea de imponer la sucesión de parentesco natural sobre el agnático, en atención a los particulares casos. Por una constitución de Adriano la madre *ius liberarum* es llamada a heredar del hijo que muere sin dejar hijos ni hermanos consanguíneos, con preferencia sobre los agnados.

Desde el año 178 se llamaba al hijo a la herencia de la madre, con preferencia sobre los agnados de ella. Justiniano deroga la necesidad de que la madre sea *ius liberorum*.

En las Novelas, Justiniano acepta definitivamente el llamado a la familia natural del causante, derogando el antiguo sistema civil o fundiéndolo con el pretorio.

En la época clásica desaparece la organización gentilicia.

Para corregir las estrictas normas de las XII Tablas, el pretor llama a la herencia a los sucesores cognaticios:

En el imperio se sigue con la idea de imponer la sucesión de parentesco natural sobre el agnático, en atención a los particulares casos.

Por una constitución de Adriano la madre *ius liberorum* es llamada a heredar del hijo que muere sin dejar hijos ni hermanos consanguíneos, con preferencia sobre los agnados.

Desde el año 178, se llamaba al hijo a la herencia de la madre, con preferencia sobre los agnados de ella.

Justiniano deroga la necesidad de que la madre sea *ius liberorum*.

En las Novelas, Justiniano acepta definitivamente la llamada a la familia natural del causante, derogando el antiguo sistema civil o fundiéndolo con el pretorio.

El orden de llamada es el siguiente:

- a) Los descendientes, cualquiera que sea su situación en potestad. Los de igual grado heredan por cabezas.
- b) Los ascendientes y los hermanos/as de doble vínculo, es decir, de padre y madre.
- c) Los hermanos/as de vínculo sencillo.
- d) Otros colaterales, hasta el 6º y 7º grado.

6. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

6.1. Testamento

El testamento es la declaración de la intención hecha ante testigos, conforme a derecho y de forma solemne, para que valga después de la muerte.

El testamento es:

- Una declaración unilateral de voluntad.
- Hecho ante testigos.
- Revocable.
- Que contiene disposiciones *mortis causa*.
- Que contiene la institución de heredero.

6.2. Características del testamento

- a) Acto conforme al Derecho civil y con solemnidades en él establecidas. Solo los cives pueden otorgar testamento.
- b) Acto unilateral porque solo necesita la voluntad del disponente.
- c) Es revocable hasta la muerte del causante.
- d) Acto *mortis causa*, que solo produce efectos a la muerte del causante, en que tiene lugar la llamada de la herencia.

6.3. Formas antiguas y clásicas del testamento

Son tres:

- a) *Testamento ante los comicios curiados*: Se daba en tiempos de paz ante los comicios, que se reunían dos veces al año al efecto, mediante una declaración oral. Pronto es sustituido, por sus obvias dificultades, por una declaración ante 30 lictores que los representaban simbólicamente.
- b) *Testamento en procinto o en pie de guerra*: Procinto se llamaba al ejército cuando estaba en pie de guerra, dispuesto y armado. Pierde su validez cuando el testador vuelve después de la campaña. En tiempos de Cicerón era ya un mero recuerdo histórico.
- c) *Testamento por el bronce y la balanza*: Era un procedimiento en que se hacía intervenir a un fiduciario, que compraba la herencia para luego entregarla a quien se hallaba designado. Es la única forma que perdura en la época clásica.

Los primeros testamentos son orales, después se escribirán en tablillas enceradas que se presentan ante testigos para que las autentiquen con sus sellos, bastando con romper las tablillas para revocar el testamento. Llegaron a coexistir el testamento civil y el pretorio.

Intervino en la adquisición de la condición de heredero la *mancipatio*, a fin de otorgar el dominio de las cosas mancipables. La mujer testa con la intervención del tutor.

El pretor puede conceder la posesión de los bienes, conforme al testamento, al que encuentre en él designado como heredero, si las tablillas están selladas por los siete testigos.

Durante la época clásica coexiste el testamento civil y el pretorio, teniendo preferencia en caso de litigio el heredero civil, hasta un *rescripto de Antonino Pío* que concede al pretorio una excepción. Después ambos tendrán el mismo valor.

6.4. Testamento militar

Se establecía un régimen especial para el testamento de los militares, que fue iniciado por Julio César.

Se admitía que los soldados hagan sus testamentos como quieran y como puedan y basta la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes. Aunque el testamento sigue sujeto a las reglas del régimen civil.

Excepciones:

- a) El militar solo puede disponer en parte de la herencia, dejando que para el resto se abra la sucesión intestada.
- b) No se aplica el principio «una vez heredero, siempre heredero», y puede testar bajo condición o término.
- c) Puede asignar la herencia a dos herederos, sin que uno u otro participen de ciertas deudas o créditos del otro.
- d) Puede disponer legados sin que tengan reducción.

Este régimen se aplica, en la época clásica, a todos los soldados desde que entran en filas hasta un año después de su licencia. Justiniano lo limita al tiempo que estuviesen en campaña.

El testamento militar es similar al de procinto o hecho en pie de guerra, con la diferencia de que este último siempre sirvió hasta el término de la campaña; con Justiniano se igualan.

7. EL CODICILO

El testador podía completar su testamento con un documento separado o pequeño código (*codicillus*, diminutivo de *codex*), que se presentaba como un apéndice al testamento o que se redactaba posteriormente.

Los codicilos tuvieron legados, manumisiones, nombramientos de tutores o revocación de disposiciones.

No podían contener institución o desheredación de heredero. No obstante de que en el testamento se hiciera indicación de que sería válida la institución hecha en el *codicilo*.

Las confirmaciones del *codicilo* debían ser hechas con carácter imperativo; si lo eran en sentido de ruego, se consideraban como fideicomiso.

En la época posclásica se confunden los testamentos con los codicilos, exigiéndose el mismo número de testigos.

Justiniano, para evitar confusiones, reitera el principio de que los codicilos no pueden contener institución de heredero.

8. EL TESTAMENTO POSCLÁSICO Y JUSTINIANO

En la época postclásica se confunden las distintas formas testamentarias, sobre todo por influencia de las prácticas provinciales. Existían dos clases de testamento: 1) Abierto: Ante cinco testigos. 2) Cerrado: Con la firma de siete testigos. También existieron otras formas de testamento:

- Apud Acta: En el que participaban jueces o funcionarios públicos.
- En tiempo de epidemia (*pestis conditium*): No se requería la presencia simultánea de testigos, podía ser sucesiva.
- En el campo (*ruri conditum*): Podía hacerse ante cinco testigos, pudiendo firmar los que sabían escribir por los que no sabían, pero todos tenían que conocer el contenido del testamento.
- Testamento del ciego: En la época clásica se podía testar en la forma oral del acto mancipatorio. En derecho postclásico debía hacerlo ante notario y siete testigos.
- Testamento en beneficio de la Iglesia u obras pías: Exentas de formas legales.

9. CAPACIDAD PARA TESTAR

Para ver si un testamento era válido, lo primero era ver si el testador tenía capacidad para testar (*testamentifactio*), relacionada con las otras personas mencionadas en el testamento.

Existe *testamentifactio* de dar (activa) y de recibir (pasiva).

a) Testamentifactio activa (de dar)

- Se exigía que el testador fuera libre, ciudadano romano y *sui iuris*. Los *alieni iuris* podían disponer *mortis causa* solo del peculio castrense.
- No tienen capacidad para testar las personas que no son idóneas para manifestar esta voluntad: impúberes y locos; sordos y mudos mientras el acto fuese oral, y caso por caso en el testamento escrito.
- La mujer puede testar con intervención del tutor.
- El esclavo no puede testar; excepto si es *servus publicus*, con la mitad de su peculio.
- La capacidad para testar se requiere tanto en el momento del acto como en la muerte.
- El testamento de un incapaz no se convalida, aunque después llegue a ser capaz.
- El testamento del cautivo en guerra es válido desde el momento de su captura, que se considera como muerto.

b) Testamentifactio pasiva (de recibir), requería la condición de ser *cive* y libre, con las excepciones siguientes: Sí podían heredar...

- Los esclavos, que aunque no adquirían para sí mismos lo hacían para el dueño; por ello necesitaban de su mandato para que luego quedara obligado por las deudas.
- Los sometidos a potestad, por mandato del *paterfamilias*.
- Los latinos.
- Las mujeres.

La institución de heredero de una persona incierta (aquella de la que no se pueden dar referencias) es nula.

Son personas inciertas:

- Los hijos póstumos, hasta Justiniano que lo acepta.

- Los entes públicos y colectivos, hasta que el Principado los acepta. En derecho postclásico se declaran incapaces:
- Los hijos de los condenados por delito de alta traición.
- Herejes.
- Apóstatas.
- Mujeres que no respeten las prohibiciones y plazos para contraer nuevo matrimonio. La capacidad para heredar se exige en tres momentos:
- Al tiempo de la redacción del testamento.
- Al tiempo de la muerte del testador.
- Al tiempo de la aceptación de la herencia.

10. INSTITUCIÓN DE HEREDERO

La evolución histórica del acto testamentario se considera finalizada en los comienzos del Principado, cuando contiene las instituciones siguientes:

- Heredero.
- Desheredación.
- Legados.
- Manumisiones.
- Nombramiento de tutores.
- Asignación de libertos.
- Fideicomisos.
- Codicilos.

El testamento se configura en torno a la institución central de heredero, como acto unitario en el que prevalece la voluntad del difunto. Sin la institución de heredero no puede haber testamento.

La institución de heredero debe estar hecha en modo solemne («Ticio será heredero»). Más tarde se aceptará: «Sea Ticio el dueño de mi herencia») a fin de diferenciarla del fideicomiso que se hacía en forma de ruego.

El patrimonio del causante, que en su conjunto se denominaba *as*, se dividía en cuotas ideales de doceavas partes llamadas *unciae* en caso de pluralidad de herederos; si no bastaban, se subdividían estas en múltiplos según las reglas siguientes:

- Si hay una única persona instituida heredero, adquiere toda la herencia, tanto si lo ha sido en todo como en parte.
- Si el testador ha incluido una pluralidad de herederos, pueden darse los casos siguientes:
- Si es sin atribución de partes, se divide en partes iguales.
- Si es con atribución en partes, crecen o decrecen estas en proporción a lo atribuido sobre la parte de la herencia no atribuida.

- Si unos herederos tienen atribuida una parte y otros no, se utilizan fórmulas matemáticas más complicadas.

A fin de respetar la voluntad del testador y el principio de la universalidad de la sucesión. El juez, primero atribuye la *ex certa re* a los instituidos, que no afecta a las deudas de las que responden todos los herederos con arreglo a sus cuotas.

10.1 La institución bajo condición o término

La institución de heredero podía someterse a una condición suspensiva, pero no a una condición o plazo para que empiece a serlo o deje de serlo, pues se opondría al principio «una vez heredero, siempre heredero».

El Derecho clásico admite las condiciones suspensivas, pero no admite las resolutorias que, si no se producen, impiden la formalización de la institución de heredero.

Así las condiciones resolutorias se incluyen con las condiciones ilícitas, imposibles o inmorales. Las condiciones son positivas si se trata de que se produzca un hecho. Las condiciones son negativas si se trata de que no se produzca un hecho.

A diferencia de la condición, el término es un hecho futuro y cierto de cuya realización dependen los efectos del acto o relación jurídica.

El heredero instituido bajo condición suspensiva, que no dependiese de su voluntad (condición casual), podía solicitar del pretor la posesión de los bienes conforme al testamento.

10.2. Las sustituciones

El testador puede nombrar un sustituto para el heredero en el caso de que este no llegase a adquirir la herencia.

Se trata de una institución sometida a la condición de que el heredero no pudiese o no quisiese aceptar.

Fórmula: «Sea heredero Cayo y si este no lo fuese, que lo sea Ticio.» El sustituto debe cumplir con los legados, a no ser que fuera otra la voluntad del testador.

- Sustitución Pupilar: El *paterfamilias* instituía heredero a su hijo impúber y le nombraba un sustituto para el caso de que muriese antes de llegar a la pubertad; pero si llegara a heredar y muriese antes de la pubertad, como no puede testar, el sustituto hereda del hijo forzosamente sino ha repudiado la herencia del padre.
- Causa Curiana: El sustituto de un heredero *nasciturus*, hereda frente a un heredero legítimo si el hijo instituido finalmente no nace.

CASOS DE SUSTITUCIONES:

• CASO: La herencia del hijo emancipado

Hechos:

1. Cayo es padre de Ticio.
2. Cayo es dueño del esclavo Estico.
3. Cayo instituye heredero a Ticio.

4. Cayo instituye heredero sustituto y liberto a Estico.
5. Cayo muere.
6. Ticio da a su padre por loco.
7. Ticio pide la herencia *ab intestato*.
8. Estico demanda a Ticio.

Personas:

Parte demandante: Estico contra Ticio, reclamando la herencia y su libertad.

Instituciones:

- . Esclavitud: Institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.
- . Hijo emancipado: Hijo *sui iuris*, fuera de la potestad del padre familias por emancipación u otras causas.
- . *Manumissio testamento*: Manumisión efectuada en el testamento del dueño, por el que este autorizaba al esclavo a que viviese como libre. Producía efectos cuando el heredero aceptaba la herencia. El manumitido adquiría la ciudadanía civil. El testamento podía revocarse y la manumisión someterse a condición o término.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero: La herencia se deja al heredero, que la recoge.
- . Herencia *ab intestato*: Cuando el causante muere sin instituir heredero, se abre camino a la sucesión intestada.
- . Sustituto hereditario: El testador puede nombrar un sustituto para el heredero en el caso de que este no llegase a adquirir la herencia.

Reglas:

- . No tienen capacidad para testar las personas que no son idóneas para manifestar esta voluntad: impúberes y locos.
- . Sucesión o toma de herencia por ley o falta de testamento (*ab in testato*), se produce si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo.
- . Según la ley, se llamaba a los hijos, agnados y gentiles, por ese orden.
- . En el régimen hereditario del antiguo Derecho civil, según las XII Tablas, si el causante moría intestado, heredaban los hijos en potestad (*sui*) y, en defecto, los agnados más próximos y luego los gentiles. Así, solo en defecto de testamento se hacen los llamamientos legítimos según la Ley; de esta manera no podía heredar el hijo cognático (natural o de sangre) emancipado.
- . Para remediar estas iniquidades, el pretor crea un nuevo régimen hereditario: La *bonorum possessio*.
- . El pretor no podía contradecir el Derecho civil, y por ello no podía nombrar herederos, pero otorga la posesión de los bienes hereditarios a las personas contempladas en su edicto; así concede la acción publiciana y los interdictos posesorios con fórmulas ficticias.

- . La *bonorum possessio* se aplica tan solo en caso de litigio sobre la posesión de los bienes de la herencia, que después se amplía durante el Principado a los totales derechos sucesorios contra el testamento y la herencia civil, principalmente de sucesores cognáticos contra agnaticios.
- . El *bonorum possessor* solo dispone de la posesión de los bienes hereditarios y para reclamar su dominio debe utilizar el *interdictum quorum bonorum*.
- . El esclavo no podía exigir su propia libertad, pero se admitió que acudiese al procedimiento extraordinario a fin de solicitar que se cumpliera el fideicomiso por medio de la *vindicatio in libertatem*, cuyo cumplimiento se hizo obligatorio.

Acciones:

- . El esclavo Estico acudiría ante el pretor en un juicio extraordinario, y accionaría por medio de la *hereditatis petitio*, pues el pretor finge que es libre desde el momento de la muerte del testador, contra el hijo poseedor de los bienes hereditarios.
- . El hijo habría accionado previamente con una *querella inofficiosi testamenti*, para declarar loco a su padre y nulo el testamento; el *interdictum quorum bonorum* sería el que utilizó para solicitar del pretor la posesión de los bienes hereditarios.
- . No procede la *vindicatio in libertatem* del esclavo, pues si ganara el juicio se haría libre y heredero por la sucesión testamentaria.
- . Tampoco procede la *actio ex testamento*, por ser una acción de legado.

Solución y respuestas:

- * Si el hijo perdiera el juicio, unas respuestas señalan que se haría con la herencia en virtud del testamento; otras, dicen que no puede ser heredero testamentario el que para librarse de la herencia testamentaria pide la posesión de los bienes hereditarios declarando a su padre loco e invalidando el testamento.
- * Si el hijo pierde el juicio, el esclavo se hace heredero y libre en virtud de la sustitución.

• CASO: La sustitución del hermano por los esclavos

Hechos:

1. Ticio es hermano de Cayo.
2. Ticio es dueño de Pánfilo y Estico.
3. Ticio instituye heredero en su testamento a Cayo.
4. Ticio instituye herederos sustitutos a los hijos de Cayo.
5. Ticio instituye, en último lugar, herederos sustitutos y libertos a Pánfilo y Estico.

Instituciones:

- . Esclavitud: Institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.
- . *Manumissio testamento*: Manumisión efectuada en el testamento del dueño, por el que este autorizaba al esclavo a que viviese como libre. Producía efectos cuando el heredero aceptaba la herencia. El manumitido adquiría la ciudadanía civil. El testamento podía revocarse y la manumisión someterse a condición o término.

- Testamento: Documento *mortis causa* por el que se instituye heredero.
- Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- Heredero y *aditio*: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- Sustituto hereditario: El testador puede nombrar un sustituto para el heredero en el caso de que este no llegase a adquirir la herencia.

Reglas:

En este caso, de sucesión testada, se debe de seguir la voluntad del testador expresada en su orden de preferencia a la llamada de la herencia.

Solución:

Según el testamento, Pánfilo y Estico se encuentran en último lugar a la llamada de la herencia y, además, no son llamados como coherederos.

• CASO: El padre Pactumeyo sustituto de la hija Pactumeya

Hechos:

1. Pactumeyo hace testamento.
2. Pactumeyo instituye heredera a Pactumeya.
3. Pactumeyo instituye heredero sustituto a Magno.
4. Como Pactumeyo cree que Pactumeya y Magno han muerto, instituye heredero a Magno.
5. Pactumeyo hace constar dicha circunstancia en su testamento.
6. Pactumeyo muere.
7. Pactumeya, que vive, demanda a Rufo ante el emperador.

Personas:

Parte demandante: Pactumeya contra Rufo, en demanda de la herencia.

Instituciones:

- Testamento: Documento *mortis causa* por el que se instituye heredero.
- Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- Heredero y *aditio*: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- Sustituto hereditario. El testador puede nombrar un sustituto para el heredero en el caso de que este no llegase a adquirir la herencia.

Reglas:

El testamento se configura en torno a la institución central de heredero, como acto unitario en el que prevalece la voluntad del difunto.

Acciones:

- Al acudir Pactumeya en súplica ante el emperador, la controversia se resolverá por *rescripto imperial* una vez oídas las partes.

- Si hubiera habido juicio, el procedimiento hubiera seguido los trámites de un juicio de propiedad.
- Pactumeya hubiera podido accionar mediante la *reivindicatio* si cree que es la propietaria civil, (o por la *actio ex testamento* si no lo fuese). Rufo podría haber interpuesto una *exceptio in iusti dominii* a la primera o un excepción por el testamento a la segunda; además, en el primer caso, Rufo hubiera podido solicitar los interdictos de retener la posesión al pretor, convirtiéndose en *poseedor bonitario* hasta la sentencia.

Respuestas:

El rescripto del emperador dio la herencia a Pactumeya con la condición de que debía cumplir los legados.

Solución:

Atendiendo a los hechos: la voluntad del testador era instituir heredera a Pactumeya, como sustituto a Magno y como segundo sustituto a Rufo; e incluso así lo hace constar en su última voluntad al especificar que declara a Rufo heredero porque no pueden serlo los otros.

Atendiendo a las reglas: se debe cumplir la voluntad del testador.

Por todo lo que, Pactumeya será la heredera, siendo Rufo su sustituto.

11. LEGADOS

El legado es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.

Se redactaba en términos imperativos en contraposición con el fideicomiso (que es en términos rogativos).

A veces se donaban en ellos cosas que no eran propiedad del testador.

11.1. Clases de legados

Existen cuatro clases de legados principales para Gayo, siendo los dos más importantes el *vindicatorio* y el *damnatario*.

- Legado vindicatorio:** La forma era «doy y lego...»; se llama de vindicación porque, tan pronto es aceptada la herencia, la cosa se hace propiedad civil del legatario sin intervención del heredero y aquel dispone de la acción reivindicatoria como propietario civil. El testador solo puede legar por vindicación lo que es de su propiedad civil en el momento de testar y en el de su muerte; se exceptúan las cosas fungibles, que solo es necesario que sean de su dominio en el momento de su muerte.
- Legado damnatario:** La forma era «que mi heredero esté obligado a transmitir...»; el heredero queda obligado a transmitir. Al ser propiedad del heredero, el legatario debe demandarlo mediante la *actio ex testamento* (acción de testamento), personal de derecho estricto.
- Legado de tolerancia o permisión:** La forma era «que mi heredero quede obligado a permitir...»; la finalidad era obligar al heredero a respetar una situación de hecho. El legatario podía accionar contra el heredero mediante la *actio ex testamento*.

- d) Legado de precepción:** La forma era «que Lucio tenga preferencia...» y se refería a cosas susceptibles de ser divididas.

La clasificación de Gayo es incompleta sin los dos siguientes:

- a) Legado de opción:** La forma era «que Ticio opte por...»; trata de que el legatario elige una entre varias cosas. Transmite la propiedad.
- b) Legado de partición:** La forma es «divida mi heredero con Ticio...». El heredero puede efectuar la partición o entregar su estimación.

11.2. Sujetos y objeto de los legados

- a) Sujetos del legado:

- El testador o el que lega.
- El heredero o gravado.
- El legatario o beneficiado.

En derecho justiniano el legado puede hacerse, aparte del testamento, en un codicilo como consecuencia de su equiparación al fideicomiso. El legado es una carga objetiva en la herencia.

- b) **Objeto del legado:** Puede ser cualquier cosa, tanto corporales como incorporales o derechos.

Era práctica usual instituir herederos a los varones y beneficiar a las hijas, a la mujer o a otros, con los legados siguientes:

- De usufructo, incluso universal.
- De peculio.
- De servicios de un esclavo.
- De la dote. Devolviéndola a la mujer.
- Del ajuar.
- De regalos. No se puede legar a favor del heredero único. Tipos de legados con objeto de Obligaciones:
 - Legado de un crédito del testador: Se concede al legatario una *actio utilis* para demandar al deudor.
 - Legado de crédito al deudor: Para que el heredero no lo reclame. El deudor puede accionar mediante una *acceptilatio* o un *pacto* (la *acceptilatio* es una forma de cancelación verbal y abstracta, de signo contrario a la estipulación que creaba la obligación, a fin de que esta, nacida mediante palabras, se extinga.).
 - Legado de una deuda al acreedor: Con alguna ventaja como que el heredero no pueda oponer excepciones.
 - Legado de objeto alternativo: o de elección de una cosa entre varias.
 - Legado de objeto genérico. La elección corresponde al heredero a al legatario según la clase de legado utilizado.

11.3. Adquisición del legado

El legatario no puede adquirir el legado hasta que el heredero no adquiera la herencia; pero desde el momento de la muerte del testador, el legatario adquiere el derecho (*expectativa*) transmisible a sus propios herederos.

- *Dies cedens* (día que cede): Es cuando se inicia la expectativa del legatario.
- *Dies veniens* (día que viene): Es cuando el heredero adquiere definitivamente la herencia y el legatario el legado.

Excepciones:

- a) En los legados sometidos a condición, el «día que cede» es el del cumplimiento de la condición.
- b) En los legados de opción y usufructo, la cesión del día coincide con la aceptación o adquisición de la herencia.
- c) En los legados dispuestos a favor del esclavo manumitido, nada puede adquirir el esclavo hasta que alcance la libertad.
- d) El heredero gravado con el legado, responde por dolo, culpa y negligencia.

11.4. Limitaciones legales de los legados

La *Lex Falcidia* reservaba al heredero la cuarta parte de la herencia, calculada sobre el valor que tenía a la muerte del testador, por lo que los legados podían verse reducidos en esta parte (pues antiguamente era lícito agotar todo el patrimonio con los legados y las manumisiones, y dejar al heredero tan solo el vacío nombre de tal; así parecía permitirlo la ley de las XII Tablas), pudiendo el testador legar solo los 3/4 de su patrimonio.

La reducción de la *Falcidia* se extiende a los fideicomisos y a las donaciones *mortis causa*.

Augusto limitó la libertad para manumitir por testamento, mediante la *Lex Caninia*, a un número proporcional del total en dominio y nunca más de cien. Mediante la *Lex Sentia* prohibió manumitir a los testadores insolventes. Justiniano abolió la ley Falcidia.

• CASO: Legados de cantidades para manumitir esclavos.

Hechos:

1. Sempronio es dueño del esclavo Estico.
2. Cayo lega una cantidad a Ticio.
3. El legado es para que Ticio compre a Estico.
4. El legado es para que Ticio manumita a Estico.
5. Cayo muere.
6. Sempronio no quiere vender a Estico.
7. Ticio demanda la cantidad del legado de Cayo.

Personas:

Parte demandante: Ticio contra el heredero de Cayo, en demanda de la cantidad que Cayo le legó.

Instituciones:

- . Testamento: Documento *mortis causa* por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.
- . Fideicomiso: Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla.
- . Esclavitud: Institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.
- * Manumisión: La manumisión es la concesión de la libertad por el dueño a su esclavo.

Reglas:

- . En la ejecución de un testamento debe imperar la voluntad del testador.
- . El legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero no toma posesión de la herencia.

Acciones:

- . La controversia entre Ticio y el heredero de Cayo seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- . Como quiera que el heredero de Ticio es el propietario civil de la herencia, una vez que se ha producido la dición, Ticio se verá obligado a accionar mediante la *actio extestamento* sin poder utilizar la *reivindicatio*.
- . El heredero de Cayo opondrá una excepción de dolo en el testamento, por no poderse cumplir la voluntad del testador.

Respuestas:

Si el dueño del esclavo no quiere venderlo, podrá el legatario conservar la cantidad según la voluntad del difunto.

Solución:

Según la voluntad del testador, existe el legado de una cierta cantidad a condición de que se cumpla el fideicomiso de manumitir a un esclavo con ella; luego la voluntad del testador es que el legatario se haga con dicha cantidad si el fideicomiso se puede cumplir. Como no se puede manumitir al esclavo; es decir, el objeto del legado es imposible de realizar, Ticio no debería apropiarse de dicha cantidad que debe conservar el heredero.

• CASO: Legados de cantidades para manumitir esclavos

Hechos:

1. Sempronio es dueño del esclavo Estico.

2. Cayo lega 100.000 sestercios a Ticio.
3. El legado es para manumitir a Estico.
4. La herencia no da para cubrir la cantidad legada.
5. Ticio demanda la parte proporcional que le corresponda.

Personas:

Parte demandante: Ticio contra el heredero de Cayo, en demanda de la parte proporcional que le corresponda del legado.

Instituciones:

- . Testamento: Documento mortis causa por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.
- . Fideicomiso: Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla.
- . Esclavitud: Institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.
- . Manumisión: La manumisión es la concesión de la libertad al esclavo por su dueño.

Reglas:

- . En la ejecución de un testamento debe imperar la voluntad del testador.
- . La Ley Falcidia reservaba al heredero la cuarta parte de la herencia, calculada sobre el valor que tenía a la muerte del testador, por lo que los legados podían verse reducidos en esta parte (pues antiguamente era lícito agotar todo el patrimonio con los legados y las manumisiones, y dejar al heredero tan solo el vacío nombre de tal; así parecía permitirlo la ley de las XII Tablas), pudiendo el testador legar solo los 3/4 de su patrimonio. La reducción de la ley Falcidia se extiende a los fideicomisos y a las donaciones mortis causa.
- . El legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero no toma posesión de la herencia por el acto de la dición.

Acciones:

- . La controversia entre Ticio y el heredero de Cayo seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- . Como quiera que el heredero de Ticio es el propietario civil de la herencia, una vez que se ha producido la dición, Ticio se verá obligado a accionar mediante la actio ex testamento, sin poder utilizar la reivindicatio.

- . El heredero de Cayo opondrá una excepción de dolo por el testamento, si no puede cumplirse la voluntad del testador.

Respuestas:

Solo corresponderá pagar la cantidad proporcional de la reducción en el legado, si Ticio da caución de que manumitirá al esclavo y el dueño quiere venderlo.

Solución:

Solo corresponderá pagar la cantidad proporcional de la reducción en el legado, si Ticio da caución de que manumitirá al esclavo y el dueño quiere venderlo; es decir, que solo procederá entregar el legado si se cumple el fideicomiso.

• CASO: Legado de opción

Hechos:

1. Cayo lega a Seyo el esclavo Eros.
2. Cayo lega a Eros un fundo.
3. Cayo lega a Mevio la opción de un esclavo.
4. Mevio opta por Eros.
5. Mevio demanda el fundo de Eros.

Personas:

Parte demandante: Mevio contra Seyo, en demanda del fundo legado a Eros.

Instituciones:

- . Testamento: Documento mortis causa por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.
- . Legado de opción: La forma era «que Ticio opte por...»; trata de que el legatario elige una entre varias cosas. Transmite la propiedad.
- . Esclavitud: Institución del derecho de gentes por la que, contra lo natural, un hombre queda sujeto al dominio de otro.

Reglas:

- . El legatario no puede adquirir el legado hasta que el heredero no adquiera la herencia; pero desde el momento de la muerte del testador, el legatario adquiere el derecho (expectativa) transmisible a sus propios herederos.
- . *Dies cedens* (día que cede): Es cuando se inicia la expectativa del legatario.
- . *Dies veniens* (día que viene): Es cuando el heredero adquiere definitivamente la herencia y el legatario el legado.

- . En los legados de opción, la cesión del día coincide con la aceptación o adquisición de la herencia.
- . Los dueños de los esclavos adquieren a través de ellos.
- . En la ejecución de un testamento debe imperar la voluntad del testador.

Acciones:

- . La controversia de Mevio contra Seyo, seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- . Como quiera que Seyo se convierte en el propietario civil del fundo al adquirirlo a través del esclavo Eros, una vez que se ha producido la dición; Mevio también entiende que lo es por el legado de opción que transmite la propiedad, accionará a través de la *reivindicatio*.
- . El heredero de Cayo opondrá una excepción in *iusti dominii*.

Respuestas:

En el momento de adirse la herencia, el fundo pertenecerá a Seyo, que lo adquiere a través de Eros; porque, al ceder el día (en que se adquiere el derecho al legado), solo Seyo puede adquirir por mediación del esclavo.

Solución:

En el momento de adirse la herencia, el fundo pertenecerá a Seyo pues es el heredero quien adquiere primero y luego entrega al legatario; luego Seyo adquiere a través de Eros. Ello, porque al ceder el día (en que se adquiere el derecho al legado), solo Seyo puede adquirir por mediación del esclavo.

Además, parece ser que la voluntad del testador era que el fundo pasase a Seyo a través de Eros, pues de otro modo lo hubiera legado a Mevio.

• CASO: Legado de ajuar femenino

Hechos:

1. Cayo instituye herederos a sus hijos.
2. Cayo lega el ajuar femenino y otras cosas a su mujer.
3. Cayo quiere que la propiedad lo legado vuelva a sus hijas.
4. Las hijas demandan la propiedad del legado.

Personas:

Parte demandante: Las hijas de Cayo contra la mujer de Cayo, en demanda de la propiedad del ajuar y otras cosas por entender que solo se ha legado el usufructo.

Instituciones:

- . Propiedad. Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- . Usufructo. Es el derecho de uso y percepción de los frutos sobre cosa ajena.
- . Testamento: Documento mortis causa por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.

- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.
- . Fideicomiso: Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla.

Reglas:

Era práctica usual instituir herederos a los varones y beneficiar a las hijas, a la mujer o a otros, con los legados siguientes:

- . De usufructo, incluso universal.
- . De peculio.
- . De servicios de un esclavo.
- . De la dote. Devolviéndola a la mujer.
- . Del ajuar.
- . De regalos.
- . En la ejecución de un testamento debe imperar la voluntad del testador, atendiendo a la forma en cómo testó.

Acciones:

- . La controversia seguirá los trámites de un juicio de propiedad.
- . Como quiera que ambas partes se creen propietarios civiles de las cosas, una vez que se ha producido la dición; las hijas accionarán a través de la reivindicatio.
- . La mujer de Cayo opondrá una excepción *in iusti domini*.

Respuestas y solución:

- . Parece un legado de propiedad, tanto por tratarse de un legado de bienes fungibles o consumibles, que no durarían más que la vida de la mujer; como en que la forma en que testó Cayo fue «quiero que la propiedad vuelva», si la propiedad «vuelve», es que legó la propiedad.
- . Existe, pues, un fideicomiso o encargo de que lo que quedare de los bienes legados pase a las hijas.

• CASO: Legado de usufructo universal

Hechos:

1. Ticia instituye herederos iguales a Cayo, Mevio y Seya.
2. Ticia lega el usufructo universal y vitalicio a su madre.
3. Cayo, Mevio y Seya, adicen la herencia.
4. Cayo, Mevio y la madre mueren.
5. Seya demanda el usufructo universal de la herencia.

Personas:

Parte demandante: Seya contra los herederos de Cayo y Mevio, en demanda del usufructo universal de la herencia.

Instituciones:

- . Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- . Usufructo universal y vitalicio: Es el derecho de uso y percepción por parte del usufructuario de los frutos sobre todas las cosas de otro mientras aquel viva.
- . Nuda propiedad: Propiedad sobre una cosa que se ha entregado en usufructo a un usufructuario
- . Testamento: Documento mortis causa por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- * Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.

Reglas:

Al adir o aceptar la herencia, la nuda propiedad pasa a los herederos y sucesores de estos.

Acciones:

La controversia seguirá los trámites de un juicio por ejecución de testamento, por lo que Seya accionará por medio de una actio ex testamento, a la que los herederos de Cayo y Mevio opondrán una excepción de dolo.

Respuestas:

El usufructo vuelve a los que tienen la propiedad, con más razón al haber sido instituidos herederos en partes iguales.

Solución:

El legado de usufructo fue únicamente vitalicio, por lo que al morir la madre de Ticia este se extingue; como la herencia fue adicionada por los herederos, la propiedad retorna a sus sucesores en partes iguales.

Ticia solo tendrá derecho a su parte de la propiedad en los bienes de la herencia.

12. FIDEICOMISOS

12.1. Concepto

Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (*fiduciario*), por las que se hacía una petición o encargo, a favor de otra persona (un tercero fideicomisario), para que las cumpla.

La forma era: «Te ruego y pido, Ticio, que tan pronto como puedas aceptar mi herencia la restituyas a Cayo».

Se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilo y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente.

12.2. Evolución histórica

Tiene su origen como recurso (legal) para hacer llegar la herencia a personas que carecían de testamentación pasiva. Después se usó para burlar las leyes caducarias de Augusto.

En principio, estas liberalidades carecían de tutela jurídica y se basaban solo en la fides; Augusto comenzó la tutela y Claudio creó dos pretores fideicomisarios que Tito redujo a uno.

Al principio, legados y fideicomisos se encuentran diferenciados, aunque al final de la evolución histórica se consideran equiparados a todos los efectos por Justiniano.

Diferencias entre legado y fideicomiso en la época clásica:

- El legado debe encontrarse interno en el testamento y sujeto a determinadas formas. El fideicomiso puede estar fuera y sin formas.
- El heredero no puede disponer de un legado, pero sí de un fideicomiso.
- Podían recibir por fideicomiso los que no podían mediante legado.
- Mientras el legado se hace valer en el procedimiento formulario, el fideicomiso se tramita en el procedimiento extraordinario.
- La acción cognitoria del fideicomiso sigue el modelo de las acciones de buena fe, y no la *actio ex testamento* que es de derecho estricto.
- De la obligación de devolver la cosa fideicomisada, más sus frutos e intereses, en buenas condiciones y sin defraudación, puede que nazca una *actio* de fideicomiso prototipo de las acciones de buena fe, de carácter infamante, que también sirva en sentido contrario para reclamar el reembolso de los gastos que la cosa ha producido.

12.3. Fideicomiso de herencia

A partir del Principado el *fideicommissum hereditatis* (o universal) sirve para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero fiduciario recibía el encargo del testador de que transmitiese la herencia al fideicomisario.

El heredero fiduciario podía transmitir las cosas de la herencia fiduciaria, pero no la herencia en virtud de la regla «una vez heredero, siempre heredero»; para ello se servía de la venta ficticia de la herencia por una moneda, transmitiendo también sus créditos y deudas al fideicomisario.

Por estar incluidas las deudas en la herencia, a veces los herederos fiduciarios renunciaban a ella quedándose sin cumplir la voluntad del testador. Para evitar este inconveniente, la legislación imperial deparó en que el heredero fiduciario tenía derecho a una cuarta parte de la herencia frente al fideicomisario y debía tenerla siempre por aceptada.

12.4. Sustitución fideicomisaria

Se puede supeditar el fideicomiso y también el legado, a la no adquisición por parte de otro fideicomisario anterior o a la muerte de ese u otro adquirente.

También se pueden establecer llamamientos sucesivos; en este caso, más que de una sucesión se trata de una herencia sucesiva: el heredero fiduciario la adquiere, la goza y luego la restituye al sustituto.

12.5. Fideicomiso de familia y residuo

El testador pide a su heredero que conserve el patrimonio hereditario y que a su muerte lo transfiera a personas pertenecientes a su familia, pudiéndose vincular a sucesivas generaciones. Justiniano lo limita a la cuarta generación.

Esta institución tiene gran importancia en la época feudal y de ella se deriva el *mayorazgo*.

El fideicomiso llamado de residuo «lo que queda de la herencia», autoriza al fideicomisario a disponer de la herencia y disminuirla según las exigencias de la buena fe, incluso a sustituir unos bienes hereditarios por otros.

Justiniano fijó el límite de disposición del heredero fiduciario en las 3/4 partes y del fideicomisario 1/4.

12.6. Fideicomiso de libertad

El testador podía rogar al heredero que manumitiese a un esclavo propio o ajeno. El manumitido se hacía liberto del heredero fiduciario. El esclavo no podía exigir su propia libertad, pero se admitió que acudiese al procedimiento extraordinario a fin de solicitar que se cumpliese el fideicomiso por medio de la *vindicatio in libertatem* (vindicación de libertad), cuyo cumplimiento se hizo obligatorio.

• CASO: Depósito y fideicomiso de un arca

Hechos:

1. Mevia estuvo casada con Cayo; del que tuvo un hijo, Servio.
2. Mevia está casada con Ticio.
3. Mevia deposita un arca con cosas en Seya.
4. Mevia dice a Seya que, si ella muere, devuelva el depósito a Servio.
5. Mevia muere intestada.
6. Ticio demanda el arca.

Personas:

Parte demandante: Ticio contra Seyo, en demanda del arca y de las cosas que contiene.

Instituciones:

- Depósito: Entrega gratuita de la detentación de una cosa mueble que hace el depositante en un depositario que deberá devolverla cuando lo solicite.

- . Testamento: Documento *mortis causa* por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero y aditio: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Legado: Es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero.
- . Fideicomiso: Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla.
- . Sucesión *ab in testato*: Sucesión o toma de herencia por ley o falta de testamento (*ab in testato*), también se produce si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo.

Reglas:

- * El depósito debe devolverse a la persona que lo depositó o quien ella designe.
- . En el cumplimiento del fideicomiso debe cumplirse la voluntad del fideicomisante.
- . Si alguno muere sin testar, sucede el heredero de derecho propio (hijos en potestad del difunto) o en lugar de los hijos, que no pueden repudiar la herencia, se da la herencia al agnado (unidos en parentesco legítimo por línea de varón, hermanos, etc.) más próximo y después a los gentiles (pertenecientes a otras familias de un antecesor común con el mismo apellido o nombre gentilicio). En la época clásica desaparece la organización gentilicia.
- . Para corregir las estrictas normas de las XII Tablas, el pretor llama a la herencia a los sucesores cognaticios: En primer lugar a los hijos y descendientes (*liberi*), con independencia de que estén sometidos o no, por este orden:
 - . Los suyos o de propio derecho.
 - . Los que ya han salido de la patria potestad (*siu iuris*).

No entran en la llamada los hijos adoptivos del causante, que este emancipa después.

Después se llama al marido y la mujer (*vir et uxor*) teniendo en cuenta la existencia de matrimonio válido con independencia de la manus. En último lugar, también llama a los libertos y por orden de importancia a los sucesores del liberto con respecto de la herencia del patrón.

Acciones:

Ticio podrá optar por tres vías al encauzar su demanda:

1. Exigir la restitución del depósito.
2. Hacer que se cumpla el fideicomiso.
3. Pedir la sucesión *ab in testato*.

En el primer caso: El depósito se reconoce en derecho civil como un contrato de buena fe, y se protege con una *actio depositi*; además, el pretor concede una *actio*

in factum contra el depositario que se niega a devolver, esta conserva los caracteres de una acción penal; por ello, es infamante y noxal. Por todo lo que Ticio podría accionar con una *actio depositi* contra la depositaria. O mediante el trámite de un juicio de propiedad contra Seyo, mediante una *actio ad exhibendum* previa a la reivindicatio; a la que Seyo opondría una *actio in iusti dominii*.

En el segundo caso: Ticio podría accionar por una *actio de fideicomiso*. En el tercer caso: El juicio seguiría los trámites del juicio de ejecución de sucesión intestada, por lo que Ticio tendría que accionar mediante la *actio ex testamentu*.

Respuestas y solución:

- . En todos los casos los bienes corresponden al hijo.
- . En el primer caso: La voluntad de la depositante es que el depósito se devuelva al hijo.
- . En el segundo caso: Si se da cumplimiento en calidad de fideicomiso, la voluntad del fideicomisante es que los bienes fueran al hijo.
- . En el tercer caso: Si se abre la sucesión intestada, tanto por el Derecho Civil como por el bonitario, los bienes los hereda el hijo en primer lugar.
- . Luego las acciones de Ticio no proceden.

13. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

13.1. Interpretación del testamento

La eficacia del testamento tiene su fundamento en la voluntad del disponente.

El pretor concede la *exceptio doli* cuando el legatario solicita la ejecución de una disposición testamentaria que va contra la voluntad del difunto.

Los derechos testamentarios deben valer por sí mismos y no dependen del arbitrio ajeno: Así, es nula la disposición o legado de forma «Si Ticio quisiese»; sin embargo, se puede dejar al legatario la facultad de elegir, como ocurre en los casos de legado de opción, de género y alternativa, y del fideicomiso de familia.

La voluntad debe manifestarse claramente, de forma que pueda ser entendida por los testigos; también debe ser seria, efectiva y completa.

13.2. Ineficacia del testamento

En principio, el error del testador causa la ineficacia de la disposición, conforme al principio «es nula la voluntad del que yerra».

Cuando el pretor concede la *exceptio doli*, para dejar sin efecto una disposición que es válida según el Derecho civil, nos encontramos ante un acto que puede ser anulado. Es la llamada nulidad pretoria o anulabilidad en la dogmática moderna.

Los juristas tratan siempre de salvar la voluntad del testador que ha sufrido error, por lo que se distinguen las siguientes clases de error:

- Si el error se refiere a la capacidad para testar, el testamento es nulo.
- Si el error afecta a la declaración de voluntad, la disposición es nula.

- Si el error se refiere a la cuantía de cuota, es válida la disposición en la cuantía efectivamente querida.
- Si el error se refiere a la condición que el testador quería poner, pero no lo hizo, la institución de heredero es nula, pero si la puso sin querer, es válida.

13.3. Clases de ineficacia del testamento

- *Ineficacia inicial*: Testamento que es nulo desde el momento de su confección.
- *Ineficacia sobrevenida*: Testamento que después se hace ineficaz por alguna causa posterior. Se distinguen dos momentos:

- a) El momento de la confección para que valga la institución.
- b) El momento de la muerte para que surta sus efectos.

Existe un tercer momento que es el de la aceptación de la herencia o capacidad para recibir (*testamentifactio pasiva*). Supuestos de invalidez e ineficacia:

- a) Testamento no confeccionado conforme a derecho.
- b) Testamento nulo o inútil. No se ha contemplado heredero.
- c) Testamento írrito. Se hace nulo con posterioridad si el testador o heredero sufren una *capiti deminutio*. Si después se recupera la ciudadanía, el pretor da una *bonorum possessio*.

13.4. Revocación del testamento

El testamento es un acto esencialmente revocable mientras el testador vive: La voluntad del disponente puede mudarse hasta el final de la vida. La disposición testamentaria se revoca mediante otra posterior válida. Se admite la revocación por ruptura de las tablillas.

El codicilo, confirmado en el testamento, que después se borra no es válido. Si el testador borra el nombre del heredero, la institución de este no existe; excepto si se hizo en oficina pública y han transcurrido 10 años.

13.5. Ineficacia y revocación de los legados

El legado sigue la suerte del testamento que lo contiene, de forma que si este no es válido tampoco lo es aquel.

Es legado es nulo cuando:

- Falta la capacidad de recibir del legatario.
- Por ser objeto inmoral, ilícito o imposible.
- Por recaer sobre una cosa propiedad del legatario.
- Cuando la cosa específica -no la genérica, que siempre puede sustituirse-, se ha perdido sin culpa del heredero.

Se admite la revocación tácita en legados y fideicomisos, cuando el testador lega una cosa y, luego, por cualquier motivo la enajena; en este sentido se presume la voluntad del testador de dejar sin efecto el legado. Si el legatario a pesar de ello lo reclama, el pretor concede una *exceptio doli* en su contra.

14. DERECHO DE ACRECER

Cuando varias personas son llamadas a la misma herencia o al mismo legado, en el caso de que alguna de ellas no llegue a adquirir, su parte pasa a los coherederos por derecho de acrecer.

El derecho de acrecer es una institución para el caso de comunidad jurídica, por lo que se da también en el condominio. Toda la herencia se atribuye a cada uno de los herederos y la división se da por el hecho de la concurrencia de varias personas. Potencialmente cada heredero es dueño de toda la herencia y solo está limitado por la concurrencia de los demás dueños. Se da igual en la sucesión testada como en la intestada.

Tipos de legados con pluralidad de legatarios:

- Vindicatorio: Si uno no adquiere, la cuota vacante acrece a los otros.
- De Tolerancia: El heredero debe a cada uno el todo o bien, tiene preferencia el ocupante.

15. LAS COLACIONES

Son las aportaciones de los bienes del heredero, para evitar situaciones de manifiesta injusticia en relación con otros herederos en potestad o con otros descendientes.

Grupos de casos de colación:

- Colación de los bienes: El pretor llama a la posesión hereditaria a los hijos emancipados, junto con los que permanecieron en potestad. Pero a los primeros les obliga a colacionar (aportar) los bienes adquiridos desde que se emanciparon hasta la muerte del padre; ya que los segundos adquirirían para el padre y los primeros para su propio patrimonio.
- Colación de la dote: La mujer debe colacionar su dote profecticia (proveniente del padre) al caudal hereditario. Se trata de evitar la desigualdad con los hijos.
- Colación de los descendientes.

En el régimen postclásico, al permitir adquirir para sí a los hijos no emancipados, se anula la colación de los emancipados y los descendientes tan solo deben colacionar las donaciones que hayan recibido en vida del testador. Con Justiniano, el testador puede dispensar de la colación a sus herederos.

16. SUCESIÓN CONTRA EL TESTAMENTO

En la sucesión o herencia contra el testamento, se encuadran aquellos casos en que el Derecho civil reconoce preferencia a determinados descendientes, contra la voluntad testamentaria. Es una sucesión legítima, porque se establece por ley. Es una sucesión necesaria, porque se da necesariamente por el hecho de existir los descendientes.

En el antiguo Derecho se consideró contrario al deber paterno el no mencionar en el testamento a los hijos varones. Por lo que se les debía desheredar expresamente, nominalmente a los *suus* (sometidos) y en forma conjunta a los demás *sui heredes* (hijos emancipados herederos).

En la República se siguió el principio de la prevalencia de la voluntad presunta del testador, que debía necesariamente incluir a los hijos en el testamento o este se anulaba.

16.1. Reformas pretorias

Cuando el pretor llama a los emancipados a la posesión de los bienes, se extiende a ellos el principio de Derecho civil de que debían instituirse o desheredarse igual que los *sui heredes*.

Para los varones, la desheredación debía hacerse nominalmente, para las mujeres bastaba una declaración conjunta. Así, el pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas* o contra el testamento que era *cum re*.

Se puede pedir la posesión hereditaria antes que los herederos civiles acepten la herencia, considerándose entonces que se acciona contra el mismo testamento. La preteración en la herencia pretoria no anula el testamento, que sigue siendo válido.

16.2. El testamento inoficioso y la legítima

El testador podía desheredar a sus hijos, sin embargo, un testamento que excluyese a los hijos del patrimonio hereditario era contrario al *officium pietatis*; es decir, al deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones sociales romanas, por lo que era considerado inoficioso e injusto.

Hacia el final de la época republicana se admitió que los hijos desheredados sin justo motivo pudiesen recurrir ante el tribunal de los centunviros, declarando nulo el testamento, generalmente aludiendo locura del testador y abriendo paso a la sucesión intestada.

El perjudicado accionaría con la *hereditas petitio*, como heredero legítimo o impugnaría el testamento con la *querella inofficiosi testamenti*.

El que impugna el testamento con éxito obtiene, no la cuarta parte de la legítima, sino lo que le corresponda por la sucesión intestada al declararse el testamento nulo. Si era rechazada, el querellante perdía todas las liberalidades del testamento, que iban al fisco.

La querella se podía ejercitar desde que el heredero aceptaba la herencia, y antes de cinco años a partir de la muerte del testador, siempre que no hubiese aceptado el querellante el testamento.

Después, para evitar que todo el testamento sea nulo, se introduce la acción para suplir la legítima, con la que se pedía la integración de la cuota de legítima.

• CASO: La hija preterida

Hechos:

1. Ticia es madre de Claudia y Seya.
2. Ticia instituye heredero a un extraño en 3/4 partes.
3. Ticia instituye heredera a Claudia en el resto.
4. Ticia preterió u olvidó a Seya.
5. Ticia se querella por testamento inoficioso.

Personas:

- . Parte demandante: Seya contra Claudia y el extraño, en demanda de su parte legítima de la herencia.
- . Otros: Ticia, la causante testadora.

Instituciones:

- . Testamento: Documento mortis causa por el que se instituye heredero.
- . Herencia: Sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.
- . Heredero: La herencia se deja al heredero, que la recoge en el acto único de la adición.
- . Testamento inoficioso: El testador podía desheredar a sus hijos; sin embargo, un testamento que excluyese a los hijos del patrimonio hereditario era contrario al *officium pietatis*, es decir, al deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones sociales romanas, por lo que era considerado inoficioso e injusto.
- . Preterición: No haber nombrado en el testamento a una de sus hijas ni para instituir la heredera ni para desheredarla.
- . Sucesión *ab in testato*: Sucesión o toma de herencia por ley o falta de testamento (*ab in testato*), también se produce si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo.

Reglas:

- . Hacia el final de la época republicana se admitió que los hijos desheredados sin justo motivo pudiesen recurrir ante el tribunal de los centunviro, declarando nulo el testamento; generalmente aludiendo locura del testador y abriendo paso a la sucesión intestada.
- . El que impugna el testamento por preterición con éxito obtiene, no la cuarta parte de la legítima, sino lo que le corresponda por la sucesión intestada al declararse el testamento nulo.
- . Si alguno muere sin testar o el testamento se declara inválido, sucede el heredero de derecho propio (hijos en potestad del difunto) y si hay varios se reparte por cabezas.

Acciones:

- . El perjudicado, Seya, accionaría con la *hereditas petitio*, como heredero legítimo o impugnaría el testamento con la *querella inofficiosi testamenti*.
- . El heredero extraño podría oponer una *exceptio doli*.
- . Las dos hijas pueden ejercer un *interdicto quorum bonorum* para que se les conceda la posesión de los bienes hereditarios.

Respuestas y solución:

Se debe repartir la herencia en partes iguales entre las dos hijas.

16.3. Reformas de Justiniano

Justiniano favorece a los desheredados y a los herederos legítimos. Reformas en el sistema de desheredación de los hijos y parientes cercanos:

- Requiere en todos los casos la relación nominal, con la consecuencia de nulidad testamentaria en caso de preterición o desheredación de los descendientes.
- La preterición solo es lícita en los casos señalados por la ley, que son 14, entre ellas: la ofensa grave, el atentado y la injuria contra el testador. Nueva institución de la legítima:
- Eleva la cuota a un tercio o la mitad del patrimonio hereditario.
- El nuevo efecto del ejercicio de la querrela es la invalidez de la institución de heredero, pero no de las otras disposiciones.

17. ACCIONES HEREDITARIAS

17.1. *Petición de herencia (hereditatis petitio)*

El heredero dispone de una acción general para reclamar la herencia en su conjunto (*universitas*) que es la petición de herencia (*actio hereditas petitio*). Si el demandado se opone a intervenir en el litigio, el heredero puede ejercitar el *interdictum quam hereditatem*, por el que se le ordenaba restituir las cosas hereditarias. En la época antigua se presentaba como una *vindicatio* contra el poseedor de los bienes hereditarios, en paralelismo con la *reivindicatio*, tramitándose mediante el procedimiento *actio sacramento in rem*.

La petición se ejercita, primero, contra el que posee la herencia pretendiendo ser heredero; el caso del instituido en un testamento que después se revoca. Posteriormente puede ser demandado el simple poseedor.

En el año 129, se distinguen:

- a) El poseedor de buena fe: Que se considera heredero y solo responde a la restitución de los bienes hereditarios y del enriquecimiento obtenido por ellos.
- b) El poseedor de mala fe: Que debe restituir, además, todas las cesiones y frutos.

En caso de pérdida de los bienes hereditarios, se distingue si lo ha sido antes o después de la *litis contestatio*: Si los es antes, solo responde el poseedor de mala fe; si es después, responden los dos.

Justiniano incluye la petición de herencia entre las acciones de buena fe.

17.2. *Interdicto de cuyos bienes (Interdictum Quorum Bonorum)*

Interdicto de que dispone el heredero pretorio o *bonorum possessor*, para reclamar los bienes de la herencia contra el que los poseía como heredero civil o como poseedor sin causa; también contra los que dejaban dolosamente de poseer.

Justiniano, al confundirse la herencia civil con la pretoria, funde este interdicto con la petición de herencia.

17.3. *Interdicto lo que por legado (interdictum quod legatorum)*

Es un interdicto de adquirir la posesión y consiste en que lo que se ocupa a causa de legado sin el consentimiento del heredero, debe restituirse al heredero, para que luego puedan demandarle los legatarios.

17.4. Acción de partición de herencia

Cuando varios herederos son llamados a la herencia, mientras esta no se divide, existe entre ellos una comunidad de bienes, donde cada uno tiene un derecho proporcional a su cuota, como en el condominio.

Esta comunidad podía cesar en cualquier momento por pacto entre los coherederos o por el ejercicio de la acción de división de herencia que procede de la época de las XII Tablas.

El objeto del juicio divisorio, es toda la herencia con sus aumentos o disminuciones.

El juez, en la asignación de partes, debe de tener en cuenta la partición hecha por el testador.

Si se trata de cosas indivisibles, se puede entregar esta a un heredero y la parte estimada en su valoración al resto.

18. DONACIONES

Se entiende como donado lo que se concede sin que el derecho obligue a hacerlo. La donación está conectada con la herencia y la familia.

Donación real; en la etapa originaria, 204 a.C. Transferencia de una cosa del donante al donatario por medio de los actos formales de transmisión de la propiedad.

Se concibe que sea un acto de liberalidad que supone un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario.

La donación se contrapone al negocio: el que dona quiere hacer una atribución gratuita.

La jurisprudencia clásica elabora los principios sobre la donación en torno a los comentarios de la ley Cincia y a la prohibición de donaciones entre cónyuges.

18.1. La Lex Cincia y los límites de las donaciones

La Ley Cincia, del 204 a.C., de la que no se conoce su texto, prohibió las donaciones que superasen un límite bastante bajo; con objeto de evitar los empobrecimientos generales de gobernados y cónyuges. Se pretendió proteger la libre voluntad del donante en los casos en que, dada la personalidad del donatario, se podía presumir una posible coacción.

La ley Cincia, como ley imperfecta, no declaraba nulos los actos contrarios ni imponía pena al transgresor; por lo que es el pretor el que establece las penas para que la prohibición surta efectos.

El pretor concede al donante una *exceptio legis Cincia*, para oponer a la reclamación del donatario que pide el cumplimiento de la donación o una *replicatio* para otros casos. La donación *mortis causa*, es perfecta con la muerte del donante.

• **CASO: De donaciones**

Hechos:

1. Ticio dona un fundo a Mevia.
2. Ticio no entrega el fundo a Mevia.
3. Ticio hipoteca el fundo a favor de Seyo.
4. Antes de 30 días Ticio entrega el fundo a Mevia.
5. Mevia demanda a Ticio.

Personas:

- . Parte demandante: Mevia contra Ticio, por haber hipotecado el fundo que le ha donado.
- . Otros: Seyo el acreedor hipotecario.

Instituciones:

- . Propiedad: Es el dominio civil sobre la cosa misma.
- . Prenda: Cosa que se entrega en posesión a un acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación.
- . Hipoteca: Modalidad de la prenda en que el deudor conserva la posesión de la cosa.
- . Donación: Lo que se concede sin que el derecho obligue a hacerlo. La donación está conectada con la herencia y la familia.
- . Donación real: En la etapa originaria, 204 a.C. Transferencia de una cosa del donante al donatario por medio de los actos formales de transmisión de la propiedad.

Reglas:

- . Donación perfecta es la que cumple las formalidades previstas por la ley, mientras estas no se cumplen, la donación se considera revocable.
- . La donación se considera perfecta desde que se realiza la entrega o transferencia de la cosa del donante.
- . Después de la entrega, el donante no puede hacer ningún acto de disposición sobre el fundo donado; pero si antes.

Acciones:

Mevia podría haber interpuesto, antes de que el fundo le fuese entregado, una acción reivindicatoria; a la que Ticio hubiera opuesto una *exceptio legis Cinciae*. El pretor concede al donante una *exceptio legis Cincia* para oponer a la reclamación del donatario que pide el cumplimiento de la donación

Así, la única acción que le queda a Mevia es una *actio doli*, argumentada en que Ticio le ocultara su acción de gravar el fundo.

Respuesta:

La donación es perfecta, pues se perfeccionó al entregar la propiedad, y esta ya estaba gravada de antemano.

Solución:

La demanda de Ticia no prosperará.

18.2. Régimen posclásico y justiniano

Con la reforma de Constantino, la donación se transforma de causa de adquisición en un negocio típico que asume la estructura jurídica del contrato que implica la transferencia de la propiedad.

Constantino exige tres requisitos de forma:

- Acto escrito.
- Entrega en público.
- Registro en los archivos públicos, para su publicidad.

La donación evoluciona hasta suplir al testamento para disponer de los propios bienes. Destacan como forma de donaciones, las ayudas a la Iglesia e instituciones de beneficencia. Justiniano considera las donaciones superiores e inferiores a 500 sueldos, solo para la primera se exigen formalidades.

Desde el siglo IV se admite la revocación de la donación por ingratitud del donatario, cuando este es un descendiente.

Donación perfecta es la que cumple las formalidades previstas por la ley, mientras estas no se cumplen, la donación se considera revocable.

18.3. Donación modal

Es aquella donación que impone al donatario la carga (*modus*) de realizar una determinada prestación a favor del mismo donante o de un tercero.

El *modus* no es obligatorio, ya que es esencial en la donación la libertad del acto, porque si no sería una estipulación, por ello no está tutelado.

Con Justiniano, se tutela por la acción de palabras prescritas, y cuando el modo beneficia a un tercero, este dispone de la *actio utilis*.

18.4. La donación *mortis causa*

Hay donación a causa de muerte cuando el donante prefiere tener él a que tenga el donatario, y que tenga su donatario a que tenga su heredero.

Sustituía prácticamente al testamento y servía para evitar algunos de sus inconvenientes.

Se distingue el caso de que el donante *mortis causa* pueda condicionar la donación a que efectivamente ocurra la muerte, pudiendo recuperar su donación si sobrevive. La verdadera y definitiva donación es la que se confiere de modo que no se puede revocar en ningún caso.



LIBRO TERCERO

DE LAS ACCIONES



TÍTULO PRIMERO

LAS ACCIONES Y EL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

CAPÍTULO I Las Acciones

1. GENERALIDADES

En una primera etapa histórica del Derecho romano se recurre a la violencia indiscriminada por la venganza privada. Más tarde, esa violencia se ve sometida, en la Ley de las XII Tablas, a diversos ritos y ceremonias sociales, *Legis actio sacramento in rem*: duelos u ordalías, vigilados por los sacerdotes, en que los dioses se demostraban favorables al que mejor los realizaba.

Las ordalías se ven limitadas después, en defensa del débil, por la llamada Ley del Talión, que autoriza a imponer al ofensor la misma lesión o daño causado a la víctima, que posteriormente se sustituye por una compensación o pago marcado por la Ley de las XII Tablas (composición legal).

La división del proceso del *ordo iudiciorum privatorum* en las dos fases, *in iure* o ante el magistrado y *apud iudicem* ante el juez, representa el equilibrio entre la justicia pública, personificada por el pretor, y la justicia privada administrada por un juez o árbitro designado por las partes.

La *Lex Atinia*, del siglo II a.C., y la *Lex Plautia*, del siglo I a.C., prohíben la *usucapión* de las cosas arrebatadas con violencia y de la *res furtivae* o cosa hurtada.

Un Decreto de Marco Aurelio establece que los acreedores deben acudir siempre al juez para reclamar a los deudores y que si emplean la violencia pierden su derecho al crédito.

En derecho posclásico se generaliza el principio de que es necesario acudir ante los órganos jurisdiccionales para el reconocimiento y sanción de los derechos.

2. HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

Una de las materias en las cuales se refleja más nítidamente la evolución que experimentó el Derecho romano, es en el procedimiento civil, que pasa por tres etapas perfectamente diferenciadas: las que, empero no se sucedieron radicalmente, en el sentido de que el principio de una hubiera coincidido con el fin de otra, sino que frecuentemente coexistieron, ofreciendo medios concurrentes para la tutela derechos subjetivos, hasta que prevaleció aquella que respondía mejor a las exigencias de la defensa real de las situaciones necesitadas de protección jurídica.

Fueron tres los procedimientos civiles que reguló la legislación romana: el de las acciones de la ley (*legis actiones*); el procedimiento formulario (*per formulam*), el procedimiento cognitorio (*extraordinaria cognitio*). Los dos primeros se conocieron bajo la más amplia denominación de "orden de los juicios privados" (*ordo indiciorum privatorum*). Estos términos encuentran su justificación en el hecho de que en estos sistemas procesales, el de las acciones de ley y el de las fórmulas, eran prevaleciente la acción de un juez privado, elegido por la partes para dirimir el litigio mediante una sentencia que los contendientes se habían obligado a acatar.

En los sistemas que integraban el *ordo indiciorum privatorum* el procedimiento era bifásico, pues se desarrollaba en dos etapas o instancias. La primera, llamada *in iure*, tenía solo el fin de crear la relación procesal y fijar los términos de la controversia. Esta fase inicial, que la tramitaba el magistrado –generalmente el pretor-, se cerraba con la *litis contestatio*. La segunda fase del proceso, denominada *in iudicio* o *apud indicem*. La segunda fase del proceso, denominada *in iudicio* o *apud indicem*, se desarrollaba ante un juez privado y se destinaba a todo lo concerniente a la prueba y a la sentencia, ajustándose al programa procesal que había sido ordenado en la anterior etapa.

Esta característica de los procedimientos del *ordo indiciorum privatorum* coincidía con la distinción fundamental del Derecho clásico de acciones entre *iurisdictio* y *indicatio*, *iurisdictio* (*sus dicere*) significaba en el ámbito del procedimiento civil la autoridad para decidir si a un actor, en un caso concreto, debía serle permitido o no deducir su demanda ante un juez. Era una emanación del *imperiu*, o sea, aquella alta *potestas* que el pueblo delegaba en el magistrado mediante la ley de imperio y que le daba el derecho de coerción al magistrado que de él estaba investido. *Iudicatio* (*iudicare*), en cambio, importaba la autoridad para decidir o sentencia en un proceso. Como regla general la *iurisdictio* y la *iudicatio* no se presentaban en la misma persona, ya que la primera se otorgaba a un magistrado –propriamente el pretor- y la segunda a uno o varios jueces particulares.

El sistema de las acciones de la ley, caracterizado por un riguroso formalismo verbal en el que las partes hacían sus respectivas declaraciones por medio de solemnes recitaciones, tenía su fundamento legal en las acciones que derivaban de las XII Tablas, aunque Gayo nos informa que hubo casos en que la *legis actio* se apoyaba en la costumbre. La reforma de este procedimiento, apto para una pequeña sociedad de economía agrícola, pero inadecuado para un Estado que transforma su régimen económico y social con la conquista de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo, se inicia con la sanción de la *Lex Aebutia* (130 a.C.), que introdujo como facultativo el *procedimiento formulativo*.

Con el advenimiento de este nuevo sistema se desecharon la palabras rituales propia de las acciones de la ley, eliminándose el peligro de la pérdida del litigio por no haber elegido la partes adecuadamente los términos solemnes o por no haberlos

pronunciado correctamente. En el procedimiento formulario, la *actio* elegida por el actor tuvo como columna vertebral la fórmula que se redactaba por escrito y suministraba al juez la precisa información sobre el objeto y contenido del juicio que tenía que sentenciar. Esta fórmula, en cuya confección prodigaron su talento los jurisperitos romanos, ofrecía una gran elasticidad y fue a diferencia de las rígidas acciones de la ley, susceptible de adaptarse a las múltiples necesidades de un complejo ordenamiento jurídico.

Una amplia reforma en la esfera procesal fue llevada a cabo por las leyes augustales *lulia iudiciorum privotorum et publicorum*, que abolieron totalmente el sistema de las acciones de la ley. A partir de entonces solo subsistió el procedimiento formulario para hacer valer toda clase de pretensiones, pero junto al mismo se desarrolló a partir de Augusto un procedimiento basado en el derecho imperial, en el que la indagación y la sentencia incumbían a un funcionario público (*cognoscere*). Este sistema cognitorio prescindió de la bipartición del proceso y se sustanció ante un juez funcionario público que podía delegar sus funciones en subalternos (*iudex pedaneus*). No se hallaba sujeto a formas rígidas y otorgaba a las partes y al jugador una mayor libertad que en el procedimiento formulario.

A consecuencia de la introducción de esa forma de proceso, en Roma y en Italia surgió un procedimiento extraordinario (*extraordinaria cognitio*), que se llevaba a cabo ante el cónsul, un magistrado especial o un funcionario a los que el emperador atribuía la facultad de decidir en asuntos considerados dignos de protección (alimentos, honorarios por ejercicio de profesionales liberales, fideicomisos). Tal procedimiento coexistía con el formulario que fue el usual en las provincias senatoriales y en las llamadas *provinciae Caesaris*, a menos que se trataba de las materias antes enunciadas, propia del *extra ordinem*.

Avanzado el principado, el sistema formulario fue cayendo en desuso, primeramente en las provincias, después en Italia y en la primera mitad del siglo III en la misma Roma. El proceso por fórmulas fue paulatinamente asimilándose al extraordinario, hasta llegar a confundirse con él. Desde Diocleciano el *proceso cognitorio*, prácticamente eliminó al formulario, el cual recibió el golpe de gracia cuando en el año 342 Constancio suprimió las fórmulas en la impetración de las acciones. En tiempo de Justiniano la *cognitio extra ordinem* completó su desarrollo y se convirtió en un procedimiento en el que la preeminencia del juez funcionario frente a las partes se acrecentó considerablemente.

3. CONCEPTOS GENERALES

Los derechos subjetivos otorgaban a sus titulares un cúmulo de facultades que debían ejercitarse en la vida en relación, saliendo así del marco de lo meramente potencial para hacerse realidad en el mundo de los hechos. Pero el ejercicio de los derechos subjetivos no dependía exclusivamente de la voluntad de sus titulares, sino que requería el respeto y acatamiento de otras persona que con actos positivos u observando una conducta negativa permitían hacer eficaz la facultad jurídica que tales derechos implican. Cuando se lograba esa cooperación se producía el supuesto ideal de un cumplimiento espontáneo y normal del derecho; mas si esta hipótesis no se presentaba, desconociéndose la existencia de los derechos o perturbándose su libre ejercicio con actos que violen o vulneren la situación jurídica de sus titulares, era menester arbitrar medios que conduzcan a la protección de los derechos subjetivos.

La forma primigenia de protección de los derechos fue la defensa privada del propio ofendido que hacía uso, si era preciso, de la violencia. Era la llamada “autotutela” o “autodefensa” que tenía aplicación tanto en el campo del Derecho penal como en el del Derecho privado ya sea como defensa contra el ataque ajeno o como ofensiva para lograr la efectividad de los derechos de que el particular se creía asistido. La autotutela provocaba así una situación de lucha entre individuos que llevaba implícita los gérmenes de su ineficacia, a la vez que atentaba contra el Estado, que debía considerar como una razón de su existencia el impedirle, garantizando a sus súbditos el mantenimiento del orden jurídico privado por medio de un procedimiento estatal.

En un pueblo que alcanza un alto grado de madurez en su civilización no puede admitirse la justicia por manos propia. El derecho tiene que defenderse acudiendo a una autoridad superior, a la fuerza pública, para obtener el mantenimiento del orden entre los particulares que, ciertamente, se resentiría si estuviera permitido que cada cual hiciera valer por sí mismo sus derechos. Nadie puede ser juez de su propio derecho, a riesgo de llegar a la lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), imponiendo el caos social.

Sin embargo, no es posible aplicar sin atenuaciones estos principios, suprimiendo totalmente la defensa privada. En Roma se reconoció el derecho a esta en los casos de legítima defensa; es decir, cuando se trataba de repeler una agresión actual e injusta, en que era ilícito usar la violencia contra la violencia (*vim vi repellere licet*) y, aunque excepcionalmente, también en forma de ataque como en el caso de sospecha de fuga del deudor. Más allá de estos límites, la autotutela de los derechos llegaba a ser arbitraria y prohibida. La reacción que contra ella comienza a sentirse al final de la época republicana, se manifiesta primeramente como sanción penal contra la violencia en la leyes dictadas por Augusto y más adelante por un decreto de Marco Aurelio, se añadió a la sanción penal otra civil, consistente en la pérdida del derecho cuya eficacia alguien hubiera tratado de imponer violentamente.

De esta forma se fue restringiendo en Roma, progresivamente, la defensa privada de los derechos e imponiendo correlativamente la justicia dirigida y controlada por la autoridad pública, de manera que aquella quedara reducida a casos excepcionales y esta constituyera el procedimiento normal para dilucidar las controversias planteadas en el campo del derecho privado. Es entonces cuando adquiere relevancia la acción, o sea, el instrumento jurídico mediante el cual se pone en movimiento el organismo estatal para otorgar protección a los derechos; el proceso, este es, el camino que desde la acción hasta la sentencia y su ejecución y, consecuentemente, el procedimiento es el conjunto de formalidades que deben observarse durante la marcha del proceso.

El Derecho procesal civil, que exige la exposición de las distintas transformaciones del procedimiento civil romano y de la organización judicial, con la particular evolución que ella experimentó en el curso de la Historia del Derecho romano.

3.1. Derecho privado y Derecho procesal

Dada la estrecha relación que existió en Roma entre el *ius privatum*, concebido como un sistema de derechos subjetivos y el procedimiento que sirve de base para dar efectividad a ese ordenamiento normativo, la exposición del derecho privado romano requiere, para su mejor comprensión, el estudio del derecho procesal.

Los romanos no distinguieron sistemáticamente el Derecho privado del procesal, ni tampoco poseyeron denominación alguna para designar a este último. Las

fuentes del Derecho procesal aparecen en el edicto mezcladas con las del derecho privado. Esta unidad de ambos ordenamientos fue de carácter interno, puesto que ciertos conceptos fundamentales del Derecho romano, especialmente el de *actio* y el de *exceptio* eran comunes ambas esferas del derecho. Por ello, *ius privatum* y derecho procesal presentaron rasgos uniformes y las distintas significaciones que en nuestros días tiene la *actio* en el terreno procesal (acto procesal, acción) y en el ámbito del derecho privado (pretensión), son en definitiva reflejos de antecedentes que se conocieron en el mundo romano.

En Roma no se concibió el derecho como algo sistemáticamente construido, sino más bien como un conjunto de figuras jurídicas singulares. Toda *actio* constituía una unidad en la que, con los supuestos y consecuencias de orden jurídico privado, se implicaba el procedimiento para conseguir la efectividad procesal de los derechos. Esta concepción tuvo en la antigüedad su apoyo en el hecho de que para determinados grupos de pretensiones hubo procedimientos especiales. Añádase a esta circunstancia que una de las más importantes fuentes de Derecho escrito, el edicto de los pretores, expuso la parte verdaderamente enjundiosa del derecho privado en forma de acciones y de excepciones, además de otros medios procesales.

El conocimiento del Derecho privado, se basa, además de las fuentes generales, principalmente en las Instituciones de Gayo, sobre todo después del descubrimiento de la obra del enigmático jurisconsulto en el año 1816.

La aparición de tan importante fuente de conocimientos del Derecho romano constituyó un valioso aporte, ya que en el Libro IV se ocupa específicamente de las acciones bajo el título de *iusquod ad' actiones pertinet*. En conjunto la exposición gayana es fuente fidedigna para el estudio del Derecho Procesal clásico, si bien sería absurdo considerarla definitiva e intangible puesto que, como toda la obra, es de carácter elemental. Por otra parte, no faltan interpolaciones que justifican una labor crítica.

3.2. Proceso público y privado

Tanto en el Derecho antiguo como en el clásico hubo una neta diferenciación entre el proceso público y el proceso privado. El proceso público presentaba dos caracteres distintivos: el primero, que era siempre iniciado por el magistrado o por cualquier ciudadano, lesionado o no, que actuaba en representación de la colectividad interesada en que el hecho delictuoso obtuviera la debida sanción; el segundo, que la decisión del juicio correspondía en todos los casos a un órgano estatal investido de jurisdicción. El proceso privado se iniciaba siempre a instancia de la parte demandante, pues en el mismo predominaba el interés particular y la decisión no estaba a cargo de un órgano jurisdiccional, sino de un juez privado que los litigantes designaban, y a cuya sentencia se comprometían a someterse en virtud de una convención arbitral (*litis contestatio*). Debe agregarse que en el proceso privado la actividad de los litigantes desempeñaba un papel fundamental y el magistrado limitaba su actuación a una tarea de dirección y encausamiento de los actos procedimentales.

Aquella diferencias, empero, se atenuaron manifiestamente en la época imperial, porque en el llamado procedimiento cognitorio o extraordinario, por el que se dilucidaban los litigios de Derecho privado, ya no era un juez particular designado por los contendientes el que tenía la potestad de juzgar, sino que la sentencia la

pronunciaba un funcionario público investido de poderes jurisdiccionales. Sin embargo, en ambos procesos se mantuvo la diferencia en cuanto al sujeto que instaba la actividad procesal.

3.3. Procedimiento penal y Procedimiento civil

El procedimiento penal se desarrollaba en un juicio público promovido por iniciativa del magistrado o por acción popular, ejercitable por la víctima o por cualquier otro individuo. A este sistema procedimental se sometían los actos punibles que se denominaban delitos públicos (*crimina*), por oposición a los delitos privados (*delicta, maleficia*) los que, por referirse a casos en los que se había inferido un daño a un particular, eran sancionados con penas pecuniaria que debían reclamarse por medio del proceso privado.

La diferencia entre delitos públicos y delitos privados que aparece en la Ley de la XII Tabla, es más destacada aun en la época republicana: en la cual, por distintas leyes se atribuyó el juzgamiento de los *crimina* a magistrados especiales y se fijó el trámite procesal a seguir en su caso. El delito de alta traición (*perduellio*) era juzgado por los *duoviri perduellionis*, y el *parrieidio*, que primero fue la muerte de un hombre libre y después la de un pariente, por los *quaestores parricidii*. Los condenados a muerte por la comisión de tales delitos podían apelar de la sentencia ante el comicio (*provocatio ad populum*), en virtud de una *lex Valeria* del año 300 a. C.).

La *Lex Acilia* del año 123 a. C. creó tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*) para sancionar el delito de concusión de los magistrados provinciales (*repetundae*). Las *quaestiones perpetuae* fueron extendiendo su competencia a los delitos castigados con pena de muerte. Así, el homicidio, desde la *lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, de la época de Sila, fue materia de una *quaestio perpetuae*. Pero a su lado coexistió la jurisdicción de los magistrados y la de las asambleas populares hasta la *Lex Lulia indiciorum publicorum* de Augusto, que atribuyó competencia al senado en materia criminal, mientras simultáneamente el emperador se reservaba la *coercitio*, que ejercía directamente o delegaba en otros magistrados.

De tal suerte las atribuciones conferidas a los integrantes de las *quaestiones perpetuae* fueron siendo absorbidas por el poder del príncipe y, paralelamente a lo que aconteció en el proceso privado, el procedimiento que en aquellos tribunales se seguía, comenzó a ser reemplazado por un sistema extraordinario (*cognitio extra ordinem*), caracterizado por la libre y discrecional decisión del sentenciante.

Las *quaestiones perpetuae* perdieron definitivamente su competencia en los últimos años del siglo II del Imperio. Los delitos públicos se persiguieron primordialmente por iniciativa de la autoridad pública (*inquisitio*) y no por acción popular (*accusatio*). El sistema penal llegó a unificarse y la discrecionalidad de la pena, característica de la *cognitio extra ordinem*, desapareció casi totalmente. Se amplió, además, el concepto de los delitos públicos, entrando dentro de su órbita cualquier hecho que importara infracción a una norma jurídica, pasando así a la jurisdicción criminal muchos de los actos punible que antes caían en la esfera del proceso privado. Como consecuencia, la distinción clásica entre proceso privado y proceso público se sustituyó por la de proceso criminal y proceso civil, cercana ya a la moderna concepción procesal.

Por lo que se refiere al procedimiento civil, comprendía las controversias relativas los derechos privados de los particulares entre sí y las que surgieran a consecuencia de la comisión de los llamados delitos privados. Presentaba, por consiguiente,

un campo más amplio que el del proceso civil actual, en el que toda clase de delitos deben ser perseguidos únicamente a través del proceso penal. El especial desarrollo que alcanzó en el Derecho romano el Derecho privado determinó que el procedimiento civil, en sus distintas etapas históricas, tuviera un vigor y un relieve que excedió en mucho al que logró el proceso penal. Esta es una de las razones más valederas que nos lleva a centrar nuestro estudio en este tipo de proceso.

4. ORGANIZACIÓN JUDICIARIA

La bipartición del proceso, dentro de los sistemas que componían el *ordo iudiciorum privatorum*, fueron en dos fases que se desarrollaban ante el magistrado y el juez, hace necesario analizar la función que estos debían cumplir en los litigios, lo que implica estudiar la organización judicial romana. Asimismo, consideramos oportuno referirnos previamente a los partícipes del proceso, esto es, a los litigantes (demandante o actor: *petitor*; demandado: *reus*); a sus representantes, cuando la representación cabía y a los auxiliares de que la partes podían valerse en los juicios. Cerraremos estas consideraciones generales sobre el procedimiento con el estudio de la acción, sus distintas especialidades y sus medios de extinción.

4.1. Magistrados y jueces

Los magistrados romanos fueron distintos según las épocas en que actuaron. Durante la Monarquía, magistrado exclusivo fue el rey. Con el advenimiento de la República, el poder real se transfirió a los cónsules, hasta que en el año 367 a. C., con la aparición de la pretura urbana por la *Lex Licinia de Consulatu*, el ejercicio de la jurisdicción pasó al pretor urbano, extendiéndose al peregrino cuando se creó tal magistratura el año 242 a.C.. El pretor fue el magistrado por excelencia en el período republicano y a su acción dentro del marco del proceso se debe la formación del derecho pretoriano u honorario, que tuvo la misión de ayudar, suplir y corregir el derecho civil.

Durante la República y el principado también tenían el carácter de magistrados los ediles, el prefecto del pretorio y el prefecto de la ciudad, con jurisdicción en Roma; los *praefecti iuri dicundo*, con competencia en Italia, y los gobernadores, los cuestores, el legado del emperador y el procónsul, con jurisdicción en las procultades para juzgar los asuntos llevados a su conocimiento al haber desaparecido la bipartición del proceso con el advenimiento del procedimiento cognitorio.

Los jueces a quienes les competía la misión de desarrollar en su faz interna el proceso y pronunciar la correspondiente sentencia, ejercían sus funciones en forma permanente o bien estas se agotaban con la decisión del caso para el cual habían sido designados. Su nombramiento se efectuaba a propuesta del actor o por sorteo de listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio y que debían exponerse en el foro.

Entre los jueces permanentes se contaban dos tribunales colegiados: el de los *decemviri stlitibus iudicandis* y el de los *centumviri*. Los *decenviros* entendían en las cuestiones de Estado y de libertad; los *centunviro*s tuvieron competencia en asuntos referentes al Derecho de familia y al de sucesiones, siendo particularmente importante en esta última materia lo concerniente a la inoficiosidad de los testamentos, fruto de la labor interpretativa del colegio centunviral.

El *index*, el *arbiter* y el tribunal de los recuperadores tuvieron en Roma el carácter de jueces no permanentes. El *index* era el juez por excelencia con actuación en la etapa

in indicio del proceso. Ante él la partes ofrecían y producían la pruebas, tocándole decidir la suerte del litigio con la sentencia, la que debía ajustarse al derecho que los contendientes invocaban, de conformidad con las instrucciones impartidas por el magistrado. *El arbiter* era un juez con mayor discrecionalidad que el primero, ya que no se veía constreñido en su función a la pautas señaladas por el magistrado, tanto en lo referente a la apreciación de los hechos, cuando al derecho que los litigantes pretendían hacer valer. Los *recuperatores* tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar más adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos, en época de la *cognitio extra ordinem*.

4.2. Las partes en el proceso, sus representantes y auxiliares

En aplicación del principio de que nadie puede litigar contra sí mismo, necesariamente las partes en el proceso debían ser por lo menos dos. Una, que por iniciar la demanda era llamada demandante o accionante (*actor* o *petitor*); otra, que por haber sido el litigante contra quien se opuso la demanda, era denominada demandado o accionado o, también, reo (*reus*).

La actuación judicial exigía a las partes tanto la capacidad de derecho como la capacidad de obrar. Así pues, solo podían asumir el papel de actor o demandado las personas libres, ciudadanas y *sui iuris*; es decir, aquellas que tenían plena capacidad jurídica. Pero era menester también que no padecieran de una incapacidad de obrar, porque tal incapacidad les impedía litigar válidamente, si no se hacían representar por el tutor o curador, cuando la incapacidad era absoluta; o asistir mediante la auctoritas, cuando se tratara de una incapacidad relativa. La rigidez de los principios que impedían la actuación judicial de los sujetos que no gozaran de los tres status fue atenuándose paulatinamente. Así, se admitió que el esclavo pudiera, en algunos supuestos excepcionales, impulsar el proceso cuando estuviera en discusión su estado de libertad adquirido mediante una justa manumisión. Por lo que hace a la persona *alieni iuris*, su situación mejoró gradualmente al serles otorgada a los hijos de familia de facultad, no solo de demandar a terceros, sino también, en algunos casos; al propio *paterfamilias*.

En lo que atañe a la representación procesal, el Derecho romano, reacio a aceptarla en materia de negocios jurídicos, mantuvo en gran medida este criterio cuando se trataba de que una persona actuara por otra en la defensa de sus derechos. De tal suerte, con la vigencia de las acciones de la ley no se admitió la representación en juicio, dado que era exigencia del sistema que los litigantes comparecieran personalmente ante el magistrado cuando estaba en juego la libertad del esclavo (*pro libertate*) y el *adsertor libertatis* la reclamaba en su nombre en la manumisión *per vindictam*; en el caso de la tutela, en el que el tutor accionaba como representante necesario del incapaz y en virtud de la *Lex Hostilia*, que autorizaba a cualquier ciudadano a representar a otro que hubiera sido víctima de robo mientras se hallara prisionero o ausente de Roma por causa de la República.

Con el advenimiento del procedimiento formulario se mantuvieron estos casos excepcionales de representación, pero el avance de la legislación romana sacudió sus viejos moldes y dio cabida a representantes voluntarios; es decir, a persona que actuaban en el proceso por expresa designación de la partes en litigio. Aparecieron así el *cognitor* y el *procurator* como representantes judiciales; como auxiliares de estos o de las propias partes, los *ordores* (*oratores*) y los abogados (*advocati*).

El *cognitor* fue el representante judicial nombrado especialmente en el pleito frente al adversario, mediante el uso de palabras solemnes. El *procurator*, en cambio, era un mandatario que podía actuar en un solo asunto o representar al litigante en cualquier pleito, sin que su designación se realizara con formalidad alguna, sino con los requisitos simples del mandato. El *procurator* del demandante tenía que prestar caución personal para garantizar el demandado que su representado no intentaría una nueva acción igual a la que daba lugar al juicio (*cautio de rato*). También el demandado podía hacerse representar por *cognitor*, debiendo prestar una *cautio indicatum solvi* o por *procurator*, en cuyo caso a este le correspondía prestar la referida caución. Debe advertirse que ni el *cognitor* ni el *procurator* ejercían representación directa, ya que esta no fue admitida por la legislación romana como reiteradamente lo hemos señalado.

También podían intervenir en el litigio como auxiliares de las partes los oradores y los abogados. Los primeros eran ciudadanos que acompañaban a los contendientes o a sus representantes con el fin de exponer ante el juez las razones que les asistían para litigar y convencerlo con sus alegaciones, basadas fundamentalmente en la elocuencia. Los abogados tenían la misión de asesorar a los litigantes, ya que no se trataba de retóricos sino de personas dotadas de conocimientos jurídicos. A pesar de que no intervenían en el debate, alcanzaron gran importancia en el Imperio bizantino, tanto que superaron a los propios y jurisconsultos. La profesión de abogado estaba perfectamente reglamentada y se prohibía ejercerla a los impúberes, los sordos, los ciegos, los herejes, las mujeres y a los condenados a penas infamantes.

5. ACTIO

La *actio*, acción, es el acto jurídico del demandante dirigido a conseguir en juicio una sentencia favorable. La palabra *actio* significa modo de actuar y alude a los gestos, y declaraciones rituales o solemnes, que, so pena de perder la instancia procesal, debían ser rigurosamente efectuados según prescribía la *lex*. Antiguamente el *ius* se relacionaba con lo religioso.

Según Celso, «la acción no es más que el derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno.» Más apropiadamente, según García Garrido, la acción es «el acto jurídico del demandante o actor dirigido a conseguir en un juicio una sentencia favorable.» No obstante, el significado de acción cambia en los distintos periodos procesales en Roma:

- * En las antiguas *legis actiones*, las acciones eran las declaraciones formales y rituales de las partes ante el magistrado.
- * En el procedimiento formulario, las acciones eran la petición mediante concreta fórmula al Pretor.
- * En el procedimiento *cognitorio*, la acción era la facultad de demandar y de obtener la protección del representante del poder público. El término *actio* puede ser utilizado en diferentes acepciones:
- * La acción en cuanto a facultad de Derecho público representa un medio o poder de petición de amparo que en particular dirige al Estado.
- * En su significado de Derecho privado la acción constituye una facultad o poder

que un particular ejercita frente a otro. Y en esta última acepción de facultad de Derecho privado la *actio* puede concebirse o bien en su sentido formal, en cuanto que acto procesal debe demandar ante el magistrado o bien en su sentido material de pretensión; es decir, de facultad de poder lograr de alguien una prestación activa o una abstención.

5.1. Clases de acciones

a) Acciones civiles y pretorias:

Las primeras proceden del antiguo *ius civile*, las segundas proceden del poder jurisdiccional del pretor y comprenden tres categorías:

1. *Ficticias*: El pretor ordena al juez que juzgue conforme a un hecho o derecho inexistente. De este recurso solo dispone el magistrado, por razón de su *imperium*, en casos de acciones útiles, para la legitimación en las vindicaciones o en la *Actio Legis Aquilae*.
2. *In factum*: Para reprimir conductas dolosas y dieron lugar a la acción *ex fide bona* sobre la acción de depósito en la gestión de negocios que, como muchas, fueron incluidas en el edicto perpetuo.
3. *Con trasposición de personas*: Para que la condena afecte a una persona distinta de la que, en un principio, debía afectar. A esta clase pertenece la acción adyecticia, por la cual responde el paterfamilias o el dominus de las deudas de los hijos y esclavos, según el principio de noxalidad.

b) Acciones reales o personales:

Todas las acciones civiles y pretorias pueden ser reales (*in rem*) o personales (*in personam*). Las acciones *in rem* sirven para reclamar cualquier cosa (*res*) y se ejercita contra la persona que detente la cosa, a esta clase pertenece la acción reivindicatoria o la *actio confesionaria*. Las acciones *in personam* sirven para demandar exclusivamente a la persona del deudor.

c) Acciones arbitrarias:

Pertenecen al Derecho clásico y permiten al juez conceder al demandado la posibilidad de restituir o exhibir la cosa reclamada antes de la condena, a fin de que su valoración y el arbitrio de la condena pecuniaria fuera objetiva o para su devolución.

A esta clase pertenecen las acciones de depósito, comodato (Préstamo de uso en el que el comodante entrega una cosa inconsumible al comodatario, gratuitamente y por tiempo limitado, para que después se la devuelva) y dolo.

En el mutuo (*mutuum*), acción parecida al comodato, el mutuante entrega al mutuario, en préstamo consumible, cosas fungibles y consumibles para que este le devuelva otro tanto del mismo género y calidad, (dinero, vino, cereales, etc.).

d) Acciones de buena fe y de derecho estricto:

En las acciones de buena fe, el pretor otorga un amplio arbitrio al juez. Pertenecen a ellas la de compraventa, arriendo, sociedad, mandato, tutela y fiducia. Gayo añade en los juicios de buena fe, los de gestión de negocios, depósito, comodato, prenda, división de herencia y división de cosa común. Las acciones de derecho estricto son

aquellas en que el juez debe atenerse rigurosamente a la fórmula, son de derecho estricto todas aquellas acciones que no son de buena fe.

e) Acciones penales, reipersecutorias y mixtas:

- Las acciones penales son las derivadas de actos ilícitos, pueden ser civiles o pretorias y tienen los siguientes caracteres:
- * Comulatividad: Si son varios los autores deben pagar cada uno la pena entera.
- * Intransmisibilidad pasiva: Solo el autor debe ser responsable del delito y no sus herederos.
- * Noxalidad: Cuando el delito ha sido cometido por una persona o animal sometido a potestad. El paterfamilias o el dominus puede liberarse de su responsabilidad entregando el cuerpo del hijo, del esclavo o del animal. Las acciones penales van encaminadas a conseguir una pena económica, pero a diferencia de las civiles, se da esta por valor del doble, triple o cuádruple del daño.
- * Las acciones *reipersecutorias* van encaminadas a conseguir la simple restitución de la cosa.
- * Las acciones mixtas persiguen conseguir la cosa y la pena; es decir, que son acumulables.

f) Acciones temporales y perpetuas: la prescripción:

- Las acciones temporales son aquellas que tienen el plazo de un año para que puedan ser interpuestas.
- Las acciones perpetuas en principio no tienen plazo para su ejercicio, aunque Teodosio II en el año 424 estableció un plazo de 30 años.

g) Acciones privadas y populares:

Las acciones privadas son aquellas que solo las puede interponer el interesado, como sucede con la acción reivindicatoria. Se llaman acciones populares a las que podía interponer una persona cualquiera, en casos de alta traición o crimina, así:

- Acción contra animales peligrosos sin atar, mediante edicto de los ediles curules.
- Acción por daño causado por objetos sólidos o líquidos que caían de una casa a la calle, otorgada por el pretor urbano.
- Acción por violación de daños a sepulcros.

6. IURISDICTIO, COGNITIO Y IUDICATIO

- La Iurisdictio es la actividad jurisdiccional del pretor, que procede de *ius dicere* (pronunciar lo que es derecho en un litigio concreto). La *iurisdictio* es la actividad del pretor que comprende la *tria verba solemnia*: *do, dico, addico*.

Do: Faculta para conceder o denegar una acción.

Dico: Para decir el derecho que debe ser aplicado.

Addico: *Decide* los actos que asisten a favor de las partes.

En Derecho clásico, la *iurisdictio* se ejercía por el pretor urbano, creado en el año 367 a.C. por las leyes *Licinia Sextiae*; después se extiende esta al pretor peregrino, creado en el año 242 a.C. por la ley *Plaetoria*. La *iurisdictio* podía ser expresamente

delegada por el pretor en un magistrado inferior sin imperio como eran los municipales.

- *La cognitio*, es la actividad del pretor para el conocimiento de la causa, para examinar su propia competencia o decidir sobre cualquier recurso que se le solicite.
- *La iudicatio*, es la actividad similar a la iurisdictio, pero del juez o iudex, que decide mediante opinión cual de las partes tiene o no derecho y emite la sentencia (iudicatum).
- *La actuación del iudex* comienza en la fase apud iudicem en los juicios privados del ordo iudicorum privatorum, ante él se celebra la prueba, oye a los litigantes y dicta sentencia; al iudex se refieren las XII Tablas, con anterioridad debió existir un arbiter.

En los procedimientos posteriores, del sistema extraordinario y en el cognitorio postclásico, el juez funcionario realizará todos los actos de cognición y de juzgar, puesto que el proceso se realizará en una sola etapa.



CAPÍTULO II

El Proceso Romano

1. GENERALIDADES

Aun cuando en el Oriente y en Grecia existen, como es natural, instituciones procesales, es en Roma donde se encuentra el germen de la mayoría de los institutos que hoy nos rigen, aunque algunos de ellos se originaron en los países del oriente y sobre todo, en Grecia.

Naturalmente que hablar de Roma significa referirse a un largo período histórico que dividimos en dos etapas: el *ordo iudiciarum privatorum* hasta el siglo III d.C. y la *extraordinaria cognitio*, desde allí hasta el final del Imperio.

Como todos los sistemas primitivos de juzgar, el proceso nace de un procedimiento arbitral privado.

Por eso el antiguo proceso romano se divide en dos partes, la primera de las cuales la dirige el pretor y, la segunda, en que se dicta la sentencia, se realiza por personas privadas: en el civil, por el *iudex* (árbitro), y en el penal por este y los *iurati* (jurados). El magistrado (pretor), dirige la primera parte del proceso y es el que inviste del poder de juzgar al *iudex* y a los jurados.

Este proceso primitivo se rige por el principio dispositivo, en general, según el cual las partes disponen de sus derechos en el proceso, que en materia penal es el proceso acusatorio. Y ambos, opuesto al sistema inquisitivo.

El *iudex* y, con mayor razón, el jurado, tenía absoluta libertad para apreciar o valorar la prueba aportada por las partes. El testimonio fue el medio probatorio casi exclusivo, solo más tarde se admiten los documentos y el juramento, luego los indicios, etc.

En la *extraordinaria cognitio*, desaparece el proceso privado para ser sustituido por un procedimiento oficial, dirigido del principio al fin por funcionarios. Se acentúa el carácter público del proceso en virtud de la afirmación de la autoridad del Estado.

El procedimiento se transforma de dispositivo acusatorio en inquisitivo, de público en privado, de oral, en escrito y secreto; del régimen de inmediación se pasa al de mediación. En materia de prueba, el sistema de libre apreciación se sustituye por el sistema de valoración legal; es decir, sometida a reglas prefijadas por el legislador, sin llegar a la exageración de estas reglas.

1.1. *Ordo iudiciarum privatorum*

En esta etapa, predomina el carácter privado del proceso, conforme a los principios generales dominantes en ese estadio primitivo. Y todavía, después que se sale de la etapa histórica más antigua, continúa prevaleciendo; pues, aun cuando el gobierno se consolida y adquiere más poder, se mantienen los principios de libertad inicial que ponían primordialmente en manos de las partes, la suerte del proceso, que estaba sometido a los intereses privados más que a los públicos.

En el procedimiento civil se distinguen claramente las dos fases del proceso: *in iure* e *in iudicio*.

En la fase del procedimiento *in iure*, dirigida por el pretor, se persigue la fijación de los hechos de la controversia y se establecen los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la tutela jurídica.

El procedimiento se inicia con una intimación previa del demandante al demandado, para que comparezca ante el magistrado (*in ius vocatio*), pudiendo, si es desatendida, conducirlo por la fuerza (salvo que preste fianza). Ante el magistrado, el actor expone sus razones (*edictio actionis*).

El procedimiento es formalista y requiere de las partes el pronunciamiento de ciertas palabras o la realización de ciertos ritos. Estas fórmulas primero eran las que estaban en las *legis actionis* (acciones de ley), pues no podían reclamarse otros derechos que los allí contenidos. Luego se crea la fórmula escrita (procedimiento formulario), más elástica, permitiendo al pretor el otorgamiento de acciones aun no previstas anteriormente.

Oídas las partes, el magistrado analizaba no solo si la acción era de las admitidas, sino también otros aspectos previos, tales como la competencia del juez, la capacidad de las partes y demás que hoy se llama presupuestos procesales. Si se daban las condiciones favorables se concedía el permiso para pasar a la segunda etapa (*apud iudicem*), caso contrario, se negaba tal autorización, (*denegatio actionis*).

En la primera hipótesis, en virtud de que el demandado no confesaba, sino que contradecía u oponía excepciones, se celebraba el contrato de *litis contestatio*, también formal y ritual, que fijaba los puntos del juicio que serían sometidos al *iudex*. La *litis contestatio* produce una serie de efectos: impide volver sobre el mismo caso (*ne bis in eadem*), retrotrae a ese momento los efectos de la sentencia, surge la prohibición de enajenar la cosa litigiosa, convierte en transmisibles las acciones intransmisibles, etc. Son importantes efectos que se trasladan al proceso moderno.

La fase del procedimiento *apud iudicem*, se desarrolla ante el *iudex*, quien en un régimen de oralidad, inmediación y publicidad, recibe las pruebas, escucha a las partes y falla en una sentencia que no admite recursos. Tiene absoluta libertad para apreciar las pruebas.

La ausencia de recursos corresponde al carácter arbitral del juicio, al cual las partes de la *litis contestatio* se han sometido y aceptado de antemano. Solo se admiten, en casos

excepcionales, una acción de nulidad y la *restitutio in integrum*, una especie de revisión, si se demuestran algunas circunstancias que justifiquen la fraudulencia del juicio.

Si la sentencia no se cumple voluntariamente, solo puede ejecutarla el magistrado; no el *iudex*, que carece de imperio.

En el procedimiento penal se comienza con la acusación privada, salvo el caso de las delaciones. La acusación (*accusatio*) es un derecho (y un honor) del ciudadano y también implica una responsabilidad, sin ella no hay proceso penal.

El magistrado posee un limitado poder de control, dando al acusador la potestad necesaria para investigar el hecho, previo juramento de proseguir la acusación hasta la decisión final (*perseveratum se in crimine usque ad sententatium*).

El juicio es, como en el proceso civil, una etapa posterior y ante otros funcionarios (el juez y los jurados), que se constituyen luego de la investigación. No olvidemos que en la época primitiva las ofensas se resolvían mediante la venganza privada y después comienza a surgir un mediador, primero privado y luego público. Así, este funcionario preside el debate entre las partes, pues el acusado tiene similares derechos que el acusador para defenderse, hacer pruebas, alegar, etc. Puesto que estamos ante un proceso contradictorio, inclusive los testigos eran interrogados por las partes y ciertas veces sus declaraciones adquirían la forma de discusión (*altercatio*). Recibida la prueba y los alegatos, el magistrado (*quoestor*), ordenaba que se procediese a dictar la decisión (*sententia*), esto es, a votar; después él contaba los votos y pronunciaba la verdadera sentencia. Los votos primero se emitían oralmente y luego *per tabellas*. Se votaba por mayoría, por la absolución o la condena; en caso de empate, se absolvía. Esta sentencia como la civil, era irrecurrible, salvo la *restitutio in integrum*, en casos extremos.

1.2. La extraordinaria cognitio

En este segundo momento del proceso romano, nos encontramos con un procedimiento oficial dirigido por funcionarios de carácter público, consecuencia de la afirmación de la autoridad del Estado.

El sistema dispositivo (acusatorio) cede el paso a un sistema más inquisitivo. El procedimiento civil se hace escrito, la publicidad cede el paso al secreto, la mediación sustituye a la inmediatez. El acontecimiento judicial se documenta; de Oriente se recoge un mayor respeto por la documentación en general; así se comienza a dar mayor importancia a la prueba documental. La misma autoridad estatal en aumento, hace que se establezca un sistema de valoración legal para las pruebas, que sustituye a la libre valoración anterior. Por supuesto que esto significa la desaparición de los tribunales populares y de los jurados, que no admitiesen otro sistema que el de la libre valoración.

También se suprime la división del proceso en dos fases; así mismo, la sentencia deja de ser irrecurrible y nacen la apelación y las sucesivas instancias. Puesto que los tribunales juzgan por encargo del emperador, es natural que este pueda reservarse la última instancia. Se mantienen la nulidad y el recurso extraordinario de revisión (*restitutio in integrum*).

Al suprimirse en el procedimiento las dos fases, este se hace escrito y la demanda se presenta en esa forma. Se mantiene la *litis contestatio*, pero ella pierde su gran importancia y su carácter esencialmente contractual. El momento desde el cual se producen los efectos, que antes eran a partir de ese contrato, se traslada al de la

comunicación (notificación) de la copia de la demanda al demandado. Con lo cual queda trabado el juicio, aun cuando aquel no comparezca.

En el procedimiento penal, el principio centralizador restringe el derecho de acusación privado a casos limitados de lesión de intereses privados; se conserva la publicidad de los juicios, pero la instrucción preliminar es totalmente secreta.

2. PROCEDIMIENTOS JURÍDICOS ROMANOS

El Derecho romano puede definirse como un sistema de acciones. Acción es el poder jurídico de perseguir en juicio lo que es debido.

En Roma la *iurisdictio* (actividad de órganos del Estado dirigida a formular y aplicar las concretas normas jurídicas que deben regular una determinada situación jurídica) es desde el principio y por largo tiempo considerada un poder personal del magistrado que no comprende la sentencia; es decir, compete a la *iurisdictio* dar el planteo, pero no la solución del caso.

A partir del siglo I d.C. comienza a estructurarse como una función del Estado cumplida a través de funcionarios jueces. Entonces la *iurisdictio* será más o menos asimilable a la de nuestros días, porque comprenderá también la facultad de emitir el *iudicium* o sentencia.

En un principio existía una moderada intervención del poder público en las controversias privadas. Luego esta participación se fue incrementando, pasando por tres etapas:

- 1º La legitimación de la violencia de la defensa privada a través de modos de actuar con recaudos o condiciones controlados por una genérica opinión pública, es decir sin intervención del órgano estatal específico. Esta etapa es propia de los comienzos de Roma.
- 2º La intervención, a requerimiento de las partes, del Estado para controlar o disciplinar el accionar de la defensa privada, accionar que se irá estilizando o haciéndose simbólico, y para llevar, con previo encuadre jurídico, o sin él, a la instauración de un arbitraje a realizarse, sea con procedimientos ordálicos, sea con análisis crítico de las pruebas aportadas. Esta etapa corresponde al período republicano y alcanza su apogeo durante el principado.
- 3º La actuación cada vez más insoslayable de la administración estatal con control total y exclusivo del proceso hasta la decisión del caso mediante la sentencia. Esta etapa es exclusiva del Dominado.

Los pleitos privados se tramitaron, antiguamente, por medio del sistema de *Legis Actiones* (acciones de la ley). En el siglo II surge el *sistema formulario*. Luego, durante el Principado se generaliza el *Procedimiento Extraordinario*, que unifica las dos etapas anteriores.

El procedimiento es una sucesión de actos jurídicos, que se inicia con el ejercicio de la acción y conduce a la sentencia.

3. EL PROCEDIMIENTO DE ACCIONES DE LA LEY (*legis actiones*)

Las acciones que estaban en uso entre los antiguos se llamaban acciones de la ley, porque nacieron en la ley, pues no existían todavía los edictos del pretor. Es el más antiguo de los procedimientos romanos y se caracterizaba por su rigidez. Se remite a la Ley de las XII Tablas y ritos anteriores.

El procedimiento de las acciones de la ley presenta las siguientes características:

- Pertenece al ordenamiento de los juicios privados, *ordo iudicorum privatorum*, destacando la actividad del magistrado y la división en dos partes del procedimiento (*in iure* y *apud iudice*).
- Solemnidad verbal, las fórmulas eran orales, utilización exclusiva por los romanos, solamente sirve para ejecutar las acciones del antiguo *ius civile*, rigor y formalismo del procedimiento.

3.1. Clases de las acciones de ley

Las acciones de ley eran de cinco clases: Apuesta sacramental, petición de juez, por condición, por aprehensión corporal y por toma de prenda. Las tres primeras eran contenciosas y las dos últimas ejecutivas.

a) Acción de ley de apuesta sacramental (*legis actio sacramento*)

Era la acción general para reclamaciones y la más antigua. Consistía en una apuesta sacramental y el que resultase vencido en el pleito perdía a título de pena la cantidad apostada en favor del pueblo, para lo que se presentaban fiadores al pretor.

Tenía dos modalidades:

- *Actio legis sacramento in rem*: Servía para reivindicar una cosa propia. Tenía una tramitación ritual ante el magistrado en recuerdo del antiguo duelo.
- *Actio legis sacramento in personam*: Utilizada para afirmar un derecho de obligación. De tramitación similar a la *actio legis sacramento in rem*.

Esta acción general, por ser adaptable a cualquier controversia para la que no se hubiera prescrito un diverso modo de actuar. En origen era un juicio de Dios, ya que es la más antigua de las cinco, y en los primeros tiempos no existía una clara distinción entre lo jurídico y lo mágico-religioso.

Las partes en pleito debían presentarse ante el magistrado con un animal que ofrecían en sacrificio. Si lo que estaba en juego tenía un valor de 1000 ases o más, el animal que se debía sacrificar debía ser de ganado mayor (vaca, toro, etc.) y valer al menos 500 ases. Si se trataba de una cuestión menor, se debía entregar un animal menor, con un valor de 50 ases (chivo, oveja, etc.). Entonces, quien oficiaba el rito sacrificaba al animal, sacaba sus vísceras y definía si prevalecía la parte derecha (*diestra*), en cuyo caso se ganaba el pleito o la izquierda (*siniestra*), en cuyo caso el juicio se daba por perdido.

Aunque podía suceder que el magistrado no aceptara el animal, por lo que las partes debían llevar otro. Entonces, para evitar este manipuleo de animales, se estableció que las partes pagaran el valor del animal al pontífice, quien se

encargaría de comprarlo. Más tarde, en la época de la República, dejaron de hacerse los sacrificios y dejó de tener valor la decisión del pontífice, y quienes comenzaron a dirimir los pleitos fueron los pretores. Como el trabajo de estos era *ad honorem*, el dinero quedaba para el fisco. Pero luego surgió la cuestión de que el fisco no tenía participación alguna en el juicio, por lo que no había razón para entregarle el dinero; así que se estableció que quien perdiera el juicio debía pagarle a la otra parte.

b) Acción de ley por petición de juez o árbitro. (*Actio legis per iudicis arbitrive postulationem*)

Se utilizaba para reclamar deudas nacidas de una *sponsio* o estipulación (compromisos verbales de carácter promisorio) y para pedir la división de herencia o cosa común.

Con la *actio legis* por petición de juez desaparece el sacramentum como pena, pues solamente se pedía al demandado que nombrase juez o árbitro.

Esta era la acción de la ley por el reclamo de un juez o árbitro privado para pronunciarse sobre la cuestión. En los primeros tiempos debe haberse utilizado solo para controversias sobre divisiones o delimitaciones de bienes, pero la ley de las XII tablas la aplicó a pleitos sobre créditos originados en la *sponsio*.

Las partes se convocaban ante el magistrado quien, dentro de los 30 días les designaba un juez o un árbitro. Este árbitro resuelve las cosas «como un buen padre de familia», conforme a su leal saber y entender. El juez debe decidir de acuerdo al Derecho.

c) Acción de ley por condición. (*Actio legis per conditionem*).

Es la más moderna de las legis acciones y concurrió con la *legis actio sacramento* y la *legis actio por petición de juez*.

Fue establecida en el siglo III a.C. para reclamar deudas ciertas de dinero y en el II a.C. para reclamar cualquier otra cosa cierta.

El demandante no tenía obligación de expresar la causa de su reclamación y se limitaba a solicitar la comparecencia del demandado a los treinta días ante el pretor. El concepto de emplazamiento es inherente a la *legis actio per conditionem*.

Esta *legis actio* es el antecedente de la *condictio*, la acción civil abstracta, porque en ella tampoco será necesario expresar la causa de la reclamación.

d) Acción por aprehensión corporal (*legis actio per manus iniectioem*)

No debe confundirse con la *manus iniecto* extraprocésal que se producía en la *in ius vocatio* si el demandado no comparecía.

La acción por aprehensión corporal procede después de treinta días a partir del pronunciamiento de la sentencia, cuando un deudor no cumple la sentencia dictada por el juez o en el caso de que sea *confessus*.

El demandante se lo llevaba a su casa y lo ataba con cadenas durante sesenta días, transcurridos estos podía venderlo como esclavo, y si después de tres días de proclamarlo en el mercado no era vendido, podía despedazarlo y repartir sus trozos entre los acreedores, sin que tuviera relevancia jurídica el hecho de que alguno de ellos recibiera más o menos pedazos del cuerpo del deudor.

En la época primitiva, en caso de incumplimiento de la obligación, se respondía con la persona del deudor. Entonces, un particular tenía derecho, luego de haber llevado a su deudor ante el tribunal y de haber sido este declarado *addictus* por el magistrado (si no había cumplido con la obligación luego de los 30 días de reconocida la deuda), a apoderarse de su deudor y llevarlo ante el magistrado, quien le preguntará si está decidido a pagar o si alguien podía ser su *vindex* (garante). Este garante podía hacer un nuevo juicio (no existía la apelación) y, si lo ganaba, el juicio anterior quedaba anulado, pero si perdía, el anterior seguía teniéndose en cuenta y se daba por perdido las dos veces. Pero si aún nadie pagaba por el deudor, el acreedor podía entonces llevárselo y tenerlo en custodia, con la consiguiente obligación de mantenerlo a él y a su familia, o retenerlo encadenado. Luego, durante tres días de mercado debía llevarlo ante el magistrado, para que este le reitera la pregunta sobre si va a cancelar la deuda y, además, si existían otros acreedores. Si aun así no se obtenía respuesta, se podía llevar al deudor fuera de la ciudad y venderlo como esclavo para repartir la ganancia entre los acreedores, o dejarlo dentro de Roma para hacerlo trabajar a su favor. Si uno de los acreedores recibía una parte mayor no se consideraba esto fraude, ya que no existe forma de medir si había puesto más o menos voluntad en el trabajo que realizó para cada uno. Otra opción era matar al deudor y repartirse las partes de su cuerpo.

Esta norma se remonta a la Ley de las XII Tablas y constituye una huella clara de la antigua venganza privada.

e) Acción por toma de prenda (*pignus*), (*legis actio per pignoris capionem*)

Consiste en el apoderamiento de algunos bienes del deudor, sin necesidad de una previa condena y constituye un procedimiento ejecutivo.

Los casos en que puede ser utilizada se remontan a las XII Tablas y tienen carácter sacral y público:

- Contra los que habiendo comprado una res para sacrificarla en el templo, no pagan el precio.
- Contra los que no pagan el alquiler de una caballeriza, siempre que ese alquiler fuera destinado a los dioses.
- A favor de los cobradores de impuestos.
- Para los casos militares, en general cuando el soldado no recibía sus haberes o el dinero para la manutención del caballo y conservación de sus armas.

El demandado no podía oponerse o negar la existencia de la deuda; después de pagada, este podía disponer una acción edictal contra aquel que, en procedimiento formulario, hubiera obtenido sin fundamento una condena por toma de prenda, *pignoraticia* (*pignus* o prenda), contra él. Sería una modalidad del principio «paga y repite», *solve et repete*.

No se llevaba a cabo ante un magistrado. Consistía en tomar en prenda una cosa del patrimonio del deudor. Por ejemplo, los soldados que estaban en campaña, cuando sabían que ya era tiempo de cobrar pero aún no se les había pagado, podían ir y tomarlo para cobrarse su soldada (sueldo). También se usó en el *sacramentum*, cuando se rechazaba el animal y el dueño del mismo que generalmente, en lugar de llevarlo nuevamente a su corral lo dejaba suelto para que regresara solo lo perdía o alguien se lo robaba. Entonces podía ir y tomarlo.

3.2. Fase ante el magistrado (*in iure*)

El procedimiento de las *legis actiones* exigía la presencia de los litigantes ante el magistrado que ordenaba el proceso y ante el cual los actores efectuaban sus declaraciones solemnes.

Se llevaba a cabo ante el magistrado. El demandante debía recitar su reclamo necesariamente con las palabras sacramentales que figuraban en la ley o que le habían prescrito los pontífices o los jurisprudentes laicos consultados al efecto. Luego debía responder el demandado. El magistrado comprobaba que los ritos se llevaran a cabo correctamente.

Si se trataba de acciones declarativas en las que se debía llegar a la elucidación de una controversia, si el derecho del actor no había sido cuestionado por el demandado, el magistrado lo consagraba. Si había controversia las partes llamaban a terceros y se nombraba a un juez o árbitro. La *litis contestatio* fijaba los extremos de la controversia, y el juez debía referirse siempre a la situación jurídica existente en ese momento.

La tramitación del procedimiento en la fase *in iure* requería las actuaciones siguientes:

- a) Citación (*in ius vocatio*): Es la citación del demandado para que acuda ante el pretor, que debe hacer el demandante según las reglas de las XII Tablas. Cuando el demandado no quiere acudir, el demandante puede conducirlo hasta el pretor ejercitando la violencia física; esta imposición violenta de manos se denomina *manus iniecto* extrajudicial, anterior al proceso. El demandado puede evitar la *manus iniecto*:
 - Si hace una transacción (*transactio*, pacto con el demandante) antes de ir a juicio.
 - Presentando un *vindex*, fiador, que garantice su comparecencia.
 - Si las actuaciones no terminan en un día, el demandado puede presentar otro fiador para la nueva audiencia, llamado *vas*, el acto que garantiza el *vas* se llama *vadimonium*.

En la *ius vocatio*, el magistrado podía conceder o denegar la acción, y el demandado reconocer, mediante una *confessio in iure* o *cessio in iure*, el derecho del demandante.

- b) *Litis contestatio* y designación del juez o jueces: Si el procedimiento continuaba se comparecía ante el magistrado de conformidad con las declaraciones solemnes que correspondiesen según la *legis actio* que se hubiera ejercitado; estas declaraciones se acreditaban ante testigos y constituían la *litis contestatio*, por medio de la cual el litigio quedaba definitivamente fijado.

Por último, se procedía a nombrar juez o árbitro:

- La elección de juez quedaba refrendada, para ese caso único, por el magistrado (*iudicem dare*), comprometiéndose las partes a acudir ante él.
- La actuación arbitral era de tres árbitros y la elección de común acuerdo o mediante sortitio.

Ante la falta de cumplimiento por la parte perdedora se debía recurrir a otro proceso: *legis actio per manus iniectioem*.

3.3. Fase ante el juez (*apud iudicem*).

En un lugar determinado se comenzaba exponiendo el pleito: el demandante convocaba a la otra parte ante testigos (*vía pública*), y debía llevar la cosa por la cual se discutía (si se trataba de una *acción in rem*). Esto debía hacerse antes del mediodía. Si una de las partes no se había hecho presente hasta ese momento, se le daba por perdida la causa; aunque el demandante podía ir a buscarlo por la fuerza. El juez analizaba las pruebas y dictaba sentencia.

Esta etapa no presentaba las rígidas formalidades de la anterior. Después tenía lugar la prueba de los hechos alegados, según las siguientes reglas:

- Los hechos deben ser probados.
- Los litigantes tienen el deber de aportar las pruebas necesarias de los hechos que alegan.
- Los medios de prueba son las declaraciones bajo juramento, las pruebas periciales y las documentales.
- El juez se somete a reglas determinadas para apreciar las pruebas.

3.4. La sentencia

El juez, una vez que se haya formado una opinión clara, emitirá su *opinio iudicatum*, sentencia. Tanto el juez como los árbitros solían no tener conocimientos jurídicos, por lo que era frecuente que consultaran con jurisconsultos; si aun así no se formaban una opinión clara, podían renunciar al mandato de juzgar jurando en *non loquera*. Entonces se procedía a nombrar otro juez.

El contenido de una sentencia debía ajustarse a los términos de la *legis actio* utilizada, y podía ser condenatoria o absolutoria para el demandado; así:

- En la *legis actio sacramento*: La sentencia decide cuál de los litigantes ha ganado la apuesta; independiente a la cantidad apostada, que revierte en el pueblo,...
- En las *acciones in rem*, el demandante favorecido puede apoderarse de la cosa reclamada mediante un decreto del magistrado.
- En las *acciones in personam*, la sentencia condenatoria da lugar al procedimiento ejecutivo de la *manus iniecto procesal*.
- En las acciones divisorias, de la herencia, de cosa común o de deslinde, se reparte el objeto del litigio en cosas divisas.
- La sentencia no puede ser apelada ante otro juez.

Ejecución de la sentencia:

Ante la falta de cumplimiento por la parte perdedora se debía recurrir a otro proceso: *legis actio per manus iniectioem*.

Por todo lo dicho anteriormente es evidente que el procedimiento de acciones de la ley basado en las exigencias de un pueblo primitivo no podía subsistir cuando la conciencia jurídica de los romanos se desarrolló, ya que adolecía de graves defectos:

- No era fácil de aprender de memoria el texto de las declaraciones solemnes.

- Si se cometía un error en la declaración, el actor perdía el caso y no podía litigar otra vez sobre el mismo asunto.
- La memoria de los testigos, tanto como su buena fe, podía fallar al repetir frente al juez lo ocurrido en la fase *in iure*.
- En algún momento los ciudadanos desconfiaron de las palabras solemnes a las que un mundo primitivo atribuyó un significado religioso y casi mágico. Tales palabras solemnes eran monopolio de los pontífices, miembros de la clase detentadora de poder. Cuando estas palabras fueron puestas al alcance del público por Cneo Flavio, perdieron su carácter sagrado y se llegó a la conclusión que no tenía objeto obligar a los litigantes a aprenderlas de memoria y a los testigos a retenerlas para rendir su testimonio y que sería más eficaz construir el proceso sobre la base de un documento escrito.
- El procedimiento de acciones de la ley solo podía ser utilizado por los ciudadanos romanos. Fue por esta razón que el Pretor peregrino, al iniciar sus funciones en el año 242 a.C. se vio en la necesidad de crear un nuevo sistema de procedimiento, que fue el *procedimiento formulario*.

4. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Este procedimiento desplazó a las acciones de la ley (*legis actionis*) por desuso. Era un procedimiento escrito que constaba de una doble instancia: primero ante el magistrado, y luego ante el juez. Aunque aún no existía la posibilidad de apelación, comenzaron a aparecer las representaciones obligatorias (por ejemplo, el tutor representando en juicio a su pupilo).

El elemento principal del procedimiento es la *Litis Contestatio*.

El origen del procedimiento formulario se relaciona con la actividad del pretor peregrino. Este pretor no necesitaba ajustarse al sistema de las *legis actiones*, por lo que fueron desarrollando un tipo de proceso que seguía el esquema de arbitraje de las *legis actiones*, con sus dos etapas: la *in iure* y la *apud iudicem*.

El pretor comenzó a plasmar por escrito la impostación de la controversia, a diferencia de la etapa anterior, en la que se utilizaban las formulaciones solemnes. Además el pretor tenía la posibilidad de actuar según su criterio, utilizando palabras adaptadas al caso concreto, en contraposición con las palabras determinadas (siempre las mismas) que se utilizaban en las *legis actiones*. Así surgió la *Fórmula*, que adoptaba formas más libres de organizar el proceso.

El pretor, en posesión de todos los recursos procesales y extraprocesales, se lanzará a una labor de profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convertirá a la *iurisdictio* en la fuente más original del Derecho Romano.

La *lex Iulia iudiciorum privatorum* dictada por Augusto suprime casi totalmente el sistema de las *legis actiones*, por considerárselo demasiado formal y poco flexible, e instituye el sistema de fórmulas, estableciendo que de aquí en adelante, todo juicio será justo si se cumplen las tres condiciones del proceso: que las partes sean ciudadanos romanos, que se celebre en Roma y que el arbitraje se someta a un único juez.

Por la mayor sencillez del nuevo proceso, es adoptado por el pretor urbano, que se sirve de él en calidad de arbitrio honorario: La *Lex Aebutia* (130 a.C.) legitima la fórmula de

la *condictio* (el demandante no tenía obligación de expresar la causa de su reclamación, y se limitaba a solicitar la comparecencia del demandado ante el pretor) que eran las más utilizadas; a partir de esta Ley, el pretor crea nuevas fórmulas directamente como *arbitria honoraria*, mediante ficciones o imitando las acciones de ley.

Dos leyes Julias (de Augusto, 17 a.C.) abolieron las acciones de ley y legitimaron los antiguos *arbitria honoraria*, con lo que el procedimiento formulario quedó definitivamente implantado. Sus características son:

- Mayor actividad del magistrado.
- Tipicidad de la fórmula escrita para cada supuesto: «Tal es la fórmula, tal es el derecho».
- Creación de la *exceptio*: Medio procesal que tiene el demandado para alegar un hecho que destruye la actio del demandante. El magistrado puede negar la actio y la exceptio, si acepta la última, pasa a formar parte de la fórmula.
- La condena siempre es pecuniaria.
- Las partes podían exponer *per verbis concepta*, esto quería decir que las partes que acudían ante el magistrado podían expresar las palabras que ellos quisieran. Con esto se elimina la formalidad que existía en las acciones de la ley donde se precisaba de un ritual que cada parte debía cumplir para realizar el litigio.
- El pretor se convierte en una persona activa en el proceso, ya que es el que va a dictar las pautas de cómo se va manejar, señalando cuales son los derechos y deberes de cada una de las partes. En acatamiento al principio de la seguridad jurídica, el pretor solía poner en la pared de su despacho (álbum) las acciones y excepciones dispuestas a ser concedidas al público.
- El procedimiento formulario forma parte del *ordo iudicorum privatorum*. Su tramitación está dividida en las dos fases características: *in iure* y *apud iudicem*.

4.1. Fase ante el magistrado (*in iure*)

I. Editio actionis extraprocesal:

Estaba encaminada a proteger al demandado y, por medio de esta, el demandante debe poner en su conocimiento la acción que piensa ejercitar contra él antes de iniciar el litigio, mostrándole todos los documentos y pruebas que va a hacer valer en el juicio. Si la editio actionis extraprocesal no se practicaba o resultaba incompleta antes de la *in ius vocatio*, el pretor concedía una acción penal, a favor del demandado, contra el demandante en caso de que hubiera actuado con dolo o mala fe.

II. Citación ante el magistrado. (*In ius vocatio*):

Sigue siendo el acto formal, ante el magistrado, por el cual el demandante cita a juicio al demandado.

En el siglo II a.C., el pretor y la jurisprudencia arbitran medios contra el que se oculta para no acudir a juicio:

- Puesta en posesión de sus bienes (*missio in possessionem*).
- Posterior venta de sus bienes (*venditio bonorum*). Sigue existiendo la figura del *vindex* (fiador) y *sponsores* (fiadores por medio de promesa) para asegurar la presencia en juicio del demandado y para el demandante en caso de querer desistir de su acción.

III. Comparecencia ante el pretor:

Ante el pretor, el demandante solicita la concesión de la acción: *editio y postulatio actionis*.

El magistrado verifica la *causae cognitio*, la capacidad de los litigantes y su competencia propia.

El demandante puede interrogar al demandado con el fin de modificar los postulados de su acción y, a su vez, el demandado puede hacer lo mismo para preparar su oposición formal en el proceso; son las interrogaciones *in iure*.

El proceso formulario también, como en las legis acciones, podía acabar en la fase *in iure* por alguna de las siguientes causas:

- Pacto entre los litigantes, (*transactio*). En caso de nueva demanda por el mismo caso, el perjudicado podía alegar la *transactio* como *exceptio* a la nueva *actio*.
- *Confessio in iure*. Equivale a la sentencia condenatoria, que si no se cumple da lugar a la ejecución mediante concesión de acciones del pretor.
- Juramento necesario (*iusiurandum in iure*). Lo puede solicitar el demandante del demandado, principalmente en los casos de *condictio*, sobre algún hecho determinado; también podía deferirlo el demandado sobre el demandante. Se condiciona a él la resolución del juicio; en caso de que el emplazado a jurar se negara a ello, el contrario ganaba el juicio.

Presentadas las partes ante el magistrado, el demandante planteaba su pedido de acción sobre la base de una fórmula que proponía. El demandado concordaba con el planteo o reclamaba alguna alteración. El magistrado llevaba a las partes a un acuerdo en la redacción de la fórmula y en la elección del juez.

Se tiene, entonces, la *litis contestatio*, concretada en una formal propuesta y aceptación, de demandante y demandado respectivamente, de someterse al juicio en los términos en que se hallaba redactada la fórmula.

Con la *litis contestatio* quedaban determinados los derechos subjetivos deducidos en juicio.

Si el proceso no terminaba en la fase *in iure*, el magistrado autorizaba la fórmula.

4.2. Naturaleza y caracteres de la fórmula

La fórmula procesal oral de las legis actio es sustituida por la fórmula escrita del procedimiento formulario.

La fórmula era un modelo predispuesto por la ley o por el pretor, que valía también para el juez elegido libremente por las partes para dirimir su pleito; esta resume las dos declaraciones de las partes, la pretensión o *actio* del actor, la oposición o *exceptio* del demandado, el comportamiento del juez y la *condemnatio*, que debía ser siempre pecuniaria y muchas veces determinada por la ley.

La fórmula no era un contrato entre las partes, sino un acto jurídico y una instrucción del magistrado dirigida al juez.

El *iudicium dare* del magistrado daba reconocimiento y efectos a la fórmula, y el *iudicare iubere* era la definitiva sanción del mandato de juzgar que daba el pretor.

La fórmula era un documento extendido en una doble tablilla de cera, *testatio*, escrito en su parte interna, sellada por las partes y por los testigos en la fase *in iure*.

La fórmula fue el acto central del procedimiento formulario.

4.3. Partes de la fórmula

Se diferenciaban las partes ordinarias, las que normalmente se encontraban en todas las fórmulas y las extraordinarias o accesorias, que pueden agregarse.

Partes ordinarias:

- *Demonstratio* o designación. Parte que designa el asunto de la demanda y se inserta al principio de la fórmula.
- *Intentio*. Es la parte de la fórmula en la que se expresa el derecho que pretende el demandante.
- *Nombramiento* del juez elegido.
- *Condemnatio*. Es la parte en donde se faculta al juez para condenar o absolver.
- *Adiudicatio*. Parte por la que se permite al juez adjudicar algo a alguno de los litigantes, supuesto que concierne a las acciones divisorias.

Partes extraordinarias:

- *Praescriptio*: Destinada a limitar o concretar el objeto del litigio. Se inserta al principio de la fórmula. La *praescriptio pro reo* y otras a favor del demandado, que el juez debía examinar antes de dictar sentencia, desaparecieron para convertirse en *exceptiones*.
- *Exceptio*: Parte que permite al demandado oponer una alegación a la acción del demandante.

Existen las excepciones perentorias o perpetuas, que destruyen totalmente la acción del demandante, como las de *dolo malo* y transgresión de una ley o senadoconsulto; y dilatorias, con validez temporal, como el pacto de «no pedir en cinco años».

La *exceptio* podía ser replicada por el demandante, quedando la *replicatio* incluida en la fórmula. Si seguían las réplicas, en su turno, se denominaban *duplicatio*, *tríplica*, etc.

En el procedimiento formulario se admitió un tipo de representación, distinta de la actual, pues quien sustituía a cualquiera de las partes experimentaba en su persona los efectos del proceso. El nombre de la parte debía figurar en la *intentio* y el del representante en la *condemnatio*.

4.4. *Litis Contestatio* y sus efectos

La *litis contestatio*, o atestiguamiento del litigio, en el procedimiento formulario es un acto complejo y poco conocido.

Era el momento procesal central y en él se fijaba la fórmula, ya establecida, que se hacía constar en unas tablillas o *testatio*.

Las partes ya no podían introducir modificaciones en las posiciones adoptadas y se habían sometido al iudicium o decisión del juez o jueces elegidos.

Efectos de la *litis contestatio*:

- La cuestión objeto de litigio se convierte en *res in iudicium deducta*, cuestión pendiente de juicio. Estado de *litispendencia*.

- Las cosas objeto del litigio no pueden ser vendidas. El que las vende actúa con dolo malo.
- La litis contestatio consume la acción y esta no puede volver a ejercitarse cuando es personal, in personam. Este es el efecto más importante de la litis contestatio.
- Todos estos efectos producen o se transforman en un único efecto llamado novatorio (obligación civil), por el que surge la acción u obligación de pagar la condena que se imponga.
- A partir de la litis contestatio, las acciones intrasmisible o las que tienen un plazo para su interposición, se hacen perpetuas.
- La litis contestatio solo se produce una vez; en caso de muerte de una de las partes, o cambio de juez, hay que volver a redactar una nueva fórmula.

4.5. Fase ante el juez (*apud iudicem*).

En esta fase tienen lugar los debates, siempre orales, de los abogados, que exponen pormenorizadamente los medios de prueba de sus defendidos. Es muy parecida a la de las *legis actiones*: el juez recibe en lugar público las pruebas y los eventuales alegatos de oradores de una y otra parte.

En la instancia *in iudicio*, la labor probatoria es mucho más extensa que en la etapa *in iure*, ya que es al juez a quien le corresponde interrogar a las partes, investigar los lugares y examinar los testigos al igual que entrar en contacto con las personas y ver tanto sus emociones como intereses.

Después de haber sido presentada la demanda ante el juez, por la parte interesada, y ambas partes deben comparecer ante él el día establecido, los debates se inician de esta manera dividiéndose en:

- *Los informes de los abogados*: es aquí donde ambas partes señalan todos los hechos, principalmente los hechos que dieron inicio a la controversia o al pleito, para luego dar inicio a los distintos medios de prueba.
- *El examen de las pruebas*: se entiende por prueba los diferentes medios utilizados para mostrar o hacer visible la verdad o falsedad de un objeto.

Petit señala una característica muy importante de este proceder al enfatizar que «para que la instancia siga su curso, no es necesario que los dos adversarios estén presentes *in iudicio*. Si falta alguno de ellos, si es contumaz, el juez, a pesar de ello, da la sentencia y bajo las acciones de ley debía pronunciarla el mismo día y siempre en contra del que faltase.» (según las XII Tablas, 1, 8)

Entre los distintos medios de prueba tenemos:

- * Los escritos (instrumenta): este medio de prueba no tuvo mucha importancia durante el procedimiento formulario, debido a la solemnidad de un gran número de contratos que se realizaban verbalmente.
- * Los testigos o prueba testimonial: debía ser rendida públicamente delante del juez y con la autorización del magistrado (muchos autores discuten sobre la obligación del testimonio). El juez se encarga de interrogar personalmente a los testigos, lo mismo que las partes y sus representantes, sin dejar constancia escrita de las preguntas y respuestas debido a que la prueba era oral.

- * El juramento: como prueba en ambas instancias; el juez puede deferirle de oficio a una de las partes. Este juramento aclara la cuestión, pero no le obliga. Otros medios probatorios:
- * El dictamen dado por los peritos: no es más que la opinión de un observador con la debida preparación, para dar su apreciación sobre las pruebas.
- * Los rumores públicos y los hechos notorios (*praesumptiones facti vel hominis*): estos son los testimonios o declaraciones de terceros que han presenciado el hecho y por situaciones notorias, de conocimiento de muchas personas.
- * Inspección ocular: consiste en una observación de las cosas y los lugares donde sucedió el pleito por el juez que está llevando el caso.

Una vez valoradas las pruebas a su criterio, llega a la formulación de su parecer (*sentencia*) ante las partes.

Principios que rigen en materia de prueba:

- 1.- La prueba versa siempre sobre los hechos.
- 2.- Corresponde a las partes la carga de la prueba.
- 3.- Libre apreciación de la prueba por parte del Juez.

4.6. La sentencia

El juez, una vez que se ha formado una opinión clara, emitirá su *iudicatum*, o sentencia. La sentencia termina el procedimiento, pone fin a la misión del juez y para la ejecución de la sentencia hay que dirigirse al magistrado, que es quien tiene el *imperium*

- El juez debe atenerse estrictamente a la fórmula para juzgar, por lo que no puede corregir sus posibles inadecuaciones o errores; por ello, si el demandante hubiera reclamado en su intentio más de lo realmente debido, habría incurrido en puros petitio perdiendo el litigio.
- A partir de la sentencia, el asunto del litigio se convierte en cosa juzgada (res indicara), por lo que si se reprodujera el litigio, el perjudicado podría oponer una excepción de cosa juzgada.
- La sentencia es constitutiva si en la parte ordinaria de la fórmula existía una adjudicatio (adjudicación), referente a división de cosa común, al constituirse nuevos derechos entre los litigantes; en los demás casos, la sentencia es declarativa: condena o absuelve.
- En el procedimiento formulario las sentencias son inapelables.
- La condena siempre es pecuniaria.

Era obligación del juez dictar la sentencia, que también se puede llamar como la opinión del juez frente a la controversia. Este dictamen del juez con respecto al caso, estaba limitado por ley y por las instituciones del magistrado; y de esta manera podía ser tomada en varias direcciones.

Si el juez no ha podido obtener una opinión firme sobre el caso, no está obligado a dictar la sentencia; en este caso se designa un nuevo juez o formarse un nuevo juicio, en el caso de pluralidad de jueces.

Decretar sentencia de absolución para el caso de que el demandante no probara su demanda o que el demandado presentara una excepción eficaz en contra del mismo.

Se pronuncia la sentencia de condena. En el proceso formulario no se condena a devolver la cosa, sino su equivalente en dinero.

Existían dos tipos de condena:

- a) Las condenas principales, que eran equivalentes en dinero al valor de la cosa.
- b) Las condenas accesorias, que eran penas pecuniarias que se agregan a las principales y en algunos casos, las condenas por doble, triple y hasta el cuádruple del valor de la cosa en pleito. Algunos autores opinan que estas condenas tienen su origen con el *pretor peregrini*, quien viendo que no podía condenar a los extranjeros bajo el derecho civil, decidió imponer penas donde los condenados tenían que pagar sumas de dinero. Pero otros autores señalan que estas condenas provienen de los efectos de la *litis contestatio*; puesto que crea una obligación a cargo del demandado, ya que cualquiera que fuese la naturaleza del derecho anterior, se le trata como deudor a este, por lo que se le impone como condena una suma de dinero.

Ejecución de la sentencia:

En el procedimiento formulario, la ejecución de la sentencia es personal y se puede ejercitar mediante la *actio iudicati* (tanto por litigios *actio in rem* como *actio in personam*). Sigue existiendo la semiesclavitud por deudas.

La *actio iudicati* es concedida por el pretor al cabo de treinta días de emitida la sentencia, contra el condenado o el *confessus* que no la ha cumplido; en caso de que el deudor niegue la deuda u oponga una *exceptio*, se abre un nuevo proceso tras del cual, si el demandado vuelve a perder, paga el *duplum* de la condena.

Cuando el pretor decretaba la *missio in bona*, el acreedor era puesto en posesión del patrimonio del ejecutado. La *missio in bona* se publicaba (*proscriptio*) durante treinta o quince días, según si el ejecutado vivía o estaba muerto; transcurridos estos, el condenado caía en infamia si no había satisfecho la deuda o entregado sus bienes.

Cuando no se satisfacía la deuda, el patrimonio del deudor era vendido en subasta pública (*venditio bonorum*) por un *magister bonorum* o especie de síndico, que redactaba la *lex bonorum venditorum* con las condiciones de venta que, una vez aprobadas por el pretor, se exponía en lugares públicos.

El que adquiría las propiedades subastadas, *bonorum emptor*, se convertía en sucesor del ejecutado y debía pagar a los acreedores. Para reclamar las cosas del deudor, el pretor concedía al *bonorum emptor* un *interdicto posesorio* y dos acciones: Si el ejecutado vive la *acción rutiliana*, si ha fallecido la *acción serviana*.

El deudor embargado e incurrido en infamia; sin embargo, disfrutaba durante un año del *beneficium competentiae*, que consistía en una *condemnatio* según sus posibilidades respecto de los acreedores que no hubieran concurrido a la *venditio bonorum*. Si el deudor aprovechaba y vendía bienes con objeto de defraudar, el pretor daba la venta por no realizada concediendo un *interdictum fraudatorium* para la recuperación de los bienes vendidos. Justiniano concedió la acción *Pauliana*. La *distractio bonorum*:

Es la venta de los bienes por partes, destinada al pago de los acreedores, evitando los perjuicios de la venta del patrimonio total. Este procedimiento ejecutivo evitaba la *missio in bona* y la nota de infamia. La *cessio bonorum*:

Era la posibilidad de que el deudor, insolvente sin culpa, pudiera ceder sus bienes. Evitaba así el penoso y vergonzoso procedimiento de la *venditio bonorum*. Fue introducida por una ley de César o de Augusto.

4.7. Protección jurídica extraprocésal

Para comprender mejor este tema, resulta necesario recordar que el pretor, en cuanto magistrado, goza de facultad general de imperium, pero también ostenta la facultad específica de administrar justicia, la *iurisdictio*, el poder jurisdiccional, en cuanto magistrado encargado de ella. De allí que sea necesario distinguir dos grupos de soluciones basadas en su imperium, es decir, en su poder soberano coactivo y otras basadas en su jurisdicción; es decir, en su potestad de administrar justicia.

En la época clásica del Derecho romano los remedios complementarios con los que el magistrado puede echar mano para agilizar la administración de justicia o para obtener resultado útiles más allá de los límites precisos de las acciones son variados y sorprenden por su elaborada técnica de creación y por el gran sentido práctico y equitativo de quienes les dieron vida y los aplicaron en los casos concretos. En general, tales remedios aseguraban la protección a situaciones que no poseían protección mediante las acciones civiles o pretorias o facilitaban la actuación dentro de un proceso actual o futuro.

Dentro de ellos podemos apreciar: los *interdictos*, las *restitutiones in integrum*, las *stipulationes praetoriae* y *missiones in possessionem*.

Pero en virtud de su *imperium*, podía realizar otra serie de actos que complementaban los de su jurisdicción; estos actos los realiza por medio de una breve *cognitio* y tienen como fin garantizar la tramitación del procedimiento o evitar el juicio futuro.

a) *Estipulaciones pretorias*

Las estipulaciones pretorianas eran aquellas impuestas por el pretor con el fin de extender la protección del derecho civil a aquellas situaciones de hecho, que mereciéndola por justicia, no la tenían. En otras palabras, las estipulaciones servían para proteger situaciones desprovistas de tutela en la jurisprudencia y en el edicto.

Eran contratos o promesas verbales que el pretor ordenaba realizar en su presencia a dos personas o partes interesadas. Podían ser procesales o extraprocésales.

b) *Missio in possessionem*

Por medio de la *missio in possessionem* el pretor autorizaba a una persona para que tome posesión de los bienes de otra. Podía referirse a la totalidad de los bienes, *missio in bona* o a bienes singulares, *missio in rem*. Venían anunciadas en el edicto del pretor.

Era una orden dada por el pretor autorizando a alguien a apoderarse o posesionarse, o simplemente a tener durante cierto tiempo, un bien de otro con poderes de administración y disfrute. Se le llama *missio in rem* cuando dicha disposición recae sobre una cosa o conjunto de bienes determinados: se le llama *missio in bona*, cuando recae sobre el patrimonio de una persona o sobre un conjunto indeterminado de bienes.

Tres eran las causas principales por la que se solía poner en posesión (de los bienes de otro) : a) Para conservación de bienes, b) Para asegurar los legados, c) En interés del concebido que se espera que nazca.

Si no se daba caución por el daño temido, no procedía la puesta en posesión de todos los bienes, sino tan solo de aquella cosa de la que se teme provenga el daño.

c) *Interdictos*

Eran órdenes del pretor encaminadas a prohibir algún acto, restituir alguna cosa o mandar exhibir un documento. Los interdictos eran órdenes de carácter sumario y urgente, dadas por el magistrado a un ciudadano tendientes a lograr una exhibición, una restitución o una prohibición de carácter provisoria para proteger una situación de manera inmediata.

En caso de que obedezca, allí terminaba el problema. Pero en caso contrario se iniciaba un verdadero juicio para determinar si la desobediencia era justificada o no. En el primer caso; es decir, si la condición no correspondía a la realidad, el solicitante debía, generalmente, una multa privada a la persona que recibió el interdicto; en el segundo caso, esta multa se pagaba al solicitante.

Clases de Interdictos: Son de tres clases:

- 1) *Prohibitorios:* Destinados a impedir que alguien realizare actos perturbatorios en el goce pacífico de una cosa por otra.
- 2) *Restitutivos:* Aquellos que disponían la restitución de una cosa al solicitante o el restablecimiento de una situación en su estado original.
- 3) *Exhibitorios:* Eran aquellos medios por los cuales el pretor ordenaba la exhibición de personas o cosas determinadas para establecer la prueba de alguna situación especial.

También eran simples o dobles, según haya demandado y demandante, o no se pueda decir quien era demandado y quien demandante.

- 1) *Simple:* Cuando el mandato iba dirigido a una sola persona y en favor de otra de manera que es posible distinguir las posiciones de solicitante y girado con facilidad.
- 2) *Dobles:* Cuando la orden se dirige a ambos intervinientes de manera que cada uno está en igual posición y tienen los mismos derechos en caso de incumplimiento.

Procedimiento: El actor solicitaba del pretor el interdicto mediante una *postulatio interdicti*, este estudia los hechos mediante una *causae cognitio* y, si lo estimaba oportuno, emitía un decreto conteniendo el texto ordenativo del interdicto.

Si no se acataba el interdicto, se abría un lento procedimiento judicial, denominado *ex interdicto*, por medio del cual el demandado se compromete a pagar una cantidad denominada *sponsio* si se demuestra que no lo cumplió, y el demandante otra, denominada *restipulatio*, para el caso contrario.

d) *Restitutiones in integrum*

Es la reintegración a un estado jurídico anterior, mediante una resolución del magistrado en virtud de la cual declaraba no conocer los efectos de un hecho o acto jurídico; este recurso complementario a la jurisdicción del pretor supone una derogación total de los principios del *ius civile*, que el magistrado solo realizaba motivado por principios de equidad ante un daño irreparable.

Son decisiones magistrales de carácter extraordinario, por virtud de las cuales se anula plenamente una situación, ya sea de carácter formal o material, para volver las cosas a su estado jurídico anterior. Existen distintos tipos de *restitutio in integrum*,

según las circunstancias de hecho bajo la cual se realizó el acto jurídico. Las más comunes son por: miedo, dolo, fraude, error y edad.

- En atención a la edad (*ob aetatem*): A los menores de veinticinco años con tutor falso.
- En atención a la ausencia *rei publicae causa (ab absentiam)*, que por este motivo hubiera sufrido perjuicio.
- A causa de dolo (*ob dolum*): Por haber recibido un beneficio con actos realizados de mala fe y con intención de defraudar.

El procedimiento de concesión restitutoria es similar al de concesión del interdicto.

4.8. Modelos de fórmulas

- Para la *actio certae creditae pecuniae*...

Que Cayo Sempronio sea juez. Si consta que Numerio Negidio debe dar 10.000 sestericios a Aulo Agerio, condena juez, a Numerio Agerio a pagar a Aulo Agerio 10.000. Si no consta, absuélvelo.

- Para la *actio reivindicatio* ... Si resulta que la cosa sobre la que se litiga pertenece en propiedad civil a Aulo Agerio, y no es restituida según tu arbitrio, condena, juez, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio lo que la cosa valga ...

- Para la *actio in factum, actio depositii*... ... lucundus sea juez. Si consta que Aulo Agerio depositó un triclinio de plata en casa de Numerio Negidio y no fuese devuelto dolosamente por Numerio Negidio, condena, juez, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio cuanto la cosa valga, si no consta absuélvelo.

- *Para la acción publiciana (ejemplo de fórmula con ficción) ...*

Ticio sea juez. Si Aulo Agerio compró y le fue entregado un esclavo, que si lo hubiera poseído un año sería suyo por derecho civil, y no lo hubiese restituido Numerio Negidio a Aulo Agerio, según tu arbitrio, condena, juez, a apagar a Aulo Agerio tanto dinero como valga el esclavo. Si no resulta, absuélvelo.

- *Para la actio institoria (ejemplo de fórmula con transposición de personas)...*

Ticio sea juez. Puesto que Aulo Agerio ha comprado al esclavo Estico, colocado por Numerio Negidio al frente de un comercio, 10 libras de aceite y que esta compra se realizó actuando el esclavo como regente del comercio de Numerio Nagidio, asunto sobre el que se litiga, condena juez, a Numerio Negidio en favor de Aulo Agerio a todo lo que a causa de ello deba dar o hacer según la buena fe. Si no resulta, absuélvelo.

5. EL PROCEDIMIENTO COGNITIO EXTRAORDINARIO

En el procedimiento de las *legis actiones* y *formulario* los actos de la *cognitio* del magistrado se manifestaban, principalmente, a través de su actividad ordenadora del proceso en la fase *in iure*; aunque eran los jueces, en la fase *apud iudicem*, los que presenciaban los debates y valoraban la prueba.

Por el contrario, en los procedimientos *cognitorios* los jueces-funcionarios ordenaban el proceso entero; las pruebas se practicaban en su presencia como los debates de los litigantes, valoraban las pruebas y dictaban la sentencia. Estos

jueces-funcionarios realizaban todos los datos de cognitio en unos procesos que se desenvolvían en una sola fase. Esta clase de proceso cognitorio comenzó a ser utilizado en el Principado con carácter extraordinario.

Desde la época de Augusto, con el fortalecimiento del poder del Príncipe, aparece junto al procedimiento formulario una nueva forma de actuación judicial, forma que por utilizarse solo en casos de excepción recibió el nombre de procedimiento por conocimiento extraordinario conservándolo aún en el período posclásico durante el cual se llegó a eliminar por completo al sistema anterior.

El príncipe podía convertirse en un tribunal extraordinario, en el más alto tribunal dentro de la entonces jerarquizada administración de justicia y conocer en forma extraordinaria de cualquier litigio dentro del Imperio.

El proceso cognitorio se caracteriza por su carácter público y estatal. Se llamó procedimiento extraordinario porque no aparecía la típica bipartición que había sido desde los orígenes de Roma propia del orden o estructura de los juicios privados.

En el procedimiento cognitorio los jueces-funcionarios ordenaban el proceso por entero en una sola fase.

Comenzó a ser utilizado en el principado con carácter extraordinario, distinguiéndose un *ius extraordinarium* frente a un *ius ordinarium*. En Italia, a partir de Augusto, las reclamaciones fideicomisarias, tutelas, testamentos y algunas más, se sustanciarán ante funcionarios llamados jueces.

En provincias el único procedimiento conocido fue el extraordinario, ya que el utilizado no era propiamente el romano, actuando como jueces el gobernador o un *iudex datus* (no elegido por las partes), o un delegado llamado juez pedáneo que conocía íntegramente el proceso y dictaba sentencia.

La extraordinaria cognitio fue penetrando inexorablemente en los procesos romanos. El mundo provincial influyó en el derecho romano a través de varias concepciones: El concepto de ordenamiento jurídico, la organización de la administración, la justicia confiada a funcionarios expertos, en suma, aspectos que hoy en día se llamarían de derecho público.

El procedimiento formulario había desaparecido prácticamente cuando fue suprimido oficialmente, en el año 342 por una Constitución de Constancio y Clemente.

El procedimiento anterior a Constantino y el procedimiento cognitorio oficial post-clásico presentan diferencias profundas en algunos aspectos fundamentales e incluso Justiniano introdujo algunos cambios.

Al concentrar el príncipe todas las funciones los jueces-funcionarios actúan en su representación:

- El *praefectus pretorio* sustituye al príncipe en todas las apelaciones que se suscitan en el Imperio.
- El *praefectus urbi* es juez de apelaciones en Roma.
- El *vicarius in urbe* actúa en nombre del emperador en primera instancia.
- El *praefectus annonae* actúa en causas civiles y criminales, relacionadas con el orden en la ciudad.

La cognitio representa una nueva etapa y la última en la historia del Derecho procesal romano. En la cognitio desaparece el rasgo fundamental del Ordo Iudiciorum

Privatorum y que estaba representado por la bipartición o separación del pleito en 2 fases: *In iure* y *Apud iudicem*.

El proceso en esta última época queda privado de la garantía democrática que para los ciudadanos suponía el laudo arbitral frente al peligro que podía representar el abuso del imperio por parte del magistrado.

A partir de ahora todo el curso del pleito se sigue ante un funcionario del estado del cual emana la sentencia.

La *cognitio Extra ordinem* se fue afirmando y desarrollando lentamente en coexistencia durante mucho tiempo con el proceso formulario. El sistema se fue cada vez extendiéndose más hasta llegar a sustituir completamente el procedimiento formulario como resultado de una larga evolución que culmina en el S III d.C.

Las principales fuentes relativas a la *cognitio* están representadas por las constituciones imperiales recogidas en los códigos Teodosiano y Justiniano.

5.1. Características y categorías

Son caracteres de la *cognitio*:

- * La estatalización del proceso en todas sus fases.
- * La ejecución deja de ser un acto de parte para ser realizada por los órganos del poder judicial o ejecutivo.
- * Desaparece la *Litis contestatio* en cuanto que acuerdo de las partes para aceptar el juicio y que constituía la base de la sentencia judicial en el *ordo ludiciorum privatorum*.
- * Se limita la competencia de los magistrados jurisdiccionales por razón del valer, de la materia y del territorio.
- * Mientras que el proceso del *Ordo* era público y se desarrollaba en el foro a partir de Constantino se desarrolla en la Basílica en un lugar separado del público y el procedimiento se desarrolla en secreto.
- * Mientras el procedimiento del *Ordo* era esencialmente oral, la *cognitio* se desarrolla íntegramente por escrito y las partes no intervienen directamente sino por medio de los *advocati* (abogados).
- * A diferencia del procedimiento del *ordo* que es gratuito, la *cognitio* lleva gastos para las partes, tanto por gastos procesales como por honorarios de abogados que fueron reglados en el edicto de precios de Diocleciano.

Existen diversas categorías:

- a) Para un primer sector de autores su origen reside en la progresiva ampliación de la actividad o de los poderes instructorios desarrollados por el magistrado en la fase *in iure* y en la correlativa reducción o limitación progresiva de los poderes del juez en la fase *apud iudicem*.
- b) Para otro grupo de autores como Luzzato, Torrent y Kaser el origen de la *cognitio* reside en el poder o iurisdictio del *Princeps*.

El procedimiento cognitorio tuvo marcadas diferencias en dos etapas concretas, la época clásica y la postclásica, con los caracteres comunes siguientes:

- La *actio* y la *exceptio* pierden su tipicidad y se convierten en formas comunes de pedir protección jurídica.

- La citación del demandado reviste carácter semioficial.
- Los actores deben presentar las pruebas de que intenten valerse con su escrito de interposición, aunque ambas partes pueden interrumpir el proceso a fin de aportar nuevas pruebas.
- Todo el procedimiento se sustancia en una sola fase.
- El procedimiento se tramita ante magistrados jueces que actúan como delegados del príncipe.
- La sentencia puede ser apelada ante un superior jerárquico.

Una de las características esenciales del proceso de la cognitio se encuentra constituida por la apelación (*appellatio*), que es la impugnación por las partes que intervienen en un juicio de la resolución dictada por un juez o tribunal ante el juez o tribunal superior de jerarquía.

Las partes pedían enunciar su propósito de apelar bien oralmente al conocer la sentencia o por escrito.

El magistrado del orden superior que conocía de la apelación admitía nuevas pruebas y podía, aun cuando no lo solicitase el apelado, emitir una sentencia más desfavorable para el apelante que la dictada por el juez inferior, así como imponer penas pecuniarias accesorias al apelante temerario.

Los particulares, una vez terminado el juicio, podían someterlo a alta revisión, hecha por el emperador. Antes, en el sistema formulario, uno solo podía poner en cuestión un fallo defendiéndose al ser demandado en la consecuente *actio iudicati*. Ahora, en cambio, contra toda sentencia que no fuera en contumacia se podía apelar a una nueva autoridad superior, que volvía a examinar la causa.

Además, aparece la apelación y se amplían las cuestiones probatorias: aparece la prueba informativa (a través de informes escritos) y las presunciones:

- Presunciones *luris Tantum*: hasta que se demuestre lo contrario. Por ejemplo, en el tránsito se establece que quien viene por la derecha tiene prioridad, pero si viniera pasando un semáforo en rojo, esto se consideraría una prueba contraria.
- Presunciones *luris Ete lure*: no admiten prueba en contrario. Por ejemplo, cuando se emite el boletín oficial, se presume que todos lo han leído y tomado conocimiento de sus contenidos.

5.2. La tramitación del proceso *extra-ordinem*

a) *La citación del demandado:*

La *in ius vocatio* del procedimiento formulario constituía un acto privado. Ahora se convierte en un acto semioficial, al poder seguir citando al demandado en forma privada, *denuntiatio*, o bien poder solicitar la orden judicial de comparecer, *evocatio*.

La *evocatio* debe ser realizada en debida forma para que pueda ser apreciada una posible contumacia, que no paraliza el juicio al poder resultar de ella un edicto perentorio (el que da el *edicto peremptorium conmina* con que conocerá y fallará aun estando ausente la parte contraria). Tres *denuntiationes* producen el mismo efecto, salvo causa justificada de la incomparecencia.

Para que la *evocatio* sea realizada en forma, la parte demandante debe aportar las pruebas de que intente valerse con su escrito de demanda; sin embargo,

para garantizar el derecho del demandante y por la necesidad de que el juez tenga un conocimiento completo, a fin de establecer la verdad material, se introdujeron en el procedimiento las *dilationes*: interrupciones del litigio con objeto de que la parte demandante aportara pruebas que no tuvo en su poder al presentar la demanda. Estas *dilatatio litis* también se extendieron a la parte demandada, con lo que se tradujeron en retrasos del proceso, motivo por el que se limitó su número.

b) *La comparecencia ante el magistrado y la litis contestatio*:

Ante el juez, los actores exponen oralmente las alegaciones que figuraban en sus escritos; las acciones y excepciones forman parte de estas alegaciones.

Las excepciones siguen llamándose dilatorias y perentorias, aunque las primeras solo pueden exponerse al comienzo del litigio.

La *pluris petitio* no produce la pérdida del litigio, como sucedía en el procedimiento formulario, aunque puede causar la disminución en la condena pretendida.

Aún se pueden utilizar las *interrogaciones in iure*, con el fin de que la parte demandante compruebe la legitimación procesal del demandado.

De la contraposición entre las alegaciones de los actores, *narratio* del demandante y *contradictio* del demandado, surge la *litis contestatio*, momento procesal en el que las partes fijan definitivamente su litigio ante el juez.

c) *La prueba*:

- Confesión de los litigantes: A petición de uno de los actores. Puede ser bajo juramento decisorio, en cuyo caso el que la solicitó debe aceptar como verdad lo dicho o bajo juramento indecisorio, en cuyo caso constituye solo un medio de prueba más a ser tenido en cuenta por el juez.
- Testigos: Resulta ser una prueba menor, su comparecencia es obligatoria cuando ha sido propuesto por alguna de las partes.
- Prueba documental: Prevalece sobre la testifical. Los documentos oficiales hacen prueba plena. Los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos si están firmados por tres testigos.
- Prueba pericial: Continúa utilizándose el dictamen de expertos o peritos.
- Presunciones: Son dispensas de prueba que se introducen en el procedimiento extraordinario, si los hechos sobre los que versan ya han sido probados. Las presunciones son *iuris et iure* cuando contra la presunción no se admite ninguna prueba e *iuris tantum* cuando la presunción es admitida en tanto en cuanto no sea destruida por otra prueba.

Los principios que rigen la prueba son los mismos del procedimiento formulario:

- La prueba versa sobre los hechos.
- La prueba debe ser aportada por los litigantes.
- El juez aprecia libremente la prueba.

d) *La sentencia:*

Se dicta por escrito y es leída oralmente a las partes en audiencia pública.

En el procedimiento formulario la sentencia absolvía o condenaba al demandado a una pena pecuniaria; en el procedimiento extraordinario, todos los actores pueden resultar condenados bien a una pena pecuniaria o a entregar una cosa, exhibirla o cumplir una determinada actividad.

Una constitución del emperador Zenón, en el año 487, impone la condena en costas al perdedor.

La sentencia da lugar al estado de *res iudicata*.

e) *Impugnación y ejecución de la sentencia:*

El recurso de apelación se introdujo con el fin de corregir la injusticia y la iniquidad de los jueces.

Las partes tienen el derecho de impugnar (*appellatio*) la primera sentencia ante el mismo tribunal que la dictó, bien verbalmente o por escrito, mediante el llamado libelo apelatorio, en un plazo de dos a diez días; si no se recurría, la sentencia era firme a partir de transcurrido el plazo de apelación y daba lugar al procedimiento ejecutivo. También se podía recurrir ante un magistrado de rango superior facultado para realizar un completo y nuevo examen de la controversia, con independencia del derecho pretendido. El apelante perdedor debía abonar el cuádruplo de las costas procesales.

La *restitutio in integrum* tiene, en el caso del procedimiento extraordinario, un carácter más amplio que en el formulario. Puede darse en los casos que la sentencia haya sido pronunciada a través de medios de prueba falsos, con dolo, miedo o error.

f) *Ejecución de la sentencia:*

La ejecución de la sentencia sobre la persona del deudor ha desaparecido en esta época y sobre el patrimonio total solo se da en casos excepcionales ante una pluralidad de acreedores; la prisión es una medida de carácter coercitivo para asegurar el pago de la deuda.

El ejecutante dispone de la *actio iudicati* para promover la sentencia; ante el impago, el embargo de los bienes es realizado por funcionarios especiales. Sigue siendo posible la *cessio bonorum* por parte del ejecutado.

6. EL PROCESO COGNITORIO POSCLÁSICO

El ocaso de la época clásica viene definido sobre los años 235 a 284. La reorganización administrativa de Diocleciano cambia totalmente el procedimiento extraordinario, convirtiéndolo en ordinario y único.

Después de la caída del Imperio de occidente, el Derecho clásico se ve continuado en la labor legisladora de Justiniano.

En el procedimiento cognitorio, los órganos administrativos son también órganos judiciales: El gobernador provincial preside el tribunal provincial que funciona en primera instancia, los vicarios de las diócesis, el prefecto del pretorio y por último el emperador; en las capitales, Roma y Constantinopla, decide en primera instancia el

praefectus urbi. Los magistrados municipales actúan como sus representantes en todo el Imperio.

Aparece el defensor civitatis, protector de la población ante los abusos de los funcionarios.

6.1. Tramitación

En relación con la extraordinaria cognitio, el procedimiento cognitorio postclásico introduce las siguientes variantes:

- a) Citación del demandado:
- No puede ser hecha sino después de haberla solicitado de la autoridad competente.
 - No hay citación privada.
 - La remisión del escrito de la litis denuntatio es obligatoria.
 - El uso de las dilaciones exige el pronunciamiento del juez y está excluido en las causas ante el emperador; en el procedimiento por rescripto solo se pueden utilizar después de verificada su edición imperial.
 - El demandado dispone de cuatro meses para contestar a la demanda, seis si se trata de un particular.

La demanda será llamada *libellus conventionis* y deberá ser acompañada de copias; en ella se exponen los hechos en que el demandante fundamenta su derecho y las alegaciones jurídicas pertinentes, con la súplica de que se dé traslado del escrito al demandado por medio del *executor*, órgano ejecutivo, y sea citado ante el magistrado; el demandante, además se compromete a llevar a cabo la *litis contestatio* en el plazo de dos meses y a pagar los gastos procesales en caso de que la demanda no prospere.

Si el magistrado concede la acción, que ahora se denomina «admite a trámite la demanda», ordena que se dé traslado a la parte contraria y se la cite para que comparezca ante el tribunal; la notificación la efectúa el *executor*.

El demandado contesta a la demanda (*libellus contradictionis*) y se compromete a acudir ante el tribunal presentando fiadores, si no puede presentarlos por tratarse de una humilis persona, el magistrado puede ponerle en prisión.

- b) *Comparecencia ante el magistrado:*

Si el demandado no comparece, el proceso continúa en rebeldía del demandado y este no podrá apelar en caso de que pierda.

Cuando los litigantes comparecen ante el magistrado, reproducen sus alegaciones en un debate oral con la intervención de sus abogados.

Las excepciones perentorias y perpetuas pueden ser formuladas en cualquier momento procesal e incluso en la apelación.

- c) *Prueba:*

Los medios de prueba son los mismos del procedimiento extraordinario del período clásico, pero ahora rigen los principios inquisitivos, por medio del cual el juez puede investigar o traer toda clase de pruebas y de prueba tasada, por el que el juez no puede valorar libremente la prueba.

La prueba documental se convierte en decisiva y continua vigente el sistema de presunciones del procedimiento extra ordinem.

d) *Sentencia y ejecución:*

Las características generales de la sentencia son las mismas que las del procedimiento extraordinario.

Aparecen en el Imperio, sobre todo en Egipto, las prisiones particulares para los deudores; el emperador Zenón, en el año 486, las prohíbe mediante un rescripto.

7. EL PROCEDIMIENTO POR *RESCRIPTIO* DEL PRÍNCIPE

El rescripto imperial podía producirse de dos formas:

1. Cualquier particular podía solicitar del emperador la resolución de controversias de especial o difícil interpretación. Algunas veces el emperador remitía la causa a un magistrado con instrucciones de cómo debía examinar los hechos.

Las fuentes jurídicas, sobre todo el Código de Justiniano, contienen gran número de esta clase de rescriptos imperiales (precedentes), en respuesta a la solicitud (*preces*) de los interesados. El rescripto del emperador tenía un valor definitivo (jurisprudencia consolidada).

2. Cualquier magistrado podía deferir la controversia al tribunal imperial, solicitando una *consultatio*. Las partes aportaban sus propias alegaciones y todo la causa era remitida al emperador.

El rescripto tenía un valor definitivo.

8. AUDIENCIA EPISCOPAL

A partir del siglo III, en las comunidades cristianas se designaba al obispo como árbitro de las controversias. Una constitución de Constantino del año 381, autorizaba a que las partes abandonen un litigio de causa pendiente para someterla a la decisión episcopal, de carácter ejecutivo y, en principio, inapelable.

Justiniano otorgó la posibilidad de apelar ante el juez laico en el plazo de diez días; si la decisión de ambos jueces coincidía era inapelable, en caso contrario la decisión del laico era apelable ante un magistrado superior.

APÉNDICE

I. CRONOLOGÍA HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

1.1. LA MONARQUÍA

AÑO: 753 a.C.

- Fundación de Roma por Rómulo y Remo.
- Rómulo, primer rey.

Organización Política:

- Rey, Senado, Comicios por Curias.
- Establece la primitiva organización dividiendo a los ciudadanos en tres tribus y treinta curias, crea el Senado.

AÑO: 714 a.C.

- Numa Pompilio, segundo rey, organiza la religión.

Historia del Derecho:

- Derecho consuetudinario

AÑO: 673 a.C.

- Tulio Hostilio, tercer rey, invade y destruye Alba Longa, principal ciudad del Lacio.

AÑO: 640 a.C.

- Anco Marcio, cuarto rey, consolida el poder militar, funda el Puerto de Ostia.

AÑO: 600 a.C.

- Tarquino el Antiguo, quinto rey, realiza importantes construcciones en la ciudad.

Organización política:

- Aumenta el número de los senadores.

AÑO: 578 a. C.

- Servio Tulio, sexto rey. Organización Política:

Reforma serviana: distribución de los ciudadanos en cinco clases; inicio del comicio por centurias, establecimiento del censo, introducción de la moneda.

AÑO: 534 a. C.

- Tarquino el Soberbio, séptimo y último rey.

AÑO: 510 a. C.

- Expulsión de Tarquino el Soberbio.

1.2. LA REPÚBLICA

AÑO: 509 a. C.

- Establecimiento de la República con el lema SPQR (Senatus Populus - Que Romanus, el Senado y el pueblo romano).

Organización Política:

- Magistrados, senado, comicios (por curias, por centurias y por tribus).

AÑO: 594 a. C.

- Secesiones de la plebe AÑO: 451- 449 a. C. Historia del Derecho:

- Ley de la XII Tablas.

AÑO: 390 a. C.

- Invasión de los galos

AÑO: 304 a. C.

Historia del Derecho:

- Cneo Flavio publica las fórmulas procesales (*Ius Flavianum*) AÑO: 287 a. C.

Historia del Derecho:

- Ley Hortensia, les da carácter de ley a los plebiscitos.

AÑO: 264-241a. C.

- Primera guerra púnica

AÑO: 218-201a. C.

- Segunda guerra púnica.

AÑO: 204 a. C.

Historia del Derecho:

- Sexto Elio Peto publica la Tripertita (*Ius Aelianum*)

AÑO: 150 a. C. Historia del Derecho:

- Ley Aebutia, de procedimiento.

AÑO: 149-146 a. C.

- Tercera guerra púnica, destrucción de Cartago.

AÑO: 71a. C.

- Levantamiento de Espartaco.

AÑO: 60 a. C.

Organización Política:

- Primer triunvirato (Julio César, Pompeyo y Craso) AÑO: 49 a. C.
- Julio César cruza el Rubicón con su ejército, oponiéndose al Senado.

AÑO: 48 a. C.

- Guerra contra Pompeyo, muerte de este y triunfo de Julio César.

AÑO: 44 a. C.

- Asesinato de Julio César. AÑO: 43 a.

C. Organización Política:

- Segundo triunvirato (Octavio, Marco Antonio y Lépido)

AÑO: 31 a. C.

- Octavio derrota a Marco Antonio y Cleopatra en la batalla de Accio.

AÑO: 27 a. C.

- Fin de la República y comienzo de la primera fase del Imperio.

Organización Política:

5. Octavio se convierte en el primer emperador con el título de Augusto.

1.3. PRINCIPADO O DIARQUÍA

AÑO: 17 a. C.

Historia del Derecho:

- Ley Iulia, de procedimiento.

AÑO: 12 a. C.

- Augusto es proclamado pontífice máximo.

AÑO: 2 a. C.

Historia del Derecho:

- Ley Fufia Caninia, sobre manumisiones.

Nacimiento de Cristo

AÑO: 4 d. C. Historia del Derecho:

- Ley Aelia Sentia, sobre manumisiones.

AÑO: 9 d. C.

Historia del Derecho:

- Leyes Iulia y Papia Poppaea (Legislación caducaria).

AÑO: 19 d. C.

- Ley Iunia Norbana, sobre los latinos junianos.
- AÑO: 64 d. C.
- Incendio de Roma, Nerón culpa a los cristianos, se inician las persecuciones.

AÑO: 70 d. C.

Historia del Derecho:

- Senadoconsulto Macedoniano, sobre el mutuo y los hijos de familia.

AÑO: 79 d. C.

- Erupción del Vesubio y destrucción de Pompeya y Herculano.

AÑO: 130 d. C. Historia del Derecho:

- Adriano promulga el Edicto Perpetuo mediante un senadoconsulto.

AÑO: 134 d. C.

Historia del Derecho:

- Senadoconsulto Tertuliano, sobre sucesiones.

AÑO: 146 d. C.

- Nace Papiniano en Emesa, Siria.

AÑO: 161 d. C.

Historia del Derecho:

- Gayo publica sus Instituciones

AÑO: 170 d. C.

- Nace Ulpiano en Tiro, Fenicia.

AÑO: 178 d. C.

Historia del Derecho:

- Senadoconsulto Orficiano, sobre sucesiones.

AÑO: 212 d. C.

Historia del Derecho:

- Constitución Antoniniana, por la cual Caracalla otorga la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio.

AÑO: 235 d. C.

- Muerte de Alejandro Severo

AÑO: 239 d. C.

Historia del Derecho:

- Se crea la Escuela de Berito

1.4. IMPERIO ABSOLUTO

AÑO: 284 d. C.

- Diocleciano asume el poder como emperador absoluto.

Organización Política:

- Con fines administrativos divide el imperio en dos regiones, gobernadas cada una por un Augusto y un César; a este sistema se le conoce como tetrarquía.

AÑO: 295 d. C.

Historia del Derecho:

Código Gregoriano

AÑO: 313 d. C.

- Constantino acepta el cristianismo (Edicto de Milán)

AÑO: 324 d. C.

Historia del Derecho:

- Código Hermogeniano.

AÑO: 330 d. C.

- Constantino funda Constantinopla en la antigua ciudad de Bizancio.

AÑO: 386 d. C.

Historia del Derecho:

- Constitución Valentiniana, sobre sucesiones.

AÑO: 395 d. C.

Organización Política:

- Teodosio I divide el Imperio entre sus hijos; otorga a Arcadio, la parte Oriental y a Honorio la Occidental.

AÑO: 410 d. C.

- Alarico saquea Roma.

AÑO: 425 d. C.

Historia del Derecho:

- Se crea la Escuela de Constantinopla.

AÑO: 426 d. C.

Historia del Derecho:

- Ley de Citas, compilación de jurisprudencia.

AÑO: 438 d. C. Historia del Derecho:

- Código Teodosiano.

AÑO: 476 d. C.

Organización Política:

36 Caída del Imperio Romano de Occidente en manos del rey bárbaro Odoacro.

AÑO: 498 d. C.

Historia del Derecho:

- Constitución Anastasiana sobre sucesiones.

AÑO: 503 d. C.

Historia del Derecho:

- Edicto de Teodorico

AÑO: 506 d. C.

Historia del Derecho:

- Ley Romana de los Visigodos o Breviario de Alarico.

AÑO: 516 d. C.

Historia del Derecho:

- Ley romana de los borgotiones.

AÑO: 527 d. C.

- Justiniano emperador de Oriente.

Historia del Derecho:

- Época del Derecho justiniano.

AÑO: 528 d. C.

Historia del Derecho:

- Se inicia la compilación justiniana bajo la dirección de Triboniano.

AÑO: 529 d. C.

Historia del Derecho:

- Publicación del Primer Código de Justiniano, conocido como código viejo.

AÑO: 533 d. C.

- Se consolida el imperio de Justiniano.

Historia del Derecho:

- Publicación de las Instituciones y el Digesto

AÑO: 534 d. C.

Historia del Derecho:

- Publicación de la segunda edición del Código o Código nuevo. MO: 565 d. C.
- Muerte de Justiniano.

II. REYES ROMANOS

Rey

- Rómulo
- Numa Pompilio

Periodo de Gobierno

753-715 a.C.
715-676 o 672

• Tulio Hostilio	673-641
• Anco Marcio	641-616
• Lucio Tarquino Prisco	616-578
• Servio Tulio	578-534
• Tarquino el Soberbio	534-510

III. EMPERADORES ROMANOS DESDE AUGUSTO HASTA JUSTINIANO

Emperador	Periodo de Gobierno
• Augusto	27 a.C. - 14 d.C.
• Tiberio	14 - 37
• Calígula	37 - 41
• Claudio I	41 - 54
• Nercin	54 - 68
• Galba	68 - 69
• Otón	69
• Vitelio	69
• Vespasiano	69 - 79
• Tito	79 - 81
• Domiciano	81 - 96
• Nerva	96 - 98
• Trajano	98 - 117
• Adriano	117 - 138
• Antonino Pio	138 - 161
• Marco Aurelio	161 - 180
• Cómodo	180 - 192
• Pertinax	193
• Didio Juliano	193
• Septimio Severn	193 - 211
• Caracalla	211 - 217
• Macrino	217 - 218
• Heliogábalo	218 - 222
• Alejandro Severa	222 - 235
• Maximino	235 - 238
• Gordiano I	238

• Gordiano II	238
• Balbina	238
• Pepino	238
• Gordiano III	238 - 244
• Filipo	244 - 249
• Decio	249 - 251
• Gala	251- 253
• Erniliano	253
• Valeriano	253 - 259
• Galieno	259 - 268
• Claudio II	268 - 270
• Aureliano	270 - 275
• Tacito	275 - 276
• Florianio	276
• Probo	276 - 282
• Caro	282 - 283
• Carino	283
• Diocleciano	284 - 305
• Constancio Cloro	305 - 306
• Severn	306
• Galerio, Constantino I y Majencio	307 - 312
• Constantino I, El Grande	312 - 337
• Constantino II	337 - 340
• Constante	340 - 350
• Constancio	350 - 361
• Juliano el Apostata	361 - 363
• Joviano	363 - 364
• Valentiniano I	364 - 375
• Valente	375 - 378
• Graciano	378 - 383
• Valentiniano II	383 - 392
• Teodosio I	392 - 395

DIVISION DEL IMPERIO

Emperadores de Occidente	Periodo de Gobierno
• Honorio	394 - 423
• Valentiniano III	423 - 455
• Máximo	455
• Avito	455 - 456
• Mayoriano	457 - 461
• Libio Severn	461 - 465
• Sin emperadores	465 - 467
• Antemio	467 - 472
• Olibrio	472
• Glicerio	473 - 474
• Julio Nepote	474 - 475
• Rómulo Augústulo	475 - 476

Caída del Imperio Romano de Occidente

Emperadores de Oriente	Periodo de Gobierno
• Arcadio	395 - 408
• Teodosio II	408 - 450
• Marciano	450 - 457
• León I	457 - 474
• León II	474
• Zenón	474 - 491
• Anastasio I	491 - 518
• Justino I	518 - 527
• Justiniano I, El Grande	527 - 565

Los emperadores de Oriente se sucedieron hasta la caída de Constantinopla en 1453.

IV. PRINCIPALES JURISCONSULTOS ROMANOS

SIGLO II a.C.

- Sexto Elio Peto.
- M. Porcio Catón.

SIGLO I a.C.

- Quinto Mucio Escevola.
- Aquilio Galo.

- Servio Sulpicio Rufo.
- Alfeno Varo.

SIGLO I d. C.

- Marco Antistio Labeón (fundador de la Escuela Proculeyana).
- Ateyo Capitein (fundador de la Escuela Sabiniana).
- Masurio Sabino.
- Casio Longino.
- Próculo.
- Coceyo Nerva, Padre.
- Coceyo Nerva, Hijo.
- Pegaso.
- Javoleno Prisco.
- Neracio Prisco.
- Celso, Padre.

SIGLO II d.C.

- Celso, Hijo.
- Salvio Juliano.
- Sexto Pomponio.
- Sexto Cecilio Africano.
- Gayo.
- Florentino.

SIGLO III d.C.

- Q. Cervidio Escevola.
- Emilio Papiniano.
- Calistrato.
- Tertuliano.
- Julio Paulo.
- Domicio Ulpiano
- Marciano.
- Modestino.

SIGLO IV d.C.

- Gregorio.
- Hermógenes.

SIGLO V d.C.

No se conoce el nombre de ningún jurista destacado. SIGLO VI d.C.

- Triboniano, Teófilo y Doroteo, principales realizadores de la compilación Justiniana.
- Juliano, último gran jurista justiniano.

V. TRIBUNOS DE LA PLEBE EN LA REPÚBLICA

Tribunos	Periodo de Representacion
• Icilius	493 a.C.
Junius Brutus	
C. Licinius	
P. Licinius	
L. Sicinius Bellutus	
G. Viscellius Ruga	
• Sp. Sicinius	492
• L. Sicinius Bellutus	491
M. Decius	
• C. Rabuleius	486
P. Mucius Scaevola	
• C. Maenius 483	
• Sp. Icilius	481 Sp. Licinius
Ti. Pontificius	
• Q. Considius	476 T. Genucius
• T. Status	475 L. Caedicius
• Cn. Genucius	473
• Volero Publilius	472
• C. Laetorius	471 Volero Publilius
• Sp. Icilius	470
L. Mecilius	
M. Duilius	
L. Numitorius	
Cn. Sicinius	
• C. Terentilius Harsa	462 S.
Titius	
• M. Volscius Fictor	461
A. Verginius	
• A. Verginius	457
• L. Alienus	456-5 L. Icilius

• C. Calvius Cicero	454
L. Siccius Dentatus	
• C. Apronius	449
M. Duilius	
L. Icilius	
P. Numitorius	
C. Oppius	
M. Pomponius	
C. Sicinius M. Titinius	
L. Verginius Ap. Villius	
• A. Aternius Varus	448
Sp. Tarpeius Montanus	
L. Trebonius Asper	
• C. Canuleius	445
C. Furnius	
• Poetelius	442-1
• Q. Caecilius	439
Q. Iunius	
Sex. Titinius	
• Sp. Maelius	436
• C. Iunius	423
• Ti. Antistius	422
M. Asellius	
L. Hortensius	
Spurillius	
Sex. Tempanius	
• A. Antistius	420
M. Canuleius	
Sex. Pompilius	
• Sp. Maecilius	416
M. Metilius	
• L. Decius	415
• M. Sextius	414
• L. Icilius	412

• M. Menenius	410
• L. Icilius	409
• Icilius	409-2
• Icilius	409-3
• M. Acutius	401
Curiatius	
C. Lacerius	
M. Metilius	
M. Minucius	
Cn Trebonius	
• Q. Pomponius	395-4
L. Verginius	
• T. Sicinius	395-3
• L. Appuleius	391
• Cn. Marcus	389
• L. Sicinius	387
• Menenius	384
Q. Publilius	
• C. Licinius Stolo	376-67
L. Sextius Lateranus	
• M. Pomponius	362
• C. Poetelius Libo	358
C. Poetelius	
• Duilius	357
• L. Menenius	357
• L. Genucius	342
• M. Flavius	327
• M. Flavius	323
• L. Livius	320
Q. Maelius	
Ti. Numicius	
• M. Antistius	319
• L. Cominius	313
• Ovinius	312

• L. Atilius	311
M. Decius	
• C. Marcius Rutilus	310
P Sempronius Sophus	
• L. Furius	308
• Cn. Flavius	305
• Cn. Ogulnius	300
Q. Ogulnius Gallus	
• M. Curius Dentatus	298
M. Scantius	293

VI. VIDA Y OBRA DE GRANDES PERSONAJES ROMANOS

6.1. CAYO JULIO CÉSAR

VIDA:

Cayo Julio César (100-44 a.C.) era de una familia patricia de escaso patrimonio y poco relieve político, aunque hacía remontar sus orígenes a Eneas (y, por tanto, a la misma diosa Venus) y Anco Marcio. Su relación con los *populares* le venía de su parentesco con Mario casado con Julia, una tía suya. Al parecer, durante su juventud llevó una vida disipada lo que le dio fama de hombre de mundo durante toda su vida.

Permaneció en Asia durante la dictadura de Sila y a la muerte de este, regresó a Roma para entrar en política apoyado por los *populares*. Escaló todos los puestos de *cursus honorum* con la ayuda de Craso, con quien se endeudó para sufragar sus campañas. Su ambición política lo llevó a confabularse en el año 60 a.C. con otros dos personajes, ambiciosos como él: Pompeyo y Craso; juntos formarían el llamado Primer Triunvirato. *Craso* había apoyado a Sila y se había beneficiado de las proscripciones y confiscaciones de la dictadura, convirtiéndose en el hombre más rico de Roma. *Pompeyo* también era rico y, además, disponía de prestigio, influencias y agentes a su servicio y, sobre todo, estaba resentido con el senado, que no había querido conceder tierras a los soldados veteranos de su ejército privado; *César* se había comprometido, si accedía al consulado, a concedérselas.

En el año 59 a.C. los objetivos del triunvirato comenzaron a cumplirse. César fue nombrado cónsul y con sus leyes, que recogían el espíritu de aquellas de los Gracos, hizo que los veteranos de Pompeyo, así como los romanos más pobres, recibieran tierras del *ager publicus*. Esto le dio gran popularidad entre la plebe. Al término de su mandato, el propio César logró el gobierno como procónsul de las Galias Cisalpina y Narbonense por cinco años.

El pacto del 60 a.C. fue renovado en el 56; entonces se fijó un reparto de zonas de influencia entre los triunviros para cuando Craso y Pompeyo obtuvieran el consulado con el apoyo de César (55 a.C.): Oriente sería para Craso, Roma e Hispania para Pompeyo y César seguiría en las Galias. El pacto debía durar cinco años.

Con Craso y César fuera de Roma, Pompeyo quedó como amo absoluto. Craso murió en el 53 a.C., luchando contra los partos, y el triunvirato quedó disuelto. El senado nombró a Pompeyo cónsul único (con poderes de dictador) para reprimir el caos reinante en Roma a causa de los enfrentamientos entre las bandas partidarias de los *populares* y de los *optimates*.

En el 49 a.C., César aspiraba a un nuevo consulado para el año siguiente, pero hasta entonces, si quería estar a salvo de sus enemigos, necesitaba que se le prorrogara su mandato proconsular en la Galia. El senado rechazó su petición y le conminó a licenciar sus legiones de la Galia y a regresar a Roma como un simple ciudadano, a lo que César se negó.

En un gesto que lo situaba fuera de la ley, César penetró con sus tropas en Italia, cruzando la frontera por el río Rubicón, que señalaba el límite de su jurisdicción. El senado encargó a Pompeyo la defensa de la República y así se inició una nueva guerra civil.

En poco tiempo Italia cayó en poder de César; Pompeyo se retiró a Grecia, pero no vencido; contaba con fuerzas en África y en Hispania, que podían decidir la guerra a su favor. César derrotó a los legados pompeyanos de Hispania (Varrón, Petreyo y Afranio) en la *batalla de Lérida (Ilerda)*. Después trasladó sus legiones por mar hasta Grecia, donde derrotó al mismo Pompeyo en *Farsalia* (48 a.C.).

César persiguió a Pompeyo hasta Egipto, pero allí este fue asesinado por un sicario de Tolomeo, rival de Cleopatra en la disputa dinástica (César intervendría en el conflicto en favor de Cleopatra). Venció a los partidarios de Pompeyo en Egipto (batalla de Tapso, 46 a.C.) y luego, definitivamente, en Hispania (batalla de Munda, 45 a.C.).

Finalizada la guerra civil, César se convirtió en soberano indiscutible de Roma, de Italia y de todo el Mediterráneo. La base de su autoridad consistía en la acumulación en su persona de poderes que anteriormente habían estado repartidos entre diversas magistraturas.

Los rumores de que quería hacerse proclamar rey dieron pie a que se formara una conjura de republicanos, dirigidos por *Gayo Casio Longino* y *Marco Junio Bruto*. Los conjurados lo asesinaron en el senado el 15 de marzo del año 44 a. C. (el día de los *Idus* de marzo, según el calendario romano).

OBRA:

En lo que atañe a su faceta literaria, por los escasos restos conservados sabemos que sus inquietudes abarcaron diversos géneros: retórica, epistolografía, poesía, etc.; pero para nosotros destaca sobre todo como historiador cuya obra tiene un carácter singular dentro del género.

César se vio inclinado hacia las letras desde muy joven, aunque es poco lo que se ha conservado fuera de sus obras históricas. Escribió obras sobre gramática; sabemos que fue un gran orador, comparable a Cicerón, al decir de Quintiliano, y que también tanteó la poesía. Desde luego, su labor literaria no puede ser juzgada si no es a la luz de su labor como político y estadista; él concebía la literatura ya como entretenimiento, ya como una herramienta política al servicio de sus intereses.

En este sentido hay que considerar las monografías que bajo el título genérico de Comentarios (*Commentarii*) se conservan: La Guerra de las Galias (De Bello Gallico, en siete libros) y La Guerra Civil (De Bello Civili, en tres libros). Son verdaderos *diarios*

de campaña con los que trata de justificar su actitud ofreciendo su propia versión de los hechos.

Sin embargo, la indudable naturaleza «panfletaria» que hoy podría asignárseles a estas obras, debe ser matizada. Realmente su público lector debió ser muy reducido.

La Guerra de las Galias narra en tercera persona las campañas que el propio César dirigió para la conquista de las Galias, durante el desempeño de su poder proconsular (entre los años 58-52 a.C.); la segunda obra narra, también en tercera persona, los sucesos ocurridos durante la guerra librada entre César y su rival, Pompeyo (años 49-48 a.C.).

César se basó en sus propias observaciones, en los informes de sus oficiales y, seguramente en fuentes escritas anteriores para completar posibles lagunas. La redacción de los *Commentarii* produce la sensación de espontaneidad y objetividad propia de los informes militares. Se ha especulado con la posibilidad de que estuviese proyectando una obra histórica de mayor alcance, y, en consecuencia, los *Commentarii* podrían formar parte de la documentación de esa hipotética obra. La impresión de sencillez discursiva no es más que un efecto buscado por César, bajo el cual subyace la cuidada elaboración de un artista de la lengua latina; predomina la claridad expositiva, pero claridad no es sinónimo de vulgaridad. Pasajes de estilo descriptivo se combinan con escenas dramáticas, realzadas con el empleo ocasional de discursos directos. Otro recurso narrativo propio de los historiadores es usado por César: las digresiones, sean geográficas, etnográficas o técnicas. Hay que concluir que, pese a su carácter de *diarios de campaña*, César no escribió sus *Commentarii* para su propia autocomplacencia, sino pensando en sus lectores coetáneos, y venideros; tal vez en la idea de que la historia lo juzgaría. A César se le han atribuido otras obras de autoría incierta que pretenden emular sus estilos: *De Bello Alexandrino*, *De Bello Africo*, *De Bello Hispaniensi*.

6.2. MARCO TULIO CICERÓN

VIDA:

Nació en Arpino en el año 106 a.C. de una familia poco conocida, pero acomodada, perteneciente a la clase de los caballeros rurales. Su padre estimaba la formación griega. Realizó sus estudios superiores en Roma, donde conoció a las mentes más preclaras de su época. Era una persona ávida de saber, dotada de una gran inteligencia y agudeza intelectual y con pretensiones de acceder a la vida pública. Su primera formación oratoria llegó con Apolonio Molón de Rodas, que se encontraba a la sazón en Roma, como también ejercería un poderoso influjo sobre su oratoria el famoso Hortensio. Realizó estudios de jurisprudencia y también, desde muy joven, se aplicó al estudio de la filosofía, en la idea de que al orador se le debe exigir *sapientia* filosófica. Entre sus maestros estuvieron el epicúreo Fedro y el académico Filón de Larisa; en Grecia y Asia Menor, a donde viajó para proseguir sus estudios de filosofía recibió enseñanzas del famoso estoico Posidonio y del ecléctico Antíoco de Ascalón.

No le fue fácil acceder a las magistraturas (los *nobiles* lo miraban con cierto desprecio como *homo novus* que era), pero lo hizo, y además, *suo anno*, de lo que no tenía reparos en vanagloriarse.

Fue *questor* en Sicilia el 75 a.C. (los sicilianos apelarían a él por el caso de malversación de fondos protagonizado por Verres en el 70 a.C.), *edil* en el 69 a.C., *pretor* en el 66 a.C., y como tal apoyó a Pompeyo para que se le concediese la ampliación de su mando a toda Asia, lo que le valió a su vez el apoyo de los caballeros, clase de la que él mismo provenía.

Por último, llegó a ser cónsul en el 63 a.C., y en el ejercicio de su cargo descubrió y sofocó una conspiración, la de Catilina (denunciado mediante cuatro discursos, *Catilinariae*), por lo que le fue conferido el título de *paterpatriae*.

En política defendió la *concordia ordinum*, la colaboración armónica de las diversas clases para el sostenimiento de las instituciones republicanas. Pero se granjeó tanto las iras de los *optimates* (conservadores), como de los *populares* (demócratas). Los unos por haber apoyado a Pompeyo, los otros por su dictamen de pena de muerte contra los partidarios de Catilina. Al formarse el triunvirato con Pompeyo, Craso y César, este último buscó la amistad de Cicerón sin conseguirlo, por lo que pagaría las consecuencias: fue desterrado por mediación del tribuno de la plebe Clodio a causa de la ejecución ilegal de ciudadanos romanos (Catilina y sus partidarios) y sus bienes se confiscaron.

En el 57 a.C. regresó a Roma a petición de la Asamblea del pueblo, cargado de escepticismo ante su antigua idea de colaboración entre las clases, que substituyó por la del *consensus omnium bonorum*, reunión de los *nobiles* dignos de llamarse así junto a los hombres de bien, ante todo de la clase de los caballeros. En el año 51 a.C. fue procónsul de Cilicia, donde actuó con justicia e incluso obtuvo algunos triunfos militares contra los partos. Antes de estallar la guerra civil trató de mediar entre los adversarios sin éxito, y durante el transcurso de esta se inclinó por el bando de Pompeyo. Cuando este fue derrotado, César trató a Cicerón con benevolencia. A partir de ese momento se dedicó más a las letras que a la política.

Tras el asesinato de César, Cicerón retornó a la política, apoyando a Octavio y oponiéndose con fuerza a Antonio, pero Octavio le dio la espalda cuando Antonio, contra el que Cicerón había lanzado duras invectivas, pidió su proscripción. En el 43 a.C., partidarios de Antonio lo detuvieron cuando intentaba huir y lo asesinaron.

OBRA:

Cartas

La verdadera personalidad de Cicerón se pone de manifiesto en su correspondencia. Se conservan más de novecientas cartas, parcialmente redescubiertas por Petrarca a mediados del siglo XV. Los temas que abarcan las cartas de Cicerón, privadas o públicas, son muy variados: acontecimientos íntimos o familiares, oficiales, políticos, etc.

Los 16 libros de las *Epistulae ad familiares* (escritas entre el 62 y el 43 a.C.) se agrupan por destinatarios. Ático publicó tras la muerte de Cicerón las *Epistulae ad Atticum*, igualmente en 16 libros (escritas entre el 68 y el 43 a.C.), dispuestos en su mayor parte por orden cronológico. Las *Epistulae ad Quintum fratrem*, en tres libros (escritas entre el 60 y el 54 a.C.), recogen la correspondencia recíproca entre Cicerón y su hermano Quinto. Por último, se conservan algunas cartas de las *Epistulae ad Marcum Brutum*, originalmente recogidas en nueve libros.

Retórica

Cicerón escribió varios tratados de retórica en los que recopilaba todos los conocimientos que había adquirido estudiando la retórica griega e investigando la historia de la oratoria romana, junto con los que había extraído de su experiencia personal como abogado y estadista.

En *De oratore* (acerca de la formación del orador) y *Orator* (retrato del orador ideal) enumera las cualidades innatas que debe reunir un orador: figura, tono de voz, memoria, etc.; a ellas debe añadirse una formación que abarque todos los campos del saber: leyes, historia, filosofía, literatura, etc., y el conocimiento de las técnicas del discurso.

En *Brutus*, obra que recibe el nombre de la persona a la que va dedicada, Cicerón reconstruye la historia de la elocuencia griega y romana.

En *De optimo genere oratorum* trata acerca del mejor tipo de elocuencia. En las *Partitiones oratoriae* se refiere a las divisiones de los discursos. En *Topica* trata sobre los lugares comunes de los discursos.

Discursos

Cicerón puso en práctica sus principios sobre retórica en sus propios discursos, que, publicados en gran número, se convirtieron en obras literarias. Sus secretarios los tomaban taquigráficamente, y después él los retocaba a su conveniencia (aunque de algunos se sabe que nunca llegaron a ser pronunciados). Es en los discursos donde más brilla el genio de Cicerón; gracias a la maestría demostrada en ellos, llegó a la cumbre de la política romana de su tiempo. Se conservan más de cincuenta.

Discursos judiciales

Predominan los de defensa: en favor de amigos, protegidos o simples clientes (*Pro Archia poeta*, *Pro Roscio*, *Pro Murena*, *Pro Milone*...); pero también los hay de acusación: por ejemplo, los discursos *In Verrem* (*Contra Verres*, un *propretor* de Sicilia acusado de abusos y corrupción), conocidos con el título de *Verrinas*.

Discursos políticos

Fueron pronunciados ante el senado o ante la Asamblea del pueblo. Destacan las *Catilinarias*, serie de cuatro discursos famosísimos con los que consiguió abortar la conjuración de Catilina durante el año del consulado de Cicerón (63 a.C.), y las *Filípicas*, 17 discursos con los que intentó frenar la subida al poder de Marco Antonio (antiguo lugarteniente de César) y que serían la causa de su muerte.

Filosofía

Las obras filosóficas ocuparon los últimos años de su vida. Cicerón expone y analiza el pensamiento de la mayoría de las escuelas filosóficas griegas, en especial Academia (Platón), el Liceo (Aristóteles), y la Estoa (estoicos). Sus inclinaciones personales, dentro de su carácter ecléctico, parecen inclinarse hacia el escepticismo académico, mostrándose combativo frente al epicureísmo.

Aunque también asimiló obras de otros pensadores, fue de Platón de quien tomó los títulos, los temas y la forma dialogada para sus tratados políticos *De república* y *De legibus*. En el primero propugna como mejor sistema político el resultante de la fusión de la monarquía, la oligarquía y la democracia; en el segundo trata sobre el Derecho

natural, las leyes sagradas y el orden estatal, así como sobre las funciones propias de los magistrados. La forma dialogada será la que adopte para el resto de su obra filosófica, compuesta en aquellos momentos en que se encontraba alejado de la política.

Tras la muerte de su hija Tulia (45 a.C.), buscó alivio escribiendo una *Consolatio* en la que expone su idea de la inmortalidad del alma. Su dolor le llevó a concebir el proyecto de expresar en lengua latina la forma en que los griegos habían resuelto los problemas más graves del ser humano.

Los demás diálogos que escribió abarcan las partes de la filosofía griega contemporánea: teoría del conocimiento, filosofía de la naturaleza (la *physica* de los griegos), teología, ética y moral, etc. Destacan las obras *De finibus bonorum et malorum* ('Sobre el sumo bien y el sumo mal', contraposición de las teorías epicúreas, estoicas, platónicas y peripatéticas), *De officiis* ('Sobre los deberes', oposición entre lo honrado y lo provechoso), *De natura deorum* (Sobre la naturaleza de los dioses; refutación de la teorías epicúreas), *Cato Maior De senectute* ('Sobre la vejez') y *Laelius De amicitia* ('Sobre la amistad').

El esfuerzo de Cicerón por crear un vocabulario apto para la expresión de temas filosóficos, adaptando muchos términos griegos, sirvió para enriquecer la lengua latina. Además de su valor literario de primer orden, hay que considerar que gracias a las obras filosóficas de Cicerón se conoce el pensamiento de filósofos importantes de su época cuya obra original se ha perdido.

6.3. DÉCIMO JUNIO JUVENAL

VIDA Y OBRA:

Décimo Junio Juvenal (60-129 d.C.), originario de Aquino, en Campania, comenzó a publicar sus obras satíricas ya en edad madura, hacia el año 100, durante reinado de Trajano, bajo el cual se relajó el despotismo imperial. Con anterioridad había declamado en las escuelas de retórica.

Escribió dieciséis sátiras, que publicó personalmente en cinco libros. En ellas lanza violentos ataques contra los vicios de la sociedad de su tiempo y contra los abusos de los emperadores anteriores a Trajano, sobre todo de Domiciano. En las últimas sátiras predomina la predicación moral.

Se definía a sí mismo como un *castigator morum*. Además de los lugares comunes de la censura moralizadora: avaricia, ambición, misoginia, nobleza inepta, etc., Juvenal introduce nuevos elementos para la crítica: el cosmopolitismo de Roma, la degeneración de la cultura, la competencia con los literatos griegos en la captación de benefactores o la proliferación de religiones orientales. Estos elementos surgen más de su moral provinciana que de su escasa ética filosófica.

Juvenal destaca sobre todo por su vigoroso realismo, que desciende hasta los detalles más crueles. Impresiona la pintura de la vida en la disoluta y deshumanizada Roma, la soledad del individuo perdido en medio de una muchedumbre insensible a las preocupaciones ajenas.

Frente a los problemas que critica, sus ideas, teñidas de un ligero estoicismo, son más bien ingenuas: propugna la recuperación de la Roma primitiva idealizada por Cicerón y Tito Livio, el retorno a las aldeas, en las que aún se conservan los valores que hicieron grande a Roma, o la adopción de la vida castrense.

A Juvenal le interesa exponer con crudeza la realidad que caricaturiza; para ello utiliza un lenguaje libre de artificio, que llega a dar impresión de un cierto abandono.

6.4. TITO LIVIO

VIDA Y OBRA

Tito Livio (59 a.C.-17 d.C.) nació en Patavium (act. Padua), en el norte de Italia, pero pasó la mayor parte de su vida en Roma, donde fue tutor del futuro emperador Claudio. Su obra *Historia de Roma desde su fundación (Ab urbe condita)*, conocida también como *Décadas*, era una narración en 142 libros de acontecimientos ocurridos desde la fundación de la ciudad en el 753 a.C. hasta el 9 a.C.

Del total, solo se conservan 35: los libros I-X (relatos semilegendarios sobre los orígenes de la ciudad y sobre la República primitiva, hasta la tercera guerra contra los samnitas); y los libros XXI-XLV (segunda Guerra Púnica y Guerras Macedónicas). El contenido de los libros restantes se conoce a través de fragmentos y de resúmenes (*Periochae, Epitome*) hechos por otros escritores posteriores.

Tito Livio escribió durante el reinado del emperador Augusto, cuando el Imperio romano dominaba el mundo del Mediterráneo. Al escribir su *Historia de Roma* su intención fue doble: por un lado, pretendía demostrar que Roma había sido destinada a la grandeza, incluso desde los días de sus humildes orígenes; por otro, deseaba proporcionar un fondo adecuado para las glorias de la época de Augusto, con cuyos planes de restauración moral de Roma se identificaba plenamente, lo mismo que Virgilio con su obra épica.

Su obra se estructura como un relato lineal y orgánico, es una «historia perpetua». En su base se observan los esquemas de la antigua analística, que utilizaba como fuente y de la que es continuador, pero Livio los emplea para configurar un discurso literario nuevo. En ese discurso se conjugan dos elementos: una historia con pretensiones de veracidad (por lo general rehúsa la conjetura si no dispone de testimonios) y una elaboración artística que recurre a la elocuencia y a la retórica (quiere que su historia sea comparable en estilo y espíritu a la poesía).

Livio logra una dramatización de los hechos, combinando magistralmente los elementos narrativos (en los que se aprecia la influencia de César) con las descripciones, los retratos y los discursos (elaborados según los preceptos ciceronianos), y eludiendo la tosquedad expresiva de los analistas primitivos. Su espíritu estoico lo lleva a idealizar todo lo que ponga de relieve la grandeza de Roma, y a servirse de la *pietas* y la *virtus* para justificar sobre ellas la prosperidad de Roma.

6.5. MARCO VALERIO MARCIAL

VIDA Y OBRA

El epigrama literario alcanzó su más alta cima con Marco Valerio Marcial (40 d.C.-104), que lo cultivó en exclusiva y estableció las características que hoy sirven para definirlo.

Marcial nació en BÍlbilis. Marchó a Roma para completar sus estudios de jurisprudencia, y allí se estableció para pasar la mayor parte de su vida. En Roma se puso como cliente al servicio de los Flavios, Tito y Domiciano, a quienes adulaba y divertía componiendo obras de circunstancias, y de los que recibió algunos honores. Sin embargo, con el advenimiento de Nerva y Trajano cayó en desgracia, a tal punto

que en el año 98, ya pobre y viejo, decidió regresar a su ciudad natal, aceptando la finca que una dama rica, admiradora suya, le regaló .

Marcial había llevado una vida agitada en Roma, cuyos encantos lo sedujeron siempre, pese a la añoranza de su lugar de origen. Hizo una pequeña fortuna que le permitió lograr el rango ecuestre. Allí conoció a Quintiliano, a Plinio el Joven y a Juvenal.

Tenía un extraordinario poder de concentración cómica, similar al de Aristófanes o Plauto, al que se unían su gran capacidad de improvisación, su ingenio agudo y sus dotes de observación. En sus poemas ofrece una visión penetrante de la sociedad y pinta con maestría la vida cotidiana de Roma, con sus chismes, anécdotas y sucesos.

Cataloga diferentes tipos de hombres: el débil, el criticón, el charlatán; sin embargo, y a diferencia de los poetas satíricos, cuando el ataque es grosero designa a sus víctimas mediante seudónimos. En realidad, con su burla mordaz no pretende moralizar, ya que él mismo es un parásito.

Marcial escribió alrededor de 1500 epigramas, editados en quince libros, uno a uno o por grupos, precedidos de un prólogo en verso o en prosa en el que se defiende de los ataques de los autores clasicistas y retóricos, que entonces estaban de moda.

El primer libro, *Liber spectaculorum*, tiene por objeto los festivales circenses de Tito y Domiciano, una de las vivencias que más le atraían de Roma. Los libros XIII y XIV, *Xenia* y *Apophoreta*, recogen los epigramas utilizados para acompañar los regalos que se hacían con ocasión de las fiestas Saturnales. Los doce libros restantes son de temas variados: literatura, sociedad, temas personales, etc.

6.6. PUBLIO OVIDIO NASÓN

VIDA:

Publio Ovidio Nasón (43 a.C.-17 d.C.), nació en Sulmona, en Italia Central, de una familia acomodada de rango ecuestre, a la que incomodaba la afición de su hijo hacia la poesía. Siendo muy joven fue enviado a Roma para estudiar; tuvo como maestros de elocuencia a los gramáticos más afamados de su tiempo: Arelio Fusco y Porcio Latrón. Luego viajó a Atenas, a Asia Menor y a Sicilia. A su regreso a Roma, se introdujo en ambientes intelectuales, pero fuera de los círculos de Mesala y Mecenas. Desempeñó diversos cargos públicos, pero finalmente rechazó la política para dedicarse plenamente a la poesía, en la que vertió su vasta cultura y erudición. Tenía una gran facilidad para componer poesía y alcanzó un inmenso éxito.

Su vida personal y poética está partida por su lamentable condena al destierro. En el año 8 a.C. fue objeto de una acusación, aún no aclarada; Augusto lo envió a Tomos (en la costa occidental del Mar Negro, en la Dacia), y tuvo que abandonar para siempre la familia que había formado, su círculo de amistades y la fama y el éxito que ya conocía como poeta.

Se han aducido dos posibles razones que pudieron motivar la condena de Ovidio por parte de Augusto: haber presenciado algún suceso escandaloso en el seno de la familia imperial; haber publicado su *Ars amandi*, que con sus connotaciones eróticas vulneraba la moral que Augusto pretendía imponer.

Ovidio murió en el destierro, añorando Roma y suplicando angustiosamente a unos y a otros que intercedieran ante el emperador Augusto para que le fuera levantado el castigo.

OBRA:

Podría decirse, de modo general que, exceptuando sus *Metamorfosis*, toda la obra poética de Ovidio es elegíaca, dado que utiliza el dístico elegíaco. Pero aparte de las razones formales, también deben considerarse las temáticas: reservamos la consideración de «elegía pura» para las poesías de carácter subjetivo y amoroso, distinguiéndolas de aquellas que presentan mezcla de otros géneros.

Elegía

La obra propiamente elegíaca de Ovidio está compuesta por *Amores*, escrita en su juventud. Se trata de una colección de poemas elegíacos recogida en tres libros, en la que el poeta canta a Corina, su amada tal vez imaginaria. En sus elegías, expresa sentimientos amorosos más bien convencionales; no se basa en su experiencia personal. Pero Ovidio es un poeta de talento extraordinario, su estilo es brillante y refinado, abundante en recursos retóricos, y por ello consigue evitar la monotonía de una inspiración más superficial que en otros poetas elegíacos.

Epistolografía poética

Esta parte de su obra incluye: *Heroidas*, obra redactada en su juventud y *Tristia* y *Epistulae ex Ponto*, obras del destierro. *Heroidas* se compone de quince epístolas poéticas en dísticos elegíacos. Salvo en el caso de Safo, que escribe una carta a Faón, se trata de cartas dirigidas por heroínas legendarias a sus amados: Penélope a Ulises, Fedra a Hipólito, Dido a Eneas, etc.; se incluyen también entre estas cartas las respuestas de algunos amantes, como la de Paris a Helena. En las *Heroidas*, Ovidio aprovecha al límite el tema amoroso; aunque sea de manera académica y haciendo alarde de su erudición, saca partido de los amores míticos de mujeres abandonadas o alejadas de sus amantes y describe muy bien la psicología femenina.

Tristia (*Tristezas*) es una recopilación de cartas en dísticos elegíacos, distribuidas en doce libros. Por deseo del poeta no aparecen los nombres de los destinatarios de las cartas. *Epistulae ex Ponto* (*Cartas desde el Ponto*) son cuatro libros de cartas poéticas en dísticos elegíacos, dirigidas a su mujer y a sus amigos, para pedirles que intercedan por él ante Augusto. Como en la obra anterior, la mayoría de las cartas está presidida por el tono de lamentación y queja, pero Ovidio es capaz de hacer poesía a partir de su desgracia personal, poesía pura en la que la forma sobrepasa el contenido.

Poesía didáctica

De medicamine faciei feminae (*Sobre el cosmético para el rostro de la mujer*). La temática se adecuaba a los gustos helenísticos que extraían motivos poéticos de cualquier tema.

Ars amatoria o *Ars amandi* (*Arte de amar*), en tres libros, es una obra de didáctica erótica, con la que el poeta se presenta a sí mismo como un *peritus amoris*. Este género tenía precedentes griegos y otros elegíacos latinos, como Tibulo y Propertio, habían introducido normas de comportamiento para los amantes en sus poesías. Pero Ovidio recopila muchos elementos antes dispersos en una obrita ciertamente original. En el primer libro se dan consejos a los hombres sobre cómo conquistar a una mujer; en el segundo, sobre cómo pueden mantener el amor conquistado; el tercer libro ofrece las pertinentes instrucciones para uso de las damas.

En *Remedia Amoris* (*Remedios del amor*) Ovidio pretendía atenuar el efecto que la obra anterior había causado en medios conservadores y oficiales de la sociedad romana, ofreciendo una parodia de poema didáctico, en el que enseñaba a no amar.

Fasti (*Festividades*) era una obra poética de grandes pretensiones que Ovidio dejó inacabada por el destierro. La obra explica las fiestas del calendario romano y las tradiciones y cultos que estaban relacionados con ellas, pero solo se conservan los seis primeros libros (los que comprendían los meses de enero a junio) de los doce previstos.

Poesía épica

La obra más famosa y de mayor trascendencia de Ovidio en la Historia de la Literatura son sus *Metamorphoseon libri* (*Metamorfosis*). Obra difícil de clasificar pues se halla entre la elegía, la poesía épica y la poesía didáctica.

Había comenzado su composición hacia el año 3 a.C. y acabó en el 9 a.C., no mucho antes de su destierro.

Se trata de una epopeya escrita en hexámetros dactílicos en quince libros, en la que siguiendo un orden cronológico se relata todos los mitos griegos que terminan con una transformación (con alguna excepción que no contiene ningún cambio) y, como colofón se añaden algunos mitos romanos análogos. En total hay 250 mitos. El poema se inicia con la creación del mundo a partir del caos y con la apoteosis de César.

Aunque Ovidio utiliza fuentes griegas y romanas, el plan de la obra es totalmente suyo. No solo incluye cateterismos, sino transformaciones de todo tipo, en plantas, en animales, etc. Su originalidad también consiste en crear un marco cronológico en el que se distinguen las edades de los dioses, de los héroes y de los grandes personajes históricos. El material literario que maneja Ovidio es inmenso, lo mismo que la erudición desplegada. La base filosófica de las transformaciones se la proporciona el pitagorismo.

Ovidio consigue crear una narración apasionante alternando pasajes de muchos tonos (dramáticos, idílicos, trágicos, patéticos y hasta cómicos) y engarzando de manera sutil una leyenda tras otra con gran maestría en las transiciones.

6.7. TITO MACCIO PLAUTO

VIDA Y OBRA:

Tito Maccio Plauto (254-184 a.C.), gozó de gran popularidad en su época. Era originario de Sársina (Umbría). Se cuenta que se trasladó a Roma siendo joven, y allí fue soldado y comerciante, y que, tras arruinarse, se hizo molinero al tiempo que empezaba a escribir comedias.

Se le adscriben hasta 130 obras, de las cuales solo se tienen por auténticas 21. Plauto se inspiró en los autores de la Comedia Nueva griega, principalmente Menandro. Pero no se limitó a traducir, sino que adaptó los originales introduciendo elementos del gusto romano, canciones y danzas. Las obras de Plauto, aunque más toscas, superan en comicidad a las griegas. Los personajes eran los mismos de las comedias griegas: jóvenes alocados, viejos gruñones, parásitos, soldados fanfarrones, etc.; el argumento estaba lleno de situaciones de enredo, engaños y confusiones. Pero Plauto añade variedad y originalidad a los temas, y a los personajes porque

su intención es hacer reír al público romano. La lista de comedias de Plauto consideradas auténticas es la siguiente: *Anphitruo*, *Asinaria*, *Aulularia*, *Bacchides*, *Captivi*, *Casina*, *Cistellaria*, *Curculio*, *Epiducus*, *Menaechmi*, *Mercator*, *Miles gloriosus*, *Mostellaria*, *Poenulus*, *Pseudolus*, *Persa*, *Rudens*, *Stichus*, *Trinummus*, *Truculentus* y *Vidularia*.

6.8. GAYO SALUSTIO CRISPO

VIDA Y OBRA

Gayo Salustio Crispo (86-35 a.C.) era de origen sabino, nacido en Amiterno. Fue, como Cicerón, un *homo novus*, que hubo de hacer carrera en Roma a costa de un gran esfuerzo personal. En política, se opuso a los *optimates*, encabezados por Pompeyo Magno y desde un principio apoyó al rival de este, Julio César, quien llegó a nombrarle gobernador de Numidia. A la muerte de César ya había amasado una inmensa fortuna y se retiró de la vida pública para dedicarse a sus trabajos históricos.

Las dos monografías que se conservan íntegras de Gayo Salustio son *Bellum Catilinae* (La conjuración de Catilina), relato de la conspiración del líder político romano Lucio Sergio Catilina (acaecida en el 63 a.C.), y *Bellum Iugurthinum* (La guerra de Yugurta), historia de la guerra librada a finales del siglo II a.C. por los romanos contra Yugurta, rey de Numidia.

Gayo Salustio tomó como modelo al historiador griego Tucídides para intentar explicar los acontecimientos y hacer que sus relatos fueran legibles y dramáticos. Dominaba los recursos de la retórica greco-latina y los pone al servicio de sus tendencias políticas que no trata de disimular. Su estilo es arcaizante, pues imita a Catón el Viejo y a Ennio; utiliza un tono enérgico, de frases breves, construidas a menudo en forma de paralelismos y reforzadas por la concisión y la yuxtaposición. En ese estilo tan personal (que inspiraría más tarde el de Tácito) expresó su idea central: que la *virtus* hizo grande a Roma y que su descomposición ha traído la debilidad y la inmoralidad al Estado (consideraba responsable a la aristocracia romana).

6.9. PUBLIO VIRGILIO MARÓN

VIDA:

Publio Virgilio Marón (70 -19 a. C.) nació en Andes, una aldea próxima a la ciudad de Mantua, en la Galia Cisalpina, de una familia acomodada. A los doce años fue enviado a Crémone para estudiar bajo la dirección de un gramático; de allí pasó a Milán y, finalmente, a Roma (54-53 a.C.), donde estudió con el retórico Elpidio, con intención, probablemente, de ejercer la oratoria e iniciar la carrera política; pero pronto abandonó ese camino, quizá debido a las circunstancias políticas.

Cuando llegó a Roma, triunfaba el espíritu del helenismo, y una de sus manifestaciones romanizadas era la poesía cultivada por los jóvenes poetas agrupados en torno a Catulo, los *poetae novi* o *neotericoi*. Virgilio entró en contacto con estos poetas, al tiempo que frecuentaba los medios epicúreos romanos. Las matemáticas y la medicina le interesaron junto con la filosofía. Seducido por los ideales ascéticos del epicureísmo, marchó a Nápoles para recibir enseñanzas de Sirón y para evadirse de las turbulencias políticas de Roma.

Hacia el año 43 a.C. regresó a Roma y se introdujo en el círculo de Asinio Polión.

La protección de Polión le valdría para que le fueran restituidas sus tierras en la Galia Cisalpina, confiscadas por los triunviros para las distribuciones que estaban haciendo entre los veteranos de la guerra civil. Virgilio, agradecido, dedicaría a Polión sus *Bucólicas*.

En Roma también conoció a Mecenas, que le sugirió la idea de componer las *Geórgicas* y lo puso en contacto con Augusto. A partir de entonces colaboró decididamente en los proyectos del emperador, que propugnaban la restauración moral y cultural de Roma.

Como fruto de esta colaboración nacería la *Eneida*. La obra debía ser una justificación mítica de la familia Julia y, a la vez, tenía que alentar el patriotismo y la religiosidad tradicional del pueblo romano. Virgilio comenzó a trabajar en ella hacia el 29 a.C., en su retiro de Nápoles. En el 19 a.C. aún no había completado su obra; regresaba de un viaje por Grecia, realizado con el fin de visitar los lugares de la *Eneida*, cuando enfermó de muerte en Bríndisi, siendo enterrado cerca de Nápoles. Antes de morir, consciente de que su obra quedaba incompleta, y como tal, imperfecta, Virgilio pidió a sus amigos que la destruyeran; pero el propio Augusto intervino para que su voluntad no se cumpliera.

OBRA:

Poesía de estilo alejandrino

De los años en que mantuvo contacto con los *poetae novi*, proceden los poemas recopilados en el *Appendix Vergeliana* (no todos atribuibles a Virgilio), compuestos en metros variados al modo de Catulo, y particularmente los epigramas escritos en dísticos elegíacos que componen el *Catalepton*. Virgilio se apartaría pronto de este tipo de poesía por considerarla excesivamente artificiosa, pero le sirvió para iniciarse en la labor poética.

Poesía bucólica

La poesía bucólica, que trataba temas pastoriles o campestres, seguía el modelo de los idilios del poeta siracusano Teócrito (s. III a.C.), el representante más destacado de la poesía alejandrina. *Bucólicas* o *Églogas* es el título de la colección de diez poemas compuesta por Virgilio entre el 42 y el 39 a.C. Se trata de poesía hexamétrica.

Virgilio exalta en sus *Bucólicas* la sencillez de la vida campestre, que contrasta con la agitada vida de la ciudad. Los personajes que aparecen en ellas, a pesar de sus nombres griegos son campesinos itálicos. Hay paisajes idílicos, referencias mitológicas, competiciones poéticas entre los pastores y temas del gusto alejandrino, que se unen al ideal epicúreo de llevar una vida rústica y apartada, anhelo oculto de Virgilio en los tiempos que le tocó vivir.

Siete de estas composiciones pertenecen totalmente al género bucólico, pero en las tres restantes trasciende la experiencia personal del poeta. Las églogas I y X reflejan la cruda realidad de las expropiaciones de tierras, que afectaron a Virgilio; la égloga IV, de reminiscencias proféticas, tiene como motivo inspirador el acuerdo de paz entre Antonio y Octavio firmado en Bríndisi en el 40 a.C., lo que para Virgilio supone el preludio de una segunda Edad de Oro.

Poesía didáctica

Bajo el influjo de los ambientes intelectuales y de las condiciones políticas y económicas, Virgilio cambia un género ficticio como el de las *Bucólicas* por otro de carácter práctico: la poesía didáctica.

Se dice que fue Mecenas, quien encargó a Virgilio una obra que constituyese un incentivo para fomentar la agricultura, que había decaído en Italia como consecuencia de las guerras civiles. Así nacieron los cuatro libros que componen las *Geórgicas* (palabra de origen griego que significa 'cultivo de la tierra'), escritos en hexámetros. En las *Geórgicas*, desde luego, aparecen invocaciones a Mecenas.

El primer libro trata sobre el cultivo de los cereales; el segundo, sobre los árboles frutales, la vid y el olivo; en el tercero se dan consejos para la cría de ganado; el cuarto se dedica a la apicultura.

Las fuentes de este tratado técnico-poético son muy diversas. El fundador de este tema fue Hesíodo, con su obra *Los Trabajos y los Días*; el romano Varrón, con su *De re rústica* y el cartaginés Magón con su tratado de agricultura, que el senado mandó traducir al latín, parecen ser sus fuentes principales. El poeta epicúreo Lucrecio, con su *De rerum natura*, también inspiró a Virgilio; lo mismo que en el caso de Lucrecio, para Virgilio no hay contradicción entre los conocimientos científicos y la poesía, y no acepta la explicación providencial de los fenómenos naturales.

En las *Geórgicas* se canta sobre todo al esfuerzo humano, aunque están impregnadas de un profundo sentimiento religioso; los cultos ocupan un lugar destacado en la obra porque están asociados a la pureza de las costumbres que la propaganda de Augusto quería restaurar.

Poesía épica

El género épico había llegado a Roma en el siglo III a.C.), traído por un prisionero de guerra griego, Livio Andronico, que hizo una versión latina de la *Odisea* de Homero en verso saturnio. Siendo Homero el modelo, el estilo grandilocuente y solemne de las obras se mantuvo, pero se produjo un cambio importante: la epopeya se convirtió en obra de autores individuales que como Virgilio, tienen una intención determinada previamente y manejan los recursos de un arte sometido ya a reglas fijas.

Un factor decisivo para que el género arraigara en Roma fue el deseo de los romanos de dar forma literaria al remoto pasado de su ciudad y a los recientes éxitos militares que la habían convertido en dominadora de pueblos.

La Eneida, epopeya nacional romana:

Tras una época en que Roma había sido desgarrada por las constantes guerras civiles, instaurada ya la paz de Augusto, Virgilio se había asociado con absoluta convicción al movimiento promovido por el emperador en pro de una restauración moral y cívica en Roma.

La *Eneida* es la obra que justificaba ideológicamente esa restauración porque sitúa a la familia imperial en una línea de continuidad que partía del héroe troyano Eneas, protagonista de la *Eneida*. Mecenas deseaba que el poema épico hubiese tomado como protagonista al propio emperador. Pero a Virgilio no le agradó ese burdo plan; antes bien, decidió que en su obra los destinos de Roma y de Augusto se fusionasen a través de la exaltación de los orígenes de la ciudad: la *Eneida* sería, pues, la epopeya de los ideales romanos.

El personaje de Eneas aparecía en la *Iliada*, si bien ocupaba un lugar secundario; era el más valiente de los troyanos, después de Héctor, pero su origen divino se pone ya de relieve (es hijo del mortal Anquises y de la diosa Venus).

Julo (*Iulus*) es otro nombre por el que se conocía a Ascanio, hijo de Eneas y de Creúsa. Julio César había alentado la leyenda de que la *gens Iulia* descendía de este Julo. Octavio Augusto cuya madre era sobrina de César, pertenecía a la *gens Claudia*, pero César, que no tenía herederos y lo apreciaba, lo había adoptado en su testamento; de modo que, a todos los efectos, Octavio era un Julio.

Antecedentes:

Aunque había otras fuentes griegas que se ocuparon de la salida de Eneas de Troya (Arctino, Sófocles, Helánico), fue un historiador grecosiciliano, Timeo de Tauromenio (s. III a.C.) quien dio forma definitiva a la leyenda de Eneas y relacionó los dioses Penates salvados por Eneas de la destrucción de Troya con los Penates que se guardaban en la ciudad de Lavinio, entroncando de ese modo las tradiciones de los latinos con las leyendas griegas.

Nevio (finales del siglo III a.C.) compuso en verso saturnio el *Bellum Punicum*, un poema épico inspirado en la primera Guerra Púnica, en la que él mismo luchó. En este poema, Nevio recogió la leyenda fundacional de Roma y el tema de los amores de Eneas y Dido como causa del odio entre Roma y Cartago. Ennio (primera mitad del siglo II) no era un romano, sino un itálico originario de Calabria. Escribió una historia de Roma, *Annales*, en hexámetros, forma métrica griega de que introdujo en Roma junto con las leyes de este ritmo poético. Los *Annales* se convirtieron en la epopeya nacional de Roma hasta la *Eneida* de Virgilio. En Ennio la forma y el estilo son griegos, pero el espíritu es puramente romano.

El analista Catón concede a Eneas un lugar importante en sus *Orígenes* y Varrón comienza sus *Antigüedades Romanas* con el relato de los viajes de Eneas.

Virgilio asume el personaje de Eneas:

Virgilio utiliza todas estas fuentes para dibujar como personaje a Eneas, que podría considerarse como el héroe de una novela de aventuras, entremezclada con escenas de tragedia. Con todo, el tema carecía de desarrollo suficiente como para dar pie a un poema épico, que tuviera la extensión adecuada, una magnitud heroica y un interés nacional.

Para darle el desarrollo que necesitaba, Virgilio utiliza procedimientos amplificatorios, muchos tomados de Homero, como las comparaciones, digresiones, descripciones de armas, discursos, intervención de los dioses, etc.; otros elementos utilizados, sin ser totalmente originales, sí son utilizados por Virgilio de una manera genial: los juegos fúnebres en honor de su padre, el episodio de Dido (con el que se justifica la enemistad entre Roma y Cartago), la visita de Eneas a los Infiernos (donde encuentra personajes del pasado y del porvenir), las alianzas y las enemistades con los pueblos del Lacio, aparición de oráculos sueños y otros elementos maravillosos, a los que los romanos eran muy aficionados.

Virgilio juega de manera original con el tiempo en su poema; hay un enfoque sincrónico entre los tiempos de la caída de Troya (s. XII a.C.) y la época en que se gesta el poema, los tiempos de Augusto. Esa fusión del pasado legendario y del presente histórico se logra gracias a la idea de Roma, que borra toda noción del tiempo. Eneas debe cumplir la misión que el destino le ha encomendado como

representante idealizado de un pueblo, que todavía no ha nacido (el romano), y esa misión no es otra que poner los cimientos de una nueva Troya en Italia.

Argumento de la Eneida

Libro I. Eneas y los suyos son arrojados a las costas de Cartago por una tempestad; allí la reina Dido les concede hospitalidad.

Libro II. Eneas le cuenta a Dido sus peripecias; la destrucción de Troya y la huida.

Libro III. Eneas continúa relatando su viaje errático por el Mediterráneo oriental.

Libro IV. Dido, enamorada, trata de retener a Eneas; Juno y Venus se alían para que esto suceda así. Finalmente, Eneas recuerda su destino y abandona a Dido que en su desesperación se suicida.

Libro V. Eneas desembarca en Sicilia y allí celebra unos juegos fúnebres en honor de su padre, Anquises. Las mujeres troyanas prenden fuego en las naves. La lluvia implorada por Eneas apaga el fuego. El fantasma de Anquises recomienda que deje en Sicilia a quienes lo deseen y que luego prosiga su viaje.

Libro VI. Eneas desembarca en Cumas. Acompañado por la Sibila desciende a los Infiernos. Allí encuentra diversos espectros.

Libro VII. Eneas desembarca en el Lacio, donde lo recibe amistosamente el rey Latino, que le ofrece la mano de su hija Lavinia. Se desencadena la guerra entre los troyanos y los latinos, capitaneados por Turno, antiguo prometido de Lavinia.

Libro VIII. Eneas concierta una alianza con Evandro, rey de la región donde un día se alzaría Roma, y con los etruscos.

Libro IX. Mientras Eneas está ausente, Turno ataca a los troyanos. Niso y Euríalo tratan de atravesar de noche las líneas enemigas para alertar a Eneas, pero fracasan.

Libro X. Se celebra una asamblea de los dioses. Júpiter prohíbe la intervención de las diosas Juno y Venus. Los acontecimientos deben seguir su propio curso. Eneas regresa a la batalla. Turno mata a Palas, hijo de Evandro y amigo de Eneas, pero este no puede tomar venganza por el momento.

Libro XI. Eneas propone que el resultado de la guerra se decida en un combate singular entre él y Turno.

Libro XII. Los rútilos rompen la tregua declarada para el duelo. Finalmente Turno y Eneas se baten. Cae Turno y pide clemencia a Eneas, pero este, al ver que su rival lleva un tahalí arrebatado a Palas, le da el golpe mortal. Aquí acaba la Eneida.

Estructura de la Eneida:

La *Eneida* tiene una estructura dual; de sus doce libros, los seis primeros libros forman una especie de *Odisea*, pues narran las peripecias de Eneas, errante como Ulises, desde su huida de Troya hasta su arribada a Italia, mientras que los seis restantes son una especie de *Ilíada* ya que relatan las guerras de Eneas en suelo itálico para conseguir establecer allí la raza troyana.

Con la estructura dual se entrecruza otra estructura tripartita: Los libros I-IV narran la estancia de Eneas en Cartago; los libros V-VIII, relatan el viaje al Lacio y los preparativos para la guerra; en los libros IX-XI se narra el desenlace.

La épica de Virgilio:

La poesía hexamétrica era consustancial al género épico. Había sido Ennio quien había adaptado a la lengua latina los hexámetros homéricos, descartando el verso saturnio que había servido a Livio Andronico para su traducción latina de la *Odisea* de Homero.

La influencia de Homero se aprecia en algunos elementos convencionales del género épico. Así, la invocación a las Musas, el enfrentamiento de dioses enemigos, la intervención directa de las divinidades en la acción, el descenso a los infiernos (*catábasis*), la mujer como *casus belli* (Helena-Lavinia), y las comparaciones o las descripciones. En el aspecto ideológico y religioso el poeta imprime a su obra un cuño netamente romano. Los grandes dioses Olímpicos sirven de ornato épico, en cambio las humildes divinidades itálicas son las que atraen todo el temor respetuoso. Homero no se detiene como Virgilio en el alma de los personajes, ni fija sus rasgos psicológicos (Dido). Como héroe, Eneas no tiene la grandeza épica de los héroes de Homero, aparece mucho más humanizado. Los héroes homéricos son dueños de sí mismos, capaces de enfrentarse a los mismos dioses. Eneas, en cambio, es un personaje valiente, pero dubitativo y algo flojo de carácter. El sentimiento de piedad filial se mezcla en Eneas con otros sentimientos menos nobles, como la indiferencia hacia Dido, enloquecida por su amor. Y sobre todo, Eneas está sometido a un destino que debe cumplir a toda costa.

VII. SELECCIÓN DE FRAGMENTOS DE TEXTOS DE AUTORES LATINOS**7.1. MARCO TULLIO CICERÓN**

Nació en 106 a.C. y murió en el 43 a.C. Es el más célebre de los oradores romanos, así como destacado político y, sin lugar a dudas, el personaje republicano al que mejor se conoce debido a la gran cantidad de escritos que han llegado hasta nosotros.

Estudió en Roma y en Grecia. Su educación fue muy esmerada especialmente en filosofía y retórica. Aunque no fue jurista de profesión, gracias a sus escritos conocemos algunos aspectos del Derecho romano. Así, en su obra *De la República* escribe:

De la República, III

X 17. «Pero si quisiera describir los géneros de derecho, de instituciones, de costumbres y hábitos, demostrarla no solo que son diversos en tantas naciones, sino que han cambiado mil veces en una sola urbe, inclusive en esta misma, de modo que este nuestro intérprete del derecho, Manilio, ahora dice que son unos los derechos acerca de los legados y herencias de las mujeres y, siendo adolescente, solía decir que eran otros, cuando aún no se habla promulgado la Ley Voconia; por cierto, esta ley misma, propuesta para utilidad de los varones, está llena de injusticia para con las mujeres. ¿Por qué, en efecto, una mujer no puede tener bienes? ¿Por qué puede ser heredera de una virgen vestal, y no de su propia madre? ¿Y por qué, si debió establecerse un límite a los bienes de las mujeres, la hija de Publio Craso podría tener, con la ley a salvo, si era la hija única de su padre, cien millones de esterrios, y la mía no podría tener tres millones?»

X 18. «... nos hubiera sancionado unas leyes, todos usarían las mismas, y los mismos hombres no usarían diferentes leyes en diferentes tiempos. Mas pregunto: si es

del hombre justo y si es del varón bueno obedecer a las leyes, ¿a cuáles? ¿Acaso a todas las que haya? Pero ni la virtud admite inconstancia, ni la naturaleza tolera la variación y las leyes son aprobadas por el castigo, no por nuestra justicia; por consiguiente, nada natural tiene el derecho; con lo cual se demuestra esto: que ni siquiera hay justos por naturaleza. ¿Por ventura, pues, dicen que hay variedad en las leyes, pero que los varones buenos siguen por naturaleza aquella justicia que lo es, no aquella que se cree que lo es? Se dice, en efecto, que es del varón bueno y justo conceder a cada cual lo que es digno de cada cual.»

X19. «¿Acaso, pues, por principio de cuentas, concederemos algún derecho a los animales mudos? En efecto, varones no mediocres, sino muy grandes y doctos, Pitágoras y Empédocles, declaran que es única la condición de derecho de todos los seres animados, y proclaman que penas inexplicables penden sobre aquellos que hayan hecho violencia a un ser animado. Es, pues, un crimen dañar a un animal, el cual crimen, el que quiera. . .»

XXII 33. «... la verdadera ley es la recta razón congruente con la naturaleza, difundida en todos, constante, sempiterna, la cual, ordenando, llama al deber, vedando, aparta del fraude; la cual, sin embargo, ni ordena o veda en vano a los probos, ni mueve a los ímprobos ordenando o vedando. Ni está permitido que esta ley sea anulada por otra, ni es lícito que se derogue alguna parte de ella, ni puede ser abrogada toda ella, y tampoco podemos ser desatados de esta ley por medio del senado o por medio del pueblo; ni debe buscarse otro comentador o intérprete de ella, ni habrá una ley en Roma, otra en Atenas, una ahora, otra después, sino que una sola ley, tanto sempiterna como inmutable, convendrá a todas las naciones y en todo tiempo, y Dios será el único, por así decir, maestro común y gobernante de todos: aquel autor, argumentador y promulgador de esta ley. El que no la obedezca huirá de sí mismo y, habiendo menospreciado la naturaleza del hombre, sufrirá por esto mismo, los más grandes castigos, aun cuando escape a las demás cosas que son consideradas como suplicios..»

7.2. CAYO JULIO CÉSAR

Nació en el año 100 a.C. murió asesinado a la entrada del Senado en los *idus* de marzo del año 44 a.C. Realizó una brillante carrera en el ejército y es considerado como uno de los generales más famosos de la historia; más tarde, destacó en la política. Junto con Craso y Pompeyo formó el primer triunvirato.

Después de su renombrada conquista de las Galias, de la cual nos deja testimonio en su famosa obra *Comentarios de la Guerra de las Galias*, regresa a Roma y cruza el río Rubicón con sus tropas, desafiando de esta manera al Senado, el cual le había pedido liberar al ejército. Este hecho lo convierte en el hombre más poderoso de la República.

Inició diversas expediciones militares, que culminan con la famosa campaña de Egipto; esta concluye con el asesinato de Pompeyo por parte de los egipcios y la imposición de Cleopatra al trono de ese reino.

En 47 a.C. derrota a Parnaces, rey del Ponto, en Zela, donde pronunció la famosa frase *veni, vidi, uici* (vine, vi y vencí).

En 45 a.C. se hace dictador perpetuo lo que provoca que se fragüe una conjura en su contra, a la cabeza de la cual están Casio y Bruto, que concluirá un año más tarde con la muerte de César a manos de los conspiradores.

A continuación se reproducen cuatro fragmentos de los *Comentarios de la Guerra de las Galias*, obra escrita en tercera persona en un estilo sencillo y preciso, que refleja la claridad de pensamiento de su autor.

En el primer párrafo del Libro Primero describe la situación geográfica de las Galias.

LIBRO PRIMERO

I. «La Galia está toda dividida en tres partes: una que habitan los belgas, otra los aquitanos, la tercera los que en su lengua se llaman celtas y en la nuestra galos. Todos estos se diferencian entre sí en lenguaje, costumbres y leyes. A los galos separa de los aquitanos el río Garona, de los belgas el Marne y Sena. Los más valientes de todos son los belgas, porque viven muy remotos del fausto y delicadeza de nuestra provincia. y rarísima vez llegan allá mercaderes con cosas a propósito para enflaquecer los bríos, y por estar vecinos a los germanos, que moran a la otra parte del Rin, con quienes traen continua guerra. Esta es también la causa porque los helvecios se aventajan en valor a los otros galos, pues casi todos los días vienen a las manos con los germanos, ya cubriendo sus propias fronteras, ya invadiendo las ajenas. La parte que he dicho ocupan los galos comienza del río Ródano; confina con el Garona, el Océano y el país de los belgas; por el de los secuanos y helvecios toca en el Rin, inclinándose al Norte. Los belgas toman su principio de los últimos límites de la Galia, dilatándose hasta el Bajo Rin, mirando al Septentrión y al Oriente. La Aquitania, entre Poniente y Norte por el río Garona, se extiende hasta los montes Pirineos y aquella parte del Océano que baña la España.»

En el Libro Segundo, capítulo XXXV resume el triunfo logrado en ese reino y el homenaje que por tal motivo se le tributa en Roma.

«Concluidas estas empresas y pacificada la Galia toda, fue tan célebre la fama de esta guerra, divulgada hasta los bárbaros, que las naciones transrenanas enviaban a porfía embajadores a César, prometiéndole la obediencia, y rehenes en prendas de su lealtad. Cuyo despacho, por estar de partida para Italia y el Ilírico, difirió por entonces, remitiéndolos al principio del verano siguiente. Con eso, repartidas las legiones en cuarteles de invierno por las comarcas de Chartres, Anjou y Tours, vecinas a los países que fueron el teatro de la guerra, marchó la vuelta de Italia. Por tan prósperos sucesos, leídas en Roma las cartas de César, se mandaron hacer fiestas solemnes por quince días, demostración hasta entonces nunca hecha con ninguno.»

En el Libro Quinto nos narra la forma en que trata a los vencidos.

«Sin embargo, César, llamando ante sí a los principales de cada nación, metiendo a unos miedo con darles a entender que sabía todas sus tramas, y amonestando a otros, tuvo a raya gran parte de la Galia. Todavía los de Sens, república de las primeras entre los galos en poder y autoridad, intentaron, unidos, matar a Cavarino, que César les habla dado por rey, cuyo hermano, Moritasgo, lo era cuando César vino a la Galia, como lo habían sido antes sus abuelos. Como él lo barruntase y escapase, lo fueron persiguiendo hasta echarle de su casa y reino, y enviando embajada a César a fin de disculparse, mandando este comparecer ante sí el Senado, no le obedecieron. Tanta impresión hizo en estos bárbaros el ejemplo de los autores de la rebelión, y trocó tanto sus voluntades, que fuera de los eduos y remenses, a quienes César trató siempre con distinción, a aquellos por su antigua y constante fidelidad al pueblo romano, a estos por sus buenos oficios en la guerra presente, casi no quedó ciudad

de quien podernos fiar. Lo que bien mirado, quizá no debe causar maravilla, así por otros varios motivos como principalmente porque una nación tenida por superior a todas en la gloria militar, a más de haberla perdido, sentía en el alma verse súbdita de los romanos.»

En la obra también podemos apreciar las costumbres y la forma de vida de los galos; y así, en el libro sexto, Capítulo XVI leemos:

“Toda la nación de los galos es supersticiosa en extremo, y por esta causa los que padecen enfermedades graves y se hallan en batallas y peligros, o sacrifican hombres o hacen voto de sacrificarlos, para cuyos sacrificios se valen del misterio de los druidas, persuadidos a que no se puede aplacar la ira de los dioses inmortales en orden a la conservación de la vida de un hombre si no se hace ofrenda de la vida de otro; y por pública ley tienen ordenados sacrificios de esta misma especie. Otros forman los mimbres entretejidos ídolos colosales, cuyos huecos llenan de hombres vivos, y pegando fuego a los mimbres, rodeados ellos de las llamas, rinden el alma. En su estimación, los sacrificios de ladrones, salteadores y otros delincuentes son los más gratos a los dioses inmortales, si bien, a falta de estos, no reparan sacrificar los inocentes.»

7.3. TITO LIVIO

Nace en la ciudad de Padua en el año 64 a.C. y muere en el 12 de nuestra era. Se sabe muy poco de su vida y se le conoce por su obra histórica: *Historia Romana* que dividió en 142 libros, de los cuales únicamente conocemos 35 completos.

Tito Livio tuvo una gran influencia tanto en su tiempo como en otras épocas. En su primer libro destaca el origen divino que se le atribuye a los fundadores de Roma, y relata:

LIBRO PRIMERO

- I. “En primer lugar, es cosa sabida que después de la toma de Troya los griegos mostraron suma crueldad con el pueblo troyano, exceptuando a Eneas y Antenor, bien porque les protegiese el derecho de antigua hospitalidad, bien porque habiendo aconsejado constantemente entregar a Helena y ajustar la paz, inclinase al vencedor a no usar de los derechos de la guerra. Sabido es también generalmente, que después de diferentes contrastes de fortuna, Antenor, al frente de buen grupo de henetos, que arrojados de Paflagonia y por una sedición y privados de su rey Filomeno, muerto bajo las murallas de Troya, buscaban caudillo y terreno en qué acomodarse, penetró hasta lo último del golfo Adriático, y arrojando a los eugeneos, establecidos entre el mar y los Alpes, los henetos, reunidos con los troyanos, se apoderaron de su territorio. El paraje en que primeramente se establecieron ha conservado el nombre de Troya, así como también la comarca que de aquel depende, pero todos los moradores se llaman venetos.

La misma catástrofe arrojó a Eneas de su patria; pero destinándole la fortuna a realizar empresas de mayor esfuerzo, llegó primeramente a Macedonia, pasó de allí a Sicilia, desde donde, buscando sin descanso una patria, arribó con su flota a los campos Laurentos, llamados así del nombre de Troya.

Una vez en estas playas, los troyanos, a quienes tan larga navegación por aquellos mares, por los que habían vagado durante años, solamente les había dejado armas y naves, se desparramaron por las campiñas en busca de botín, cuando el rey Latino y los aborígenes, que ocupaban entonces la comarca, acudieron en son de guerra desde la ciudad y parajes inmediatos, para rechazar la agresión de aquellos

extranjeros. Dicen unos que después de ser derrotado ajustó Latino la paz y se alió con Eneas. Otros aseguran que estando frente a frente los ejércitos, antes de darse la señal, avanzó Latino con lo más escogido de los suyos e invitó al jefe de los extranjeros a una conferencia. Preguntóle de qué nación eran, de dónde venían, qué revés de fortuna les había desterrado de su país y qué propósito les traía a los campos laurentinos. Cuando se enteró de que eran troyanos, que su capitán era Eneas, hijo de Anquises y de Venus, y que huyendo de su patria y sus moradas incendiadas buscaban paraje para edificar una ciudad, pasmado de admiración ante aquel glorioso pueblo y su caudillo, viéndoles además tan dispuestos a la guerra como a la paz, tendió la mano a Eneas como prueba de su futura amistad. Ajustose entonces el tratado entre los jefes y se reunieron los ejércitos. Eneas vino a ser huésped de Latino, y este, en su palacio, ante el altar de sus dioses penates, le dio a su hija por esposa, para estrechar con lazos domésticos la unión de los dos pueblos. Esta unión robusteció la esperanza de los troyanos de tener al fin una patria duradera que pusiese término a su vagabundo destino. Constituyeron, pues, una ciudad, y Eneas, del nombre de su esposa, la llamó Lavinia. De este matrimonio nació muy pronto un hijo, a quien sus padres llamaron Ascanio.

2. Los aborígenes y los troyanos reunidos tuvieron que sostener una guerra. Turno, rey de los rútuos, a quien había sido prometida Lavinia antes de la llegada de Eneas, irritado al verse pospuesto a un extranjero, declaró la guerra a los latinos y a Eneas a la vez. Ninguno resultó ganancioso en aquel combate, porque si los rútuos quedaron vencidos, la victoria costó a los aborígenes y a los troyanos, su jefe Latino. Desconfiado del triunfo Turno y los rútuos, buscaron apoyo en la nación floreciente entonces, de los etruscos y en su rey Macencio; quien habiendo establecido desde el principio el trono de su imperio en la opulenta ciudad de Cerea, veía con inquietud que se construía una ciudad nueva; y creyendo en seguida muy amenazada la seguridad de los pueblos comarcanos por el rápido desarrollo de la colonia troyana, reunió gustoso sus armas con las de los rútuos. Teniendo Eneas que hacer frente a tan formidables adversarios, para asegurarse en contra de ellos de la fidelidad de los aborígenes, quiso reunir bajo el mismo nombre dos pueblos; que estaban sometidos ya a las mismas leyes, denominándolos en común latinos. Desde aquel entonces rivalizaron los aborígenes con los troyanos en abnegación y fidelidad por Eneas. Fuerte Eneas con las buenas disposiciones de aquellos dos pueblos, cuya unión se estrechaba diariamente, se atrevió a arrostrar las fuerzas de los etruscos, cuya fama llenaba entonces la tierra y, el mar en toda Italia, desde los Alpes hasta el estrecho de Sicilia; y aunque podía resistirles detrás de sus murallas, sacó sus huestes y les presentó batalla. Los latinos quedaron victoriosos. pero aquella fue la última hazaña mortal de Eneas, quien, sea quien quiera quedó sepultado en las orillas del Numicio, donde se le llama Júpiter Tutelar.
3. A la muerte de Eneas, su hijo Ascanio no se encontraba aún en edad de reinar; sin embargo, conservósele el poder sin menoscabo. La tutela de una mujer (tan superior ánimo tenía Lavinia) bastó para conservar su importancia a los latinos y, a aquel niño el trono de su abuelo y de su padre. No aseguraré (¿quién puede asegurar nada en un hecho tan remoto?) si se trata ciertamente de Ascanio o de algún otro niño nacido de Creusa antes de la destrucción de Troya, y que acompañó a su padre en la huida; de aquel que llevaba el nombre de Julio y al que atribuye su origen la familia Julia. Este Ascanio, pues, cualquiera que sea su nombre y el lugar *de* su nacimiento (puesto que consta que es hijo de Eneas), viendo que crecía

con exceso la población de Lavinia, dejó la ciudad floreciente e importante ya para aquellos tiempos, a su madre o a su suegra y marchó a fundar otra al pie del monte Albano; la cual, por extenderse a lo largo de la falda del monte, llamose Alba Longa. Habían transcurrido cerca de treinta años desde la fundación de Lavinia y la de esta colonia, a que dio origen. Tal desarrollo había adquirido aquel pueblo, especialmente desde la derrota de los etruscos, que ni por la muerte de Eneas, ni por la tutela de una mujer, ni por la inexperiencia del joven en el arte de reinar, se atrevieron a moverse Mecencio y sus etruscos, así como tampoco ninguno de los pueblos comarcanos. El convenio de paz había establecido como límite entre los etruscos y los latinos el río Albula, llamado ahora Tíber. A Ascanio sucedió su hijo Silvio, nacido, ignoro por qué casualidad en medio de los bosques. Este es padre de Eneas Silvio, cuyo hijo fue Latino Silvio. Fundó estas algunas colonias, estos fueron los antiguos latinos, y desde aquel tiempo quedó el nombre de Silvio como apelativo de todos los reyes que reinaron en Alba. Después se suceden de padre a hijo Alba, Atys, Capys, Capeto y Tiberino: ahogase este al atravesar el río Albula, al que dio su nombre, llegando a ser tan célebre en la posteridad. A Tiberino siguió su hijo Agripa, y a este Rómulo Silvio. Muerto Rómulo por el rayo, dejó el cetro en manos de Aventino. Sepultado este en la colina que hoy forma parte de Roma, le dio su nombre. Sucedióle Procas, padre de Numitor y de Amulio y dejó a Numitor, el mayor de sus hijos, el reino de la raza de los Silvios; pero la violencia pudo más que la voluntad paterna y el respeto a la primogenitura. Amulio expulsó a su hermano y se apoderó del trono; añadiendo un crimen a otro crimen, mató a todos los hijos varones de su hermano, y so pretexto de honrar a Rhea Silvia, hija de Numitor, la hizo vestal, obligándola por tanto a guardar perpetua virginidad y privándola de la esperanza de tener sucesión.

4. Más los hados debían al mundo, según creo, el nacimiento de ciudad tan grande y el establecimiento de este imperio, el más poderoso después del de los dioses. Resultando por violencia madre de dos hijos, bien por convencimiento, bien porque un dios era más honesto autor de culpa. Atribuyó a Marte aquella incierta paternidad. Pero ni los dioses ni los hombres pudieron librar a la madre ni a los hijos de la crueldad del rey: la sacerdotisa fue encadenada y presa y mandose que arrojaran los niños al río. Mas por maravilloso evento, el Tíber habíase desbordado, formando en las riberas charcas que impedían llegar hasta su cauce ordinario: sin embargo, los ejecutores de las órdenes del rey creyeron que en aquellas charcas, no obstante su poca profundidad, podían ahogarse los niños; arrojándolos, pues, en la primera, en el sitio donde hoy se encuentra la Higuera Ruminal, que dicen se llamó Rumular en otro tiempo. Aquellos parajes eran entonces vastas soledades. Refiérase que siendo escasas las aguas en aquella laguna, dejaron en seco la cuna de los dos niños: una loba sedienta, atraída por el llanto de los niños, bajó de las montañas inmediatas, acercose a ellos, y de tal manera se amansó, que empezó a lactarles, encontrándola el pastor mayor de los rebaños del rey acariciando a los niños con la lengua. Dase el nombre de Fáustulo a este pastor, y se refiere que se llevó a los niños, entregándolos a su mujer Laurencia. No faltan quienes crean que esta Laurencia era una prostituta a quienes los pastores llamaban Loba, arrancando de aquí esta tradición maravillosa. Tales fueron el nacimiento y, educación de aquellos niños, que en cuanto fueron adolescentes despreciaron la ociosidad y vida reposada de pastores, atrayéndoles la caza a los bosques inmediatos; adquiriendo en la fatiga fuerza y valor, no se limitaron ya a perseguir fieras, sino que acometían a los ladrones

y repartían el botín entre los pastores; con estas cosas acudían diariamente muchos jóvenes, asociándose a sus peligros y a sus juegos.

5. Ya en aquel tiempo gozaban de celebridad las fiestas Lupercales en el monte Palatino, llamado Palancio, de Palantea, ciudad de la Arcadia. Allí fue donde Evandro, uno de los arcadinos establecidos desde mucho antes en aquellas comarcas, había creado siguiendo la costumbre de su país, aquellas fiestas, en las que, jóvenes arrebatados por la embriaguez de licenciosa alegría, corrían desnudos en honor del dios Pan, que los romanos llamaron después con el nombre de Inuus. En medio de estas fiestas, cuya celebración habíase anunciado, enfurecidos los ladrones por la pérdida de sus presas, sorprendieron a Rómulo y Remo; el primero se defendió valerosamente, pero el segundo cayó en sus manos, y una vez prisionero, le entregaron al rey Amulio, abrumándose con acusaciones. especialmente de entrar con su hermano por tierras de Numitor y de saquearlas como país enemigo con una turba de jóvenes armados. Remo quedó, por tanto, a merced de la venganza de Numitor. Desde mucho antes sospechaba Fáustulo que los niños por él recogidos pertenecían a regia estirpe, porque conocía la orden del rey, de arrojar los recién nacidos. Ni la época en que los recogió coincidía con la de la orden; pero no había querido revelar aquel secreto antes de tiempo, esperando a que la ocasión o la necesidad le obligasen a hablar; la necesidad llegó primero, y desechando el miedo, reveló a Rómulo el secreto de su nacimiento. La casualidad había hecho que Numitor, dueño de Remo. oyese que los dos hermanos eran gemelos, y que por su edad, por su noble altivez, brotase en su corazón el recuerdo de sus nietos: a fuerza de investigaciones, andaba cerca de la verdad y no lejos de reconocer a Remo. Dio esto lugar a que por todas partes se urdiese una trama contra el rey. Demasiado débil Rómulo para obrar a cara descubierta, se abstuvo de ponerse a la cabeza de sus pastores, mandándoles que acudiesen al palacio a hora determinada y por diferentes caminos. Allí cayeron sobre el rey: Remo les ayudó al frente de las fuerzas de Numitor y, de esta manera mataron a Amulio.
6. En medio del primer tumulto. Numitor dio la voz de que el enemigo invadía la ciudad, que asediaba el palacio, y separó a la juventud albana, mandándola a defender la fortaleza; mas cuando vio a los jóvenes vencedores venir triunfantes, consumada ya la muerte reunió un consejo. Recordó los atentados de su hermano contra su persona, el origen de sus nietos, su nacimiento, cómo habían sido criados, por qué señales les había reconocido, y reveló la muerte del tirano como realizada por su orden. Los jóvenes se presentaron a la asamblea al frente de los suyos, aclaman por rey a su abuelo, y la multitud, arrastrada por el ejemplo confirma el título con unánime consentimiento. Restablecido Numitor en el trono albano, Rómulo y Remo concibieron el deseo de fundar una ciudad en el paraje mismo donde habían sido arrojados y criados. La muchedumbre de habitantes que llenaba Alba y el Lacio, aumentada más y más con el concurso de los pastores, hacía esperar que la nueva ciudad superase a Alba y Lavinia. Aguijoneaba este deseo la sed de mando. mal hereditario en ellos, y odiosa lucha terminó el debate tranquilo al principio. Como eran gemelos y no podían decir la primogenitura, encomendaron a las divinidades tutelares de aquellos parajes el cuidado de designar por medio de augurios cuál de los dos había de dar nombre y regir la nueva ciudad, retirándose Rómulo al Palatino y Remo al Aventino, para inaugurar allí los templos augurales.
7. Dícese que Remo recibió primero los augurios: constituían los seis buitres, y acababa de anunciarlo, cuando Rómulo vio doce; siendo aclamado rey cada hermano por

los suyos, fundándose unos en la prioridad, los otros en el número de las aves. La ira convirtió en sangriento combate el altercado y en la acometida cayó muerto Remo. Según la tradición más común, Remo saltó por juego las nuevas murallas que Rómulo había construido, y enfurecido este, le mató, exclamando: «Así perezca todo el que se atreva a saltar mis murallas». Quedando solo Rómulo, la nueva ciudad tomó el nombre del fundador, quien fortificó ante todo el monte Palatino, sobre el cual había sido aclamado. En todos los sacrificios dedicados a los dioses había observado el rito albano, siguiendo únicamente para Hércules el rito griego tal como lo estableció Evandro. Dícese que en aquellos parajes fue donde Hércules, vencedor de Gerión, llevó bueyes de singular hermosura; después de atravesar el Tíber a nado con su rebaño, detúvose en las riberas del río, en sitio de abundantes pastos, para dar alimento y descanso al ganado, y cansado él también, se acostó sobre la hierba; mientras dormía profundamente allí, repleto de comida y de vino, un pastor de la comarca llamado Caco, extraordinariamente robusto, seducido por la hermosura de los bueyes, decidió robarlos. Pero temeroso de que si los nevaba en línea recta, las huellas guiarían a su cueva al dueño cuando los buscara, eligió los más hermosos y cogiéndolos por la cola, los llevó andando al revés hasta su morada. Despertó Hércules con los primeros albos del día; examinó el rebaño, y notando que le faltaba una parte de él, marchó directamente a la cueva inmediata, pensando que las huellas llevarían a ella; pero todas se dirigían en sentido contrario; sin que ninguna siguiese otra dirección. Incierto y confuso se apresuró a alejar el rebaño de aquellos peligrosos prados; pero en el momento de la partida, algunas vacas demostraron con mugidos, a la manera que suelen hacerlo, su disgusto por separarse de sus compañeros; respondieron los escondidos, y su voz llevó hacia aquel lado a Hércules. Acudió a la cueva, Caco se esforzó en disputarle la entrada implorando, aunque en vano, el auxilio de los pastores, pero cayó bajo la formidable maza. Evandro, que había venido del Peloponeso buscando asilo en aquellas comarcas, mas la gobernaba con su influencia que con verdadera autoridad. Debía su ascendiente al conocimiento de la escritura, maravilla desconocida en aquellas naciones, ignorantes de las artes; pero mucho más aún por la creencia propagada acerca de su madre Carmeta, a la que se consideraba como divinidad, y cuyos vaticinios, anteriores a la llegada de las Sibilas a Italia, había inspirado admiración a aquellos pueblos. Atraído por la muchedumbre de pastores, reunidos tumultuosamente en torno de aquel extranjero, al que denunciaba a gritos como asesino, enterose a la vez del crimen y de su causa; mas admirado enseguida de la majestad del héroe y de su elevada estatura, tan superior a la de los hombres. Le preguntó quién era y apenas pronunció su nombre, el de su padre y el de su patria, dijo: «Hércules, hijo de Júpiter, yo te saludo. Mi madre, verdadera intérprete de los dioses, me predijo que habías de aumentar el número de las divinidades y que en estos parajes se alzaría en honor tuyo un altar destinado a recibir un día de la nación más poderosa del mundo el nombre de Máximo, y cuyo culto tú mismo ordenarías.» Tendiéndole Hércules la mano, le contesta que acepta el presagio, y que para cumplir el destino, él mismo va a erigir el altar y a consagrarlo. Escogió entonces el buey más hermoso del rebaño y se ofreció el primer sacrificio a Hércules. Los poticios y pinarios, que eran las familias más esclarecidas de la comarca, elegidos por ministros del sacrificio, ocuparon asiento en el banquete sagrado. Hizo el acaso que llegasen los Poticios al principio del festín y, que se les sirviese la carne de la víctima, que estaba consumido ya a la llegada de los Pinarios, que solamente participaron del resto del banquete. Este es el origen del uso perpetuado hasta la extinción de la familia Pinaria, que les prohibía las primicias de las víctimas. Instruidos los Poticios por Evandro.

quedaron por espacio de muchos siglos como ministros de este culto, hasta la época en que, habiendo abandonado a esclavos estas funciones hereditarias en sus familias, perecieron todos por castigo. De todos los cultos que estableció Rómulo, este fue el único que tomó de los extranjeros; demostrando por este hecho la inmortalidad que había de merecer por su valor, y a la que sus hados le guiaban.»

7.4. PLUTARCO

Filósofo que probablemente nació antes del año 50 de nuestra era y murió en el 120, tuvo mucho contacto con la cultura griega, ya que pasó la mayor parte de su vida en ese país. De cierta forma representa la fusión entre la cultura helénica y la latina, circunstancia que se comprueba claramente a través de la comparación que de distintos personajes griegos y latinos hace en su obra *Vidas paralelas*. Al comparar a Demóstenes con Cicerón, escribe:

COMPARACIÓN DE DEMÓSTENES Y CICERÓN

- I.- Acerca de Demóstenes y Cicerón, lo que dejamos escrito es cuanto ha llegado a nuestro conocimiento que sea digno de memoria, y aunque no es nuestro ánimo entrar en la comparación de la facultad del decir del uno y del otro, nos parece no debe pasarse en silencio que Demóstenes, cuanto talento tuvo, recibido de la naturaleza y acrecentado con el ejercicio, todo lo empleó en la oratoria, llegando a exceder en energía y vehemencia a todos los que compitieron con él en la tribuna y en el foro; en gravedad y decoro, a los que cultivaron el género demostrativo, y en diligencia y arte, a todos los sofistas. Mas Cicerón, hombre muy instruido, y que a fuerza de estudio sobresalió en toda clase de estilos, no solo nos ha dejado muchos tratados filosóficos al modo de la escuela académica, sino que aun en las oraciones escritas para las causas y las contiendas del foro se ve claro su deseo de ostentar erudición. Pueden también deducirse las costumbres de uno y otro de sus mismas oraciones, pues Demóstenes, aspirando a la vehemencia y a la gravedad, fuera de toda brillantez y lejos de chistes, no olía al aceite, como le motejó Piteas, sino que de lo que daba indicio era de beber mucha agua, de poner sumo trabajo y de austeridad y acrimonia en su conducta; y Cicerón, inclinado a ser gracioso y decididor hasta hacerse juglar, usando muchas veces de ironía en los negocios que pedían diligencia y estudio, y empleando en las causas los chistes, sin atender a otra cosa que a sacar partido de ellos, solía desentenderse del decoro: como en la defensa de Celio, en la que dijo: "no ser extraño que entre tanta opulencia y lujo se entregara a los placeres, porque no participar de lo que se tiene a la mano es una locura, especialmente cuando filósofos muy afamados ponen la felicidad en el placer". Dícese que acusando Catón a Murena, le defendió Cicerón siendo cónsul, que por mortificar a Catón satirizó largamente la secta estoica, a causa de sus proposiciones sentenciosas, llamadas paradojas, causando esto gran risa en el auditorio y aun en los jueces, y que Catón, sonriéndose, dijo sin alterarse a los circunstantes: "¡Qué ridículo cónsul tenemos, ciudadanos!" Parece que Cicerón era naturalmente formado para las burlas y los chistes, y que su semblante mismo era festivo y risueño; mientras en el de Demóstenes estaba pintada siempre la severidad y la meditación, a las que, entregado una vez, no le fue ya dado mudar; por lo que sus enemigos, como dice él mismo, le llamaban molesto e intratable.

- II.- También se ve en sus escritos que el uno no tocaba en las alabanzas propias sino con tiento y sin fastidio, y solo cuando podía convenir para otro fin importante, siendo fuera de este caso reservado y modesto; pero el desmedido amor propio de Cicerón de hablar siempre de sí mismo descubre una insaciable ansia de gloria, como cuando dijo: Cedan las armas a la docta toga, y el laurel triunfal a la elocuencia. Finalmente, no solo celebra sus propios hechos, sino aun las oraciones que ha pronunciado o escrito, como si su objeto fuese competir juvenilmente con los oradores Isócrates y Anaxímenes, y no atraer y dirigir al pueblo romano: Grave y altivo poderoso en armas, y a sus contrarios iracundo y fiero. Es verdad que en los que han de gobernar se necesita la elocuencia; pero deleitarse en ella y saborear la gloria que procura no es de ánimos elevados y grandes. En esta parte se condujo con más decoro y dignidad Demóstenes, quien decía que su habilidad no era más que una práctica, pendiente aún de la benevolencia de los oyentes, y que tenía por iliberales y humildes, como lo son en efecto, a los que en ella se vanaglorian.
- III.- La habilidad para hablar en público e influir por este medio en el gobierno fue igual en ambos, hasta el extremo de acudir a valerse de ellos los que eran árbitros en las armas y en los ejércitos: como de Demóstenes, Cares, Diopites y Leóstenes, y de Cicerón, Pompeyo y César Octavio, como este lo reconoció en sus comentarios a Agripa y Mecenas. Por lo que hace a lo que más descubre y saca a la luz la índole y las costumbres de cada uno, que es la autoridad y el marido, porque pone en movimiento todas las pasiones y da ocasión a que se manifiesten todos los vicios, a Demóstenes no le cupo nada de esto, ni tuvo en qué dar muestra de sí, no habiendo obtenido cargo ninguno de algún viso, pues ni siquiera fue uno de los caudillos del ejército que él mismo hizo levantar contra Filipo. Mas Cicerón fue cuestor a la Sicilia y de procónsul a la Capadocia; y en un tiempo en que la codicia andaba desmandada y estaba admitido que los que iban de generales y caudillos, ya que el hurtar fuera mal visto, se ejercitasen en saquear, no vituperando por tanto al que tomasen, sino mereciendo gracias el que lo ejecutaba con moderación, dio ilustres pruebas de su desinterés y desprendimiento, y también de su mansedumbre y probidad. En Roma mismo, siendo cónsul en el nombre, pero ejerciendo en la realidad autoridad de emperador y dictador con motivo de la conjuración de Catilina, hizo verdadera la profecía de Platón de que tendrían las ciudades tregua en sus males cuando por una feliz casualidad un grande poder y una consumada prudencia concurriesen en uno con la justicia. La fama culpa a Demóstenes de haber hecho venal la elocuencia, escribiendo secretamente oraciones para Formión y Apoloro en negocio en que eran contrarios, y le desacredita por haber percibido dinero del rey y por haber sido condenado a causa de lo ocurrido con Hárpalo. Cuando quisiéramos decir que todo esto fue inventado por los que escribieron contra él, que no fueron pocos, todavía no tendríamos medio ninguno para hacer creer que no había visto con ojos codiciosos los presentes que por obsequio y honor le hacían los reyes, ni esto era tampoco de esperar de quien daba a logro sobre el comercio marítimo; pero en cuanto a Cicerón, ya tenemos dicho que, habiéndole hecho ofertas y ruegos para que recibiese presentes los sicilianos cuando fue edil, el rey de Capadocia cuando estuvo de procónsul y sus amigos al salir a su destierro, los resistió y repugnó en todas estas ocasiones.

- IV.- De los destierros, el del uno fue ignominioso, teniendo que ausentarse por usurpación de caudales, y el del otro fue muy honroso, habiéndosele atraído por haber cortado los vuelos a hombres malvados, peste de su patria; así, del uno nadie hizo memoria después de su partida, y por el otro mudó el Senado de vestido, hizo duelo público y resolvió que no se diese cuenta de negocio ninguno hasta haberse decretado la vuelta de Cicerón. Mas, por otra parte, este en el destierro nada hizo, pasándolo tranquilamente en Macedonia; pero para Demóstenes el destierro vino a hacerse una de las más ilustres épocas de su carrera política; porque trabajando en unión con los griegos, como hemos dicho, y haciendo despedir a los legados de los macedonios, recorrió las ciudades mostrándose en un infortunio igual mejor ciudadano que Temístocles y Alcibíades. Restituido que fue, volvió a su antiguo empeño, y perseveró haciendo la guerra a Antípatro y los macedonios. Mas a Cicerón le echó en cara Lelio en el Senado que, pretendiendo César se le permitiese contra ley pedir el consulado, cuando todavía no tenía barba, se estuvo sentado sin hablar palabra; y Bruto le escribió increpándole de que había fomentado y criado una tiranía mayor y más pesada que la que ellos habían destruido.
- V.- Últimamente, en cuanto a la muerte, bien era de compadecer un hombre anciano, llevado a causa de su cobardía de acá para allá por sus esclavos, a efecto de esconderse y huir de una muerte que por la naturaleza no podía menos de amenazarle de cerca, y muerto al cabo lastimosamente a manos de asesinos; pero en el otro, aunque se hubiese abatido un poco al ruego, siempre es laudable la prevención y conservación del veneno, y más laudable el uso; porque no prestándole asilo el dios, como quien se acoge a mejor ara, se sustrajo a sí mismo de las armas y las manos de los satélites, burlándose de la crueldad de Antípatro.

7.5. PUBLIO CORNELIO TÁCITO

Nació en el año de 56 de nuestra era, en el seno de una familia patricia; tuvo una esmerada educación y participó en la vida pública; fue cuestor, pretor y cónsul, y obtuvo el rango senatorial en la época de Vespasiano, muere durante el reinado de Adriano.

En su libro *Historias*, Tácito describe de manera emotiva la dificultad de mantener la integridad política e intelectual durante la tiranía de Dominiciano. Escribió también *Los Anales* donde describe secretos y pormenores de la vida imperial.

En el capítulo primero de sus *Historias* describe la difícil situación del imperio en la época de Galba, Otón y Vitelio, y ensalza la época de Nerva y Trajano.

LIBRO PRIMERO

«Comenzaré este trabajo del consulado de Sergio Galba la segunda vez y de Tito Vinio; porque muchos escritores han dado cuenta de las cosas de aquellos primeros siglos, de setecientos y veinte años después de la fundación de Roma, mientras se podían escribir los sucesos del pueblo romano con igual elocuencia y libertad; mas después de la jornada de Accio, y que por la paz universal se redujo a uno solo el imperio del mundo, faltaron aquellos floridos ingenios, y con ellos la verdad, ofendida en muchas maneras. Principió por la poca noticia de la República, mirándola ya como cosa ajena, después o por el gusto de lisonjear o por aborrecimiento para con los que mandaban; tal, que obligados

los unos, y ofendidos los otros, ninguno tuvo cuidado de la posteridad. Cosa fácil es vituperar la adulación del escritor. El reprender, el murmurar de los que gobiernan, esto sí que se escucha con atención; porque lo primero trae consigo el vituperio de una fea y vil servidumbre, y lo segundo una falsa semejanza y libertad. A Galba, a Otón y a Vitelio ni los conocí por injuria ni por beneficio; aunque no negaré que nuestra dignidad tuvo principio de Vespasiano, aumento de Tito y grandeza de Domiciano; más el que quiere hacer profesión de fe y de verdad incorrupta, no debe escribir de alguno con afición ni con odio particular. Y si tengo vida, guardo como más fértil y segura materia para mi vejez el principado del divo Nerva y el imperio de Trajano; tiempos de rara felicidad, en los cuales es lícito entender las cosas como se quiere, y decirlas como se entendiera.

Doy principio a una empresa llena de varios casos, de guerras atroces, de sediciones y alborotos, crueles hasta en la misma paz. Cuatro príncipes muertos a hierro, tres guerras civiles, muchas extranjeras, y las más veces mezcladas unas con otras. Sucesos prósperos en Oriente, infelices en Occidente. Alborotado el ilírico, inclinadas a levantamiento las Galias. Inglaterra acabada de sujetar y perdida luego; los sármatas y suevos confederados entre sí contra nosotros; los dacios ennoblecidos con estragos y destrozos, no menos nuestros que suyos. Las armas de los partos casi movidas por la vanidad de un falso Nerón; Italia afligida de calamidades nuevas o a lo menos renovadas después de un largo número de siglos; hundidas y asoladas ciudades enteras. La fertilísima tierra de Campania, y la misma ciudad de Roma destruida con muchedumbre de incendios, abrasado el Capitolio por las propias manos de los ciudadanos, violadas las ceremonias y el culto de los dioses; adulterios grandes; el mar lleno de gente desterrada, y sus escollos y peñascos bañados de sangre. Crueldades mayores dentro de Roma, donde la nobleza, la riqueza y las honras fue delito el rehusarlas y el tenerlas, y el ser un hombre virtuoso ocasión de certísima muerte. Ni causaba menor aborrecimiento y lástima el ver los premios en el acusador, que las maldades cometidas por alcanzarlos; teniendo algunos como por despojos de enemigos los sacerdocios, los consulados, las procuras, la privanza del príncipe y, finalmente, el manejo de todas cosas. Los esclavos obligados a declarar contra sus señores; los libertos contra los mismos que acababan de ponerlos en libertad, y aquellos que habían sabido vivir sin enemigos, no poder evitar su destrucción por miedo de sus mayores amigos.

Bien que no fue aquel siglo tan estéril de virtud, que faltasen muchos buenos ejemplos de que tomar enseñanza; pues se ven madres acompañar a sus hijos en la huida, mujeres a sus maridos en el destierro, parientes animosos, yernos constantes y, finalmente, esclavos no solo fieles, pero contumaces contra el rigor de los tormentos. Vence muertes de hombres ilustres sufridas con tal fortaleza de corazón, que en los generosos fines imitaron la constancia y celebrado valor de los antiguos. Y a más de la multitud y variedad de casos humanos, se ven prodigios en el cielo, amonestaciones de rayos en la tierra, presagios de cosas venideras, alegres, tristes, dudosas y claras; porque jamás se pudo verificar mejor con estragos más atroces del pueblo romano ni con más ajustados juicios, que los dioses no tienen cuidado de nuestra seguridad; sino solo de nuestro castigo.

Mas antes de escribir las cosas ofrecidas, me parece conveniente representar qué tal era el estado en que entonces se hallaba la ciudad de Roma, cuál la

intención de los ejércitos, en qué disposición estaban las provincias y lo que en el mundo se hallaba entero o flaco, para que no solo se sepan los casos y sucesos de las cosas, que por la mayor parte suelen ser fortuitos y casuales, sino también las causas y razones de ellos. La muerte de Nerón, así como fue agradable al primer ímpetu para todos aquellos que la deseaban, así también causó varios movimientos de ánimo, no solo en Roma entre los senadores, el pueblo y los soldados pretorianos, pero también en las legiones que estaban en las provincias, y en los capitanes de ellas, habiéndose ya descubierto aquel secreto del imperio que podía elegirse el príncipe en otra parte que en Roma. Estaban contentísimos los senadores, habiendo usurpado luego la libertad con mayor licencia de lo que fuera justo, incitados de ser el príncipe nuevo y estar ausente; y tras ellos los caballeros principales, y aquella parte del pueblo entera y sencilla. junto con los amigos y libertos de los muertos y desterrados, y los allegados y dependientes de casas grandes, que habían levantado el ánimo a nuevas esperanzas. Solamente la hez del vulgo, acostumbrada a los juegos del circo y a los teatros, y con ello los esclavos disolutos y los que, consumidas sus haciendas, se alimentaban de las infamias y vituperios de Nerón, estaban tristes y deseosos de revueltas.

Los soldados de la guardia de la ciudad, criados por el discurso de tantos años con el juramento y fidelidad de los césares y antes con artificio y por fuerza que por propia inclinación reducidos a desamparar a Nerón, viendo que no se daba el donativo prometido en nombre de Galba, y que a los grandes merecimientos y a los premios no correspondía el mismo lugar en la paz que en la guerra, y que la gracia del príncipe se la habían ganado por la mano las legiones que le eligieron, añadida la ocasión que dio Ninfidio Sabino, capitán suyo, con la maldad que intentó de querer ocupar el imperio, comenzaron a inclinarse a novedades; y aunque habiendo sido oprimido Ninfidio al principio de sus intentos, le faltaba cabeza a la sedición, quedaba con todo eso a la mayor parte de ellos su mala conciencia y no faltaban discursos de algunos que vituperaban la vejez y avaricia de Galba. Y a la verdad, aquella severidad suya, loada en otro tiempo y celebrada con fama militar, no agradaba a los que, aborreciendo la antigua disciplina, estaban de suerte habituados a la manera de vida de Nerón en los catorce años que le duró el imperio, que no amaban ahora menos los vicios de los príncipes que antiguamente se solían amar y reverenciar sus virtudes. Juntábase a esto el haberse publicado ciertas palabras en nombre de Galba, es a saber que él estaba enseñando a escoger, y no a comprar los soldados; palabras generosas para lo tocante a la república, aunque sospechosas en él, no correspondiendo a esta entereza las demás cosas de su gobierno.»

7.6. PLINIO EL JOVEN

Nació en el año 61 de nuestra era y muere en el año 112; hijo de un terrateniente, fue criado por su tío y padre adoptivo Plinio el Viejo.

Estudió derecho, sirvió en las legiones, y más tarde ingresó al Senado. Entre otras magistraturas ocupó las de pretor y cónsul, fue consejero del emperador Trajano y sirvió en su gobierno provincial.

Publicó diez libros de *Cartas* sobre temas de actualidad, escritos en un estilo cuidadoso a manera de pequeños ensayos, y dos volúmenes de poesías.

Como consecuencia de un discurso pronunciado en el Senado, publicó más tarde el famoso *Panegírico en honor de Trajano*, en donde destaca las virtudes de este emperador contrastándolas con los defectos de Domiciano.

En el capítulo XXII, al hablar de la entrada de Trajano a Roma, describe el suceso:

«¡Qué día aquel en que deseado y añorado entraste, en la ciudad! Ya el hecho mismo de tu entrada, ¡qué maravilloso y alegre resultaba! Pues tus antecesores acostumbraban marchar y hacerse llevar no digo ya sobre un carro de cuatro caballos y de caballos blancos, sino incluso a hombros de personas, lo que era más insultante. Tú, más alto y más elevado que los demás por la sola esbeltez de tu cuerpo, no celebraste un triunfo sobre nuestra paciencia, sino sobre la altanería de los príncipes. Y por eso ni la edad, ni la enfermedad, ni el sexo, fueron obstáculo que impidiera a nadie regalar sus ojos con este insólito espectáculo. Los niños trataban de conocerte, los jóvenes te señalaban con el dedo, los ancianos te admiraban; incluso los enfermos, desobedeciendo la prescripción de los médicos, se arrastraban para verte como si marcharan al encuentro de su curación y su salud. De ahí que unos, después de verte y recibirte, decían que ya habían vivido bastante, y otros que desde entonces les era más agradable la vida. También las mujeres, se regocijaban extraordinariamente de su fecundidad viendo para qué príncipe hablan parido ciudadanos y a qué general habían dado soldados. Hubieras visto los tejados repletos de espectadores, abrumados por el peso y sin un pequeño espacio donde apoyar el pie si no era en posición incierta e inestable; la calle abarrotada por ambas calzadas y con solo un estrecho corredor libre para tu paso; el pueblo gozoso aquí y allá, y por doquier el mismo entusiasmo y el mismo alborozo. La alegría que todos recibieron con tu llegada era tan grande porque tu llegada era para todos; sin embargo, esa misma alegría crecía a medida que avanzabas y se iba incrementando a cada paso que dabas.»

En el capítulo XCI Plinio nos habla del momento en que es nombrado cónsul, y con motivo de tal circunstancia continúa señalando las virtudes del emperador y exaltando sus cualidades.

«Todavía no habíamos pasado dos años en el desempeño de un cargo laboriosísimo y de gran importancia, cuando tú, el mejor de los príncipes y el más esforzado de los emperadores, nos ofreciste el consulado para que al supremo honor se uniera la gloria de la rapidez. Tan grande es la diferencia que existe entre ti y aquellos príncipes que trataban de hacer valer sus beneficios mediante la dificultad, y que pensaban que los honores resultarían más agradables a quienes los recibían si ante la desesperanza de conseguirlos, el hastío y una demora semejante a la repulsa los convertían en una especie de deshonor y afrenta. El pudor nos impide relatar detalladamente los elogios con que nos has distinguido a los dos y como por nuestro amor del bien y por nuestro amor al Estado nos ha igualado a aquellos famosos cónsules de la antigüedad. Si ello es o no es con justicia, no osaremos decirlo nosotros, puesto que no es lícito contradecir una afirmación tuya, y además sería oneroso para nuestra modestia confesar que son ciertos los elogios que has hecho de nosotros, sol)re todo siendo tan magníficos. Sin embargo, tú eres digno de nombrar cónsules a hombres de quienes puedes afirmar tales cosas. Perdónanos si afirmamos que de todos tus beneficios considerarnos como más agradable el haber tú deseado que fuéramos colegas una vez más.»

Así lo reclamaba nuestro mutuo aprecio, así nuestra congruente norma de vida y así también nuestra idéntica conformidad de principios, que llega a tal grado, que la semejanza de nuestras costumbres disminuye la gloria de nuestra armonía y sería tan inconcebible que uno de nosotros no estuviera de acuerdo con su colega como si disintiera consigo mismo. No es, pues, una alegría pasajera y efímera la que cada uno de nosotros experimenta por el consulado de su colega, como si se tratara de un segundo consulado propio; existe, sin embargo, la diferencia de que los que son nombrados cónsules por segunda vez quedan obligados dos veces, pero en momentos diferentes nosotros, por el contrario, hemos recibido dos consulados a la vez y los hemos desempeñado juntos y sintiéndonos cada uno cónsul en la persona del otro, lo somos por segunda vez y al mismo tiempo.»

7.7. CAYO SUETONIO TRANQUILO

Nació probablemente en el norte de África en el año 69 de nuestra era. Fue gramático y también por algún tiempo se dedicó a la abogacía. Más tarde ingresó al servicio público, en donde desempeñó cargos en los archivos imperiales.

Su fama se debe a su labor literaria, entre la que destaca su famosa obra *Los Doce Césares*, la cual está llena de anécdotas sobre los personajes, a quienes presenta de una manera real en su vida cotidiana.

TITO FLAVIO

- I. «Tito llevaba el mismo nombre que su padre, y por sus cualidades, destreza y fortuna, que le granjearon el afecto universal, fue llamado amor y delicias del género humano. Lo más asombroso de este príncipe fue que, adorado en el trono, antes de subir a él fue objeto de la censura pública y hasta de odio durante el reinado de su padre. Nació el 3 de las calendas de enero del año 794, célebre por la muerte de Calígula, en una habitación tan estrecha como oscura, que se enseña todavía en nuestros días tal como era y que formaba parte de un edificio de aspecto triste, cerca del Septizonio.
- II. Se crió en la corte con Británico, recibiendo la misma educación y de los mismos maestros que él. Un adivino hecho llamar por Narciso, liberto de Claudio, para que le revelase los destinos de Británico, afirmó que aquel príncipe imperial no subiría nunca al trono, pero que Tito (estaba él presente) llegaría con seguridad a él. Vivían los dos príncipes en tanta intimidad, que se cree que Tito probó el veneno de que murió Británico, pues estaba en aquel instante sentado a su lado en la mesa y padeció luego larga y peligrosa enfermedad. En memoria de aquella íntima amistad mandó erigirle más adelante una estatua de oro en su palacio, y le ofrendó como a un dios una ecuestre de marfil, que todavía hoy es paseada en las solemnidades del Circo.
- III. Así en lo físico como en lo espiritual, las mejores cualidades le adornaron desde su infancia; cualidades que se desarrollaron más y más con la edad. Tenía, en efecto, hermoso exterior, que revelaba tanta gracia como dignidad, aunque no era muy alto y tenía el vientre algo grueso; poseía una fuerza extraordinaria, admirable memoria, singular aptitud para todos los trabajos de la guerra y de la paz, rara destreza en el manejo de las armas, siendo, a la vez, un consumado jinete; poseía, además, facilidad prodigiosa, que llegaba hasta la improvisación, para componer en griego y en latín discursos y poemas, y bastantes conocimientos

- músicos para cantar con gusto y acompañarse con habilidad. He sabido también, por algunos, que se había acostumbrado a escribir con rapidez, hasta el punto de competir algunas veces en velocidad con los más hábiles secretarios. Sabía, asimismo, imitar todas las firmas, por cuya razón decía que podía haber sido excelente falsificador.
- IV. Sirvió como tribuno militar en la Germania y la Bretaña, con tanta modestia como distinción, atestiguando suficientemente sus hazañas el inmenso número de estatuas de todos los tamaños que le erigieron estas provincias y las inscripciones que figuran en ellas. Terminadas sus campañas se dedicó al foro, en el que brilló más por su rectitud que por su asiduidad. Contrajo matrimonio con Arricidia Tertula, hija de un caballero romano que había sido prefecto de las, casó con Marcia Furnila, que pertenecía a una ilustre familia, y de la cual se divorció después de tener de ella una hija. Colocado después de su pretura al frente de una legión, se apoderó de Tariquea y de Gamala, las dos plazas más fuertes de la Judea; en una de las batallas en que tomó parte le mataron el caballo, montando en el acto el de un soldado que acababa de caer muerto luchando a su lado, y continuó combatiendo. V) Cuando Galba ascendió al imperio, Tito fue invitado para felicitarle y por todas partes por donde pasó se le prodigaron grandes muestras de afecto, siendo la opinión general que el Emperador le llamaba a Roma para adoptarle. Pero enterado de que de nuevo se complicaban los asuntos, volvió atrás, consultó sobre el éxito de su navegación al oráculo de Venus en Pafos, el cual le prometió un mando, promesa que no tardó en realizarse, pues poco después le dejaron en la Judea para acabar de someterla. En el sitio de Jerusalén mató de doce flechazos a doce defensores de la ciudad; se apoderó de la misma el día en que celebraba el aniversario del nacimiento de su hija; el júbilo de los soldados fue indescriptible, y tan favorable para él sus disposiciones, que en los vítores le llamaron todos a un *imperator*. Más adelante, cuando tuvo que dejar aquella provincia, intentaron retenerle con toda suerte de súplicas y hasta con amenazas, conjurándole a permanecer con ellos o a que los llevase a todos con él. Tales demostraciones dieron sospechas de que quería abandonar la causa de su padre y crearse un Imperio en Oriente, sospechas que él mismo fortaleció, presentándose con una diadema en la cabeza durante la consagración del buey Apis, en Menfis, por donde, pasaba dirigiéndose
- V. A partir de entonces compartió el poder supremo y fue como el tutor del Imperio. Celebró el triunfo con su padre y con él ejerció la censura. Fue también colega suyo en el poder tribunicio y en siete consulados. Quedó encargado del cuidado de casi todos los negocios y dictaba las cartas a nombre de su padre, redactando los edictos y leyendo los discursos del Emperador al Senado en vez de hacerlo el cuestor, siendo, asimismo, prefecto del Pretorio, funciones todas que hasta entonces solo se había encargado a caballeros romanos. Se mostró duro y violento: haciendo perecer sin vacilar a cuantos le eran sospechosos, apostando en el teatro y en los campos gentes que, como a nombre de todos, pedían en voz alta su castigo. Citaré entre todos al consular A. Cecina, a quien había invitado a cenar, y al cual, apenas salido del comedor, se le dio muerte por orden suya. Verdad es que Tito había cogido, escrita de su puño, una proclama dirigida a los soldados y que el peligro era inminente. No obstante, semejante conducta, asegurándole el porvenir, le hizo odioso en el presente; de suerte que pocos príncipes han llegado al trono con tan pésima reputación y tan señalada hostilidad por parte del pueblo.

- VI. Además de cruel, se le acusaba de intemperante, porque alargaba hasta medianoche sus desórdenes de mesa con sus familiares más viciosos. Se temía incluso, su afición a los deleites en vista de la muchedumbre de eunucos y de disolutos que le rodeaban y de su célebre pasión por la reina Berenice, a la que se decía que había prometido hacer su esposa. Acusábanle, en fin, de rapacidad, porque se sabía que en las causas llevadas ante el tribunal de su padre vendió más de una vez la justicia. En una palabra, se pensaba y se decía por todas partes que sería otro Nerón. Pero esta fama se volvió al fin en su favor, siendo ocasión de grandes elogios, cuando se le vio renunciar a todos sus vicios y abrazar todas las virtudes. Hizo entonces famosas sus comidas, más por el recreo que por la profusión; eligió por amigos hombres de quienes se rodearon después los príncipes sucesores suyos y fueron empleados por aquellos como los mejores sostenes de su poder y, del Estado: despidió de Roma en el acto a Berenice, con gran pesar de los dos, y dejó de tratar tan liberalmente como lo había hecho y hasta de ver en público a aquellos de su comitiva que no se distinguían más que por sus habilidades frívolas, a pesar de haberlos entre ellos a quienes quería profundamente y que danzaban con una perfección que fue aprovechada al punto por el teatro. No hizo daño a nadie; respetó siempre los bienes ajenos y ni siquiera quiso recibir los regalos de costumbre. Sin embargo, no cedió en magnificencia a ninguno de sus predecesores; así, después de la dedicación del Anfiteatro y de la rápida construcción de los baños próximos a este edificio, dio un espectáculo de los más prolongados y más hermosos, en el cual hizo representar, entre otras cosas, una batalla naval en la antigua naumaquia; dio también un combate de gladiadores y presentó en un solo día cinco mil fieras de toda especie.
- VII. Inclinado, naturalmente, a la benevolencia, fue el primero que prescindió de la costumbre, seguida desde Tiberio por todos los Césares, de considerar nulas las gracias y concesiones otorgadas antes de ellos, si ellos mismos no las ratificaban expresamente; en un solo edicto declaró, en efecto, que eran todas válidas y no permitió que se solicitase aprobación a ninguna. En cuanto a las demás peticiones que podían hacerle, tuvo por norma no despedir a nadie sin esperanzas. Hacíanle observar sus amigos que prometía más de lo que podía cumplir, y contestaba que nadie debía salir descontento de la audiencia de un príncipe. Recordando en una ocasión, mientras estaba cenando, que no había hecho ningún favor durante el día, pronunció estas palabras tan memorables y con tanta justicia celebradas: Aragos míos, he perdido el día. En todas ocasiones mostró gran deferencia por el pueblo; así, habiendo anunciado un combate de gladiadores, declaró, que todo se haría según la voluntad del público y no de la suya; llegada la hora, lejos de negar lo que pedían los espectadores, él mismo los exhortó a que pidiesen lo que quisieran. No ocultó su preferencia por los gladiadores tracios, y con frecuencia bromeó con el pueblo excitándolos con la voz y el ademán, pero sin comprometer nunca su dignidad ni excederse de lo justo. Para hacerse aún más popular, permitió muchas veces al público la entrada en las termas donde se bañaba. Tristes e imprevistos acontecimientos perturbaron su reinado; la erupción del Vesubio, en la Campania; un incendio en Roma, que duró tres días y tres noches y una peste, en fin, cuyos estragos fueron espantosos. En estas calamidades demostró la vigilancia de un príncipe y el afecto de un padre, consolando a los pueblos con sus edictos y socorriéndolos con sus

dádivas. Varones consulares, designados por suerte, quedaron encargados de reparar los desastres de la Campania; se emplearon en la reconstrucción de los pueblos destruidos los bienes de los que habían perecido en la erupción del Vesubio sin dejar herederos. Después del incendio de Roma, Tito hizo saber que tomaba a su cargo todas las pérdidas públicas, y en consecuencia de ello dedicó las riquezas de sus palacios a reconstruir y adornar los templos; con objeto de dar más impulso a los trabajos, hizo que gran número de caballeros romanos vigilasen la ejecución. Prodigó a los apestados toda suerte de socorros divinos y humanos, recurriendo, a fin de curar a los enfermos y aplacar a los dioses, a toda suerte de remedios y sacrificios. Entre las calamidades de aquella época, contábase los delatores y sobornadores de testigos, restos de la antigua tiranía. Tito los hizo azotar con varas y palos en pleno Foro y en los últimos tiempos de su reinado hizo que los bajasen a la arena del Anfiteatro, donde unos fueron vendidos en subasta, como los esclavos y otros condenados a la deportación a las islas más insalubres. Con objeto de refrenar para siempre la audacia de aquellas gentes, estableció entre otras reglas, que nunca podría perseguirse el mismo delito en virtud de diferentes leyes ni turbar la memoria de los muertos pasado cierto número de años.

- VIII. Aceptó el pontificado máximo con el único objeto, según dijo, de conservar puras sus manos, y así lo cumplió, porque a partir de entonces no fue ya autor ni cómplice de la muerte de nadie; no le faltaban, en verdad, motivos de venganza, pero decía que prefería morir él mismo a hacer perecer a nadie. A dos patricios convictos de aspirar al Imperio, limitose con aconsejarles que renunciasen a sus pretensiones, añadiendo que el trono lo daba el destino y les prometió concederles, por otra parte lo que anhelaban. Envió incluso correos a la madre de uno de ellos que vivía lejos de Roma, para tranquilizarla acerca de la suerte de su hijo y comunicarle que vivía. No solo invitó a los dos conjurados a cenar con él, sino que al día siguiente, en un espectáculo de gladiadores, los hizo colocar expresamente a su lado y cuando le presentaron las armas de los combatientes, se las pasó, tranquilamente, para que las examinasen. Se añade que habiendo hecho estudiar su horóscopo, les advirtió que los amenazaba a los dos un peligro cierto, aunque lejano aún, y que no vendría de él, lo que confirmaron los acontecimientos. En cuanto a su hermano, que no cejaba en prepararle acechanzas, que minaba casi abiertamente la fidelidad de los ejércitos y que quiso, en fin, huir, no pudo decidirse ni a hacerle perecer, ni a separarse de él, ni siquiera a tratarle con menos consideración que antes. Continuó proclamándole su colega y sucesor en el Imperio, como en el primer día de su reinado; y algunas veces incluso le rogó en secreto, con lágrimas en los ojos, que viviese en fin con él como un hermano.
- IX. En medio de sus cuidados le sorprendió la muerte, para desdicha del mundo más todavía que para la suya. Al terminar un espectáculo, en el que había llorado abundantemente en presencia de todo el concurso, partió para el país de los Sabinos; iba algo entristecido, pues había visto escapar la víctima de un sacrificio y había oído retumbar el trueno con cielo sin nubes. En el primer descanso le acometió la fiebre; prosiguió el viaje en litera y dicese que separando las cortinas, miró el cielo y, se quejó de morir sin haberlo merecido, puesto que en toda su vida solo había realizado una acción de que tuviese que arrepentirse. No dijo a qué acción quiso referirse, y no es fácil adivinarla; se ha creído que era

su trato íntimo con Domicia, la esposa de su hermano, pero esta juró por todos los dioses que nada había habido entre ellos, y no era mujer para negar aquel comercio si hubiese existido, y hasta es seguro que se habría vanagloriado de él como de todas sus infamias.

- X. Murió el emperador en la misma casa de campo que su padre, en los idus de septiembre, a los cuarenta y un años de edad, tras un reinado de dos años, dos meses y veinte días. Al difundirse la noticia de su muerte, hubiérase dicho, viendo el dolor público, que cada cual lloraba por uno de su propia familia. Los senadores acudieron, antes de ser convocados, a la sala de sus sesiones cuyas puertas estaban cerradas aún; abiertas prestamente, colmaron al príncipe muerto de tantas alabanzas y honores como jamás le habían prodigado vivo y presente.»

7.8. LUCIO ANNEO FLORO

Hombre de letras del siglo II de nuestra era, vivió en la época del insigne emperador Adriano y es autor de una obra histórica, de carácter marcadamente imperialista, que conocemos con el nombre de *Gestas romanas*.

En el prólogo del libro primero, compara la vida del pueblo romano con las distintas etapas por las que atraviesa la vida del hombre y así nos dice:

LIBRO PRIMERO

Prólogo

«Si se considera al pueblo romano como un solo hombre y se abraza con el ánimo la duración de su vida, esto es, cómo nació, cómo creció, de qué manera llegó a la flor de su edad y por fin, cómo vino a la decadencia, encontraremos en su historia cuatro grados y procesos.

Recorre en su primera edad, bajo el gobierno de los reyes, un periodo de doscientos cincuenta años, durante los cuales lucha con los pueblos comarcanos sin alejarle del regazo materno: tal fue su infancia. A partir del consulado de Bruto y Colatino hasta el de Claudio y Quinto Fulvio, se cuentan otros tantos años en cuyo lapso dominó la Italia: período que podemos llamar de la adolescencia, por ser fecundísimo en hechos de armas y esclarecidos varones. Desde aquí hasta César Augusto discurren doscientos años, durante cuyo tiempo conquistó todo el orbe: esta época es como la juventud del Imperio y a modo de robusta virilidad. No mucho menos del tiempo citado ha transcurrido desde César Augusto hasta nuestros días y sin embargo por la inercia de los Césares, como que envejeció y estuvo a punto de agotar todas sus fuerzas, a no ser porque, imperando 'Trajano, despertó del letargo recobrando su virilidad y convirtiendo, contra la común esperanza, en juventud la decrepitud del Imperio.».

En el capítulo XXII del mismo libro Floro, escribe:

«La segunda edad del pueblo romano puede considerarse como su adolescencia: en ella desplegó todo su vigor, y ardió y se agitó a impulsos de un valor a toda prueba.

Conservaba aún cierta rudeza pastoril que le comunicaba algo de indomable. De aquí se originó que el ejército, sublevado en el campamento, apedreara al general Postumio, por negarse este a repartir entre sus soldados el botín, cual

lo había prometido: que, bajo Apio Claudio, no quisiera batir al enemigo, siendo así que pudo hacerlo; que capitaneados por Volerón, muchos del pueblo se resistieron a engancharse en la milicia, rompiendo las haces consulares. Este mismo pueblo castigó con el destierro a muy ilustres hombres que contrariaron su voluntad: a Coriolano, por haber ordenado que se cultivaran los campos: y este hubiera vengado no menos cruelmente por medio de las armas, la ofensa que se le infiriera, a no ser porque su madre Veturia desarmó con sus lágrimas la cólera del hijo en el momento en que se disponía a clavar sus banderas en las mismas murallas de Roma. El mismo Camilo fue desterrado por antojársele al pueblo que había repartido sin equidad entre este el ejército, la presa obtenida en Velles; pero mejor patricio que Coriolano, se consumió de dolor en la ciudad conquistada hasta que a ruego de los romanos, salió de ella para vengarles del galo enemigo.

También luchó el pueblo romano traspasando los límites del bien y la justicia, con el Senado. De tal manera que, abandonando sus moradas, amenazó sumir a la patria en la soledad y, la ruina.»

En el libro tercero, capítulo XII, el autor narra cómo siendo ya el romano un pueblo maduro, se inician sus conquistas fuera de la península y nos señala:

«Esta es aquella tercera edad del pueblo romano durante cuyo tiempo, viéndose obligado a salir fuera de Italia, llevó al otro lado de los mares sus conquistas y, extendió el poderío de sus armas por todo el orbe.

Un período de virtud y justicia constituye los primeros cien años, a los que, como ya dijimos, podemos apellidar edad de oro. Corrió esta, sin que el crimen y la infamia la mancillaran, todo el tiempo que íntegras y puras se conservaron las costumbres pastoriles, y mientras que el temor a Cartago mantuvo la antigua disciplina. La última centuria que se extiende desde la ruina de Cartago, Corinto, Numancia y la herencia asiática del rey Atalo, hasta César, Pompeyo y Augusto, sucesor de estos, cuyos hechos narraremos, si bien fue ilustre por sus esclarecidas hazañas, sin embargo nos avergüenza y entristece con sus discordias civiles. Si bella, honrosa y esclarecida (ya que no útil) fue para el nombre romano la adquisición de provincias tan fértiles y poderosas como las Galias, Tracia, Cilicia, Capadocia, Armenia y Bretaña; vergonzosas y deplorables fueron en aquel mismo tiempo las disensiones interiores, las luchas con los aliados, los esclavos, los gladiadores y la honda división suscitada dentro del mismo Senado.

Ignoramos si ventajoso hubiera sido para Roma contentarse con la dominación de Sicilia y África, o más bien circunscribirse a los límites naturales de su Italia, careciendo de aquellas, que levantarse a tan grande altura, de la que había de caer agobiada con el peso de su propia grandeza.

¿No fue una excesiva prosperidad la que engendró las guerras civiles? La conquista de Siria primero, y la herencia legada en Asia por el Rey de Pérgamo después, nos corrompieron. Las riquezas y la opulencia pervirtieron las costumbres de este siglo y sumergieron la República en la sentina de sus propios vicios.

¿Hubiera jamás el pueblo romano exigido de sus tribunos víveres y territorios, si a ello no le hubiera obligado el hambre producida por el lujo?. Esta fue la causa de las dos sediciones de los Gracos y de la de Apuleyo.

Jamás se hubieran los caballeros separado del Senado con el fin de obtener el poder judicial, si la avaricia no les impeliera a traficar con las rentas públicas y con la administración de justicia. Por esto se ofreció a los del Lacio los derechos de ciudadanía e hicieron los aliados armas contra Roma. La guerra de los esclavos ¿no reconoció por motivo el acrecentamiento excesivo de su número? ¿Por qué se armaron contra sus señores aquellos ejércitos de gladiadores, sino porque la desenfrenada prodigalidad de aquellos para captarse la voluntad del pueblo idólatra de espectáculos, convirtió en un arte lo que en otro tiempo estaba reservado para suplicio de los enemigos?. Y si en más poderosas pasiones paramos mientes, ¿no fueron las riquezas las que despertaron el anhelo por adquirir honores dando origen a las revueltas de Mario y Sila? La opulencia ¿no redujo la magnificencia en los banquetes y el derroche, causas del empobrecimiento que desencadenó a Catilina contra su misma patria?. Por último a las riquezas, que no a otra cosa, se debió aquel vertiginoso deseo de poder y supremacía que armó las manos de César y Pompeyo con la tea incendiaria que asoló el Imperio.

Por su orden y separadamente de las justas guerras suscitadas con los pueblos extranjeros, expondremos las revueltas civiles del pueblo romano.

Finalmente, en el libro cuarto, capítulo XII, vemos con precisión la importancia que para todo romano tenía el derecho y así destaca:

«Conservar las provincias es más difícil que conquistarlas: se someten por la fuerza, se mantienen por el derecho.».

VIII. ARTÍCULOS PARA LECTURA Y ANÁLISIS

ORÍGENES LEGENDARIOS DE ROMA*

1. LEYENDA DE ENEAS

La tradición que se generalizó es esta. Destruída Troya (1184 a. C.), los supervivientes Eneas y Antenor emigran. Antenor funda Patavium (Padua). Eneas, hijo de Afrodita (= «Venus Genetrix») y de Anquises, casado con Creusa (desaparecida en el asedio), hija de Príamo y Hécuba (reyes de Troya), llega a Sicilia tras siete años de viaje, con su hijo Ascanio (o Iulo = origen divino de Julio César y su pariente Augusto), llevando a hombros a su anciano padre y con sus dioses penates (imágenes de los genios de sus antepasados). Anquises muere y es enterrado en la isla. Llega a Cartago y conoce a Dido, princesa tiria emigrada que ha fundado la ciudad. Se enamoran. Cuando Eneas parte, Dido jura que Cartago será siempre enemiga del linaje de Eneas (= justificación de las Guerras Púnicas) y se suicida. En Cumas, la sibila Deifobe desvela a Eneas la futura grandeza de su estirpe (= Roma). Eneas es acogido por el rey Latino (= los latinos) y casa con su hija, Lavinia, que rompe su compromiso previo con el rey de los rútuos. En 1176, Eneas con su familia funda Lavinio y ha de guerrear con los rútuos: mata en combate singular a su rey, Turno. Eneas muere ahogado en el río Númico y recibirá culto como «Iovis Indiges» (Júpiter Indígena). En 1152 Ascanio funda Alba Longa. Tiene un hijo (Silvio, «del bosque») que le sucederá como rey de Alba. Tras él, reinan Eneas, Latino, Alba, Atys, Capys, Capeto, Tiberino, Agripa, Rómulo, Aventino y Proca (origen de los nombres, entre otros, del río Tíber y del monte Aventino).

2. OTRAS «FUNDACIONES» DE ROMA

Proca es padre de Numitor y Amulio, que destrona a su hermano y hace de la hija de este, Rhea Silvia (o Ilia), una vestal, obligada al celibato. Marte engendra en ella a los gemelos Rómulo y Remo: Amulio destierra a Rhea y manda arrojar a los niños al Tíber, de donde los salva una loba y, luego, el pastor Fáustulo y su mujer, Acá Labrantía. Enterados de su origen, los gemelos restauran a Numitor y deciden fundar una nueva ciudad. Piden auspicios a los dioses: Remo ve primero seis buitres en el Aventino. Rómulo ve luego doce sobre el Palatino. (Para Ennio, en el a-o -900. Para Varrón, el más aceptado, el 21 de abril del 754-753, equinoccio de primavera: comienzo del año romano primitivo. Para el cronista arcaico Fabio Pitar, el 748. Para Cinco Alimento, el 728). Según Plutarco hubo muchas otras versiones de la fundación de Roma: una fundación de los pelagos; fundación troyana llamada Roma como la más decidida y noble de las mujeres que iban en la expedición; fundada, según otros, por Rómulo, hijo de una Roma hija y homónima de la anterior, y de Latino, hijo de Telémaco, hijo de Ulises; Roma sería el nombre de una descendiente de Hércules que casó con Eneas o con Ascanio, fundadores de la Urbe; o el de la hija de Ítalo de Laucaría, que casó con Eneas o Ascanio; fundación de Romano, hijo de Circe y Ulises; fundación de Romo, troyano, hijo de Ema tión; de otro Romo, que llegó de Oriente a Italia; fundada por Rómulo y Remo, hijos de Anquises y Des itea, arrastrados por una tempestad que los depositó suavemente en la futura Roma; la madre de Rómulo fue Emilia, hija de Eneas y Lavinia, que lo tuvo de Marte; Traqueto, cruel rey de Alba, consulta una visión: una virgen concebirá un gran hombre (el rey lo intenta con su propia hija, pero, engañado, deja encinta a una criada, a la que no puede matar tras una aparición de Vesta) que, luego, serán Rómulo y Remo, abandonados en el río y salvados por una loba.

3. REYES LATINO-SABINOS

Remo fue muerto por Rómulo al violar aquel el poderío naciente del Palatino, monte donde se veneraba la Cabaña de Rómulo.

Rómulo: Acoge a fugitivos y bandidos que viven en el Capitolio. Engañan a los sabinos para tomar esposas. Traicionados por Tarpeya (que será muerta), ven invadido el Capitolio, pero con ayuda de Júpiter los rechazan y Rómulo mata al jefe sabino, Arcón, cuyas armas («solía opima») ofrece a Jove en el Capitolio (así se hará en el futuro con las armas del jefe enemigo muerto por el general romano en combate). Rómulo firma la paz con TITO TACIO, rey sabino nacido en Cures (según la tradición, por eso los romanos son el pueblo «de los quirites»): Rómulo reina en el Palatino y Tasio en el Capitolio, sobre la misma comunidad política. Conquistan Colativa. Organizan a los romanos en las tribus de Titíes, Ramones y Luceras (étnicas o topográficas?), un calendario de diez meses (sin enero y febrero) y crean el Senado con cien «partes séniores» elegidos por su edad y valía de entre los cabezas de grupo familiar («patresfamiliarum»): son los «padres» de Roma. Establecen la silla curul y los doce lictores con sus fascas (haces de vergas más un hacha: para aplicar justicia), signos del «imperium» del magistrado supremo (en realidad son creación etrusca). Rómulo es arrebatado por los dioses y deificado como «Quirinus» el 7 de julio del 716 en el Pantano de la Cabra («Capra palus»). El lugar lo conmemoraba el «lapis niger» del foro romano.

Numa Pompilio: (715-672), yerno de Tacio, inspirado por la ninfa Egeria. Arquetipo del rey religioso, crea el Pontífice Máximo (712: Numa Marcio) y alza

templos o altares a Jove Elicio (en el Aventino; trae la lluvia), Jano (puertas abiertas si Roma guerra), Vesta y Fides. Organiza los colegios sacerdotales de las vestales, los flámines (uno para cada dios de la tríada: dial, marcial, quirinal, tocados con un gorro que acaba en un palito de olivo, «apex»), pontífices y salios («que saltan»: danza ritual de homenaje a Marte, que ha mandado del cielo unos escudos especiales, custodiados por estos sacerdotes).

Tulo Hostilio (673-641). Elegido por los romanos. Arquetipo del rey guerrero (“Hostilus” < “hostis”, “hostilis”). Toma Alba Longa (leyenda de los hermanos Horacios y Curiacios) y arrasa todo menos sus templos. Lucha contra todos sus vecinos (Fidenas, Veyes en la orilla etrusca del Tíber) y en especial con los sabinos. Ocupa el Celio y construye el Senado (“Curia Hostilia”). Todos los nobles albanos se domicilian pacíficamente en Roma (linajes de los Curiacios, Tulios Servilios, Quinctios, Clelios y Geganios. Alba era el centro de los latinos. Esta leyenda parece justificar la hegemonía posterior de Roma como heredera de Alba). Una ceremonia incorrecta hace que Jove lo fulmine.

Anco Marcio (641-616), nieto de Numa, es un arquetipo de rey constructor. Primer puente estable (de madera, luego sujeto a ritos especiales) sobre el Tíber (Puente Sublicio), puerto en las salinas de Ostia, cárcel Mamertina, acueducto («aqua Martia»). Ocupa el Janículo. Emplea como preceptor de sus hijos a un emigrante de Etruria, hijo del griego Demarato de Corinto, casado con la ambiciosa Tanaquil: Tarquinio, el siguiente rey de Roma (etrusco).

Tiberio Sempronio Graco y Cayo Graco: Los tribunos mártires y su revolución social

Nelly Dora Louzan de Solimano ^{1*}

INTRODUCCIÓN

Se ha dicho con notable acierto que la historia de Roma no fue otra que un vasto sistema de incorporaciones.

Afirmamos esto desde el punto de vista del Derecho público, porque revela el genio jurídico político del pueblo Romano, que a través de muy diversos sistemas supo atraer a su órbita, partiendo de las civitas, a todo el mundo mediterráneo, ya que al final de la segunda Guerra Púnica, fue cuando los habitantes del Lacio se apoderaron de todo el mundo conocido (el Mare Nostrum y todas las islas).

Roma a través de un proceso histórico muy atormentado, como nos dice Guarino, se convirtió en la gran potencia del Mundo Antiguo, llevando adelante un gran proceso de expansión que no se detuvo hasta que todo el territorio circundante no estuvo sometido a las insignias romanas: y por primera vez en la historia mundial, la hegemonía política hasta entonces patrimonio de los pueblos orientales, se va a trasladar a Occidente estabilizándose en un área de proyección política que duró durante siglos.

Los nobles patricios ocupan los cargos públicos. El partido popular no era homogéneo; esa fue la causa principal de su fracaso. Se proponía sobre todo, mejorar la condición de la plebe, pero los intereses de la plebe urbana eran distintos, de los de la plebe rústica; porque mientras la plebe urbana insistía en la disminución del costo de la vida, la plebe rústica quería la protección del trabajo libre contra los esclavos y una política de repartos agrarios.

Hubo ciertas familias nobles, que simpatizaron con el programa del partido popular por lo que tenía de justo y de humano y también se adhirieron los caballeros

1 | * Abogada. Directora del Instituto de Derecho Romano de la Universidad del Salvador. Argentina.

de la burguesía capitalista, que creían con ello poder debilitar a la casta de propietarios territoriales.

A medida que Roma se fue extendiendo, los nuevos ciudadanos eran inscriptos en las tribus territoriales, en primer lugar en las cuatro primitivas tribus urbanas y poco a poco se fueron creando nuevas tribus rústicas que abarcaban extensiones de terreno agrícola y en el año 387 a. de C. sobre el territorio conquistado a los etruscos, se siguen creando tribus rústicas hasta que en el año 241. a. de C. el número de tribus quedó estabilizado definitivamente en 35.

Desde principios de la época republicana el tema de la posesión del *ager publicus* fue uno de los puntos cruciales en la lucha patricio-plebeya y la distribución de estas tierras es uno de los temas capitales en la historia político-social de Roma, que según Torrent tiene sus hitos fundamentales en la Lex Licinia Sextia de modo Agrorum del 367 a. de C. y en la Lex Agraria de Tiberio Graco del 133 a. de C., cuestión que siempre fue germen de infinitas discordias en Roma y que arrancan de la primer ley agraria de Spurio Cassio en el 486 a. de C., Tito Livio (2,41,3) a propósito de esta ley dice: «así fue promulgada la primera ley Agraria y desde entonces hasta nuestros días, cada vez que se intenta resolver la cuestión, se producen grandes desórdenes».

Con marcado espíritu conservador, dice Cicerón (de Off. 2,79): «los que quieren ser populares y por esta razón plantean los problemas agrarios...miran los fundamentos del Estado», Polibio (2,21,7) llegó a decir: «que nada es más importante en los destinos del estado que la cuestión agraria». Los fenómenos económicos del siglo III a. de C., representados por el aumento del precio de los productos industriales y los menores costos de los productos agrarios producidos en las grandes haciendas, llevaban al endeudamiento de los pequeños agricultores y finalmente a la venta de sus tierras, con lo que se generaba el fenómeno inverso de la concentración latifundista de la propiedad agraria.

Esos métodos favorecieron sobre todo a los arrendatarios generales encargados de percibir las rentas patrimoniales y a los propietarios de las tierras (André Piganiol, Historia de Roma, cap. IV). Mientras tanto, la condición de los campesinos libres había empeorado a causa de las guerras, a causa de la importación de trigo de los países tributarios, que hacían competencia a la agricultura nacional, a causa del progreso de la esclavitud que desalojaba el trabajo libre y por la interrupción de la política colonizadora.

El pueblo dejó de trabajar en los campos y se aglomeró en Roma, los soldados ya no pelearon por la patria, se alistaban para recibir el sueldo y el botín de guerra y permanecían tanto tiempo fuera de su patria que ya solo conocían a su general, dice Charles Seignobos (Historia Universal); entonces el gobierno del Senado llegó a ser imposible y el pueblo no quiso el dominio de los nobles; los generales dejaron de obedecerlos y se hicieron la guerra unos a otros, comenzaron así las revoluciones que duran un siglo en Roma.

Contra estos males que iban arruinando el estado y disminuyendo la población libre itálica, reaccionó Tiberio Graco que en el año 133 a. de C. Propone una nueva Ley Agraria.

TIBERIO Y CAYO GRACO

Tiberio y Cayo Graco llevando nuevamente al Tribunado de la Plebe a un papel de instrumento de lucha de las masas populares, intentaron una serie de reformas tendientes a robustecer el cuerpo cívico del estado afirmando el principio de la soberanía popular

y limitando el poder del senado. Muchas reformas fueron impuestas pero resultaron a la corta o a la larga saboteadas y anuladas por la reacción oligárquica y por Sila.

En el año 133 a. de C. va a ser elegido tribuno de la plebe Tiberio Sempronio Graco. Pertenecía a la gens Sempronia, una familia muy noble. Su padre había sido censor. Su madre, la célebre Cornelia era hija del gran Escipión el Africano, sin padre desde muy niño fue educado por su madre, lo mismo que su hermano Cayo, nueve años menor que él. Dice que Cornelia era la mujer más virtuosa de Roma, el rey de Egipto la había pedido en matrimonio y ella no había aceptado. Vivía sencillamente, sin lujo. Un día, en una reunión de señoras romanas, en que todas ostentaban sus alhajas le fue pedido que mostrara también las suyas. Mandó venir a sus dos hijos y dijo: «he aquí mis galas».

Tuvo Tiberio por preceptores y amigos dos filósofos griegos: Brosmio de Cumas y Diáfanos de Mitilene. Fue instruido y elocuente, su carácter era suave, en la tribuna hablaba con calma y sin moverse de su sitio. Vivía sin lujo, como los antiguos. Pronto fue querido y estimado por el pueblo, fue elegido Cuestor y más tarde cuando regresa a Roma, es elegido Tribuno de la Plebe. La situación del país la conocía un poco, porque en el salón de su madre siempre se hablaba de ella y con gran competencia y otro poco según lo dicho por su hermano cuando había ido a Etruria la había estudiado personalmente, quedando horrorizado. Comprendió que Italia llegaría a la ruina si su agricultura caía definitivamente en manos de especuladores y esclavos y que en la misma Roma, no podía triunfar ninguna democracia sana con un proletariado que se corrompía diariamente en el ocio y con la percepción de subsidios.

Al proponer la Ley Agraria en el mismo año 133 a. de C., trató de hacer cumplir la limitación de 500 arpentas del *ager publicus* previsto por la antigua Ley Licinia, pudiendo añadirse 250 más por cada hijo, aunque han supuesto que en ningún caso se podía superar el límite de las 1000 arpentas, pero no parece esta última limitación por hijos, pues, precisamente el objeto demográfico y de vigorizar la población era uno de los fines de la Ley, (niegan la limitación Carcopino, De Martino y Frezza) que pretendiendo conceder a cada ciudadano un lote de *ager publicus* que permitiera recuperar los excesos concedidos anteriormente; es decir, la Ley Agraria de Tiberio Graco tenía también a recuperar para el Estado los excesos concedidos por la Ley Licinia que había generado los grandes latifundios, de manera que después de la reordenación del *ager publicus* aquellas posesiones que no habían sido revocadas se confirmasen a perpetuidad en el sentido de que las mismas se convirtieran en propiedad privada.

De este modo Tiberio pensaba distribuir las tierras recuperadas a los ciudadanos pobres y la Lex Sempronia creó al efecto para la revisión y nueva asignación del *ager publicus* un colegio de tres «viri» *agris iuducandis adsignandis*, que a tenor de la Lex Agraria del III a. de C. Transformaba en propiedad privada las posesiones de *ager publicus* inferiores a 30 arpentas (Carcopino, Autor Des Gracques, París, 1967).

El Senado declaró ilegales las propuestas, acusó a su autor de ambiciones dictatoriales y persuadió a Octavio, otro tribuno a que opusiese el veto. Tiberio contestó con un proyecto de ley según el cual un tribuno, cuando obraba contra la voluntad de los comicios debía ser depuesto inmediatamente. La Asamblea aprobó la propuesta y los lictores de Tiberio echaron a la fuerza a Octavio. Tiberio suplicó a su colega que retirase el veto, pero Octavio no accedió, Tiberio intentó hacerle ceder, declarando por su parte que no dejaría pasar nada hasta que hubiera recaído votación sobre su ley. Usando del poder de «*intercessio*» conferido a los tribunos, cerró el tesoro y los tribunales. Los nobles recorrieron la ciudad vestidos de luto, luego amenazaron con hacer asesinar a

Tiberio, el cual empezó a llevar debajo de la toga un puñal para defenderse. Reunió al pueblo para que votase y los nobles hicieron arrebatar las urnas.

Se decidió por fin, solicitar del pueblo una ley para destituir a Octavio. Luego el pueblo aprobó la Ley Agraria y nombró triunviros para aplicarla: a Tiberio, a su suegro Apio y a su hermano Cayo. Tenemos la impresión que Tiberio no fue recibido en su casa como él esperaba. Tal vez solo Cornelia siguió reconociéndole como una de sus «alhajas», como un día le definiera a él y a Cayo. Los demás quedaron un poco sobresaltados especialmente por los medios anticonstitucionales que había empleado contra Octavio. El Senado lo amenazaba porque apenas terminado su cargo querían procesarlo.

El día de las elecciones quiso que lo reeligieran, pero interrumpió un grupo de senadores blandiendo garrotes, el prestigio del que todavía gozaba el Senado y que Tiberio había neciamente descuidado queda demostrado por el hecho de que ante aquellas togas patricias, los amigos de Tiberio se fueron y lo dejaron solo, lo mataron de un mazazo en la nuca y su cuerpo, junto con el de un centenar de adictos fue arrojado al Tíber.

Su hermano Cayo pidió permiso para rescatar el cadáver y darle sepultura y se lo negaron. Esto sucedió en el 132 a. de C.. Nueve años después o sea en el 123 a. de C., la segunda de las «alhajas» de Cornelia ocupa el cargo de su hermano como tribuno. Le conocemos mejor y le estimamos más porque nos parece de inteligencia más realista que su hermano y también más sincero. Había sido asimismo un orador magnífico: Cicerón lo consideraba el más grande (después de él, por supuesto), había militado valerosamente a las órdenes de su cuñado Escipión Emiliano en Numancia y poseía un gran dominio de sí mismo. Efectivamente, siguió adelante con moderación sin querer quemar las etapas al primer momento.

Elegido cuestor fue enviado a Cerdeña en el año 126 a. de C., el invierno fue frío y los soldados no tenían ropas de abrigo. Cayo fue de ciudad en ciudad pidiéndolas a los naturales, aun cuando había concluido el año a su cargo, el Senado le ordenó que permaneciera en la provincia. Cayo volvió a Roma. Los censores querían castigarlo. Cayo les respondió: «La Ley me obliga a hacer 10 campañas y he hecho 112, la Ley me permite salir del cargo al cabo de un año y he seguido tres, siendo cuestor. No he recibido un as de regalo. Los cinturones que he llevado llenos de dinero los he traído vacíos. Los otros han llevado las ánforas llenas de vino y las han traído llenas de oro» (Seignobos, *Historia Universal*, T. II). En el año 123 a. de C. fue elegido tribuno de la plebe. Tampoco la legislación agraria duró mucho tiempo y según Appiano (*Bellum Civile* 1,27) poco después se dictaron tres plebiscitos neutralizando las reformas de las Leyes Semproniae Agrarias, que traían la concordia a la Roma dividida por la política gracana (Nicolet: *Los Gracos, crisis agraria y revolución de Roma*, París, 1971).

A partir de entonces, se legitimó a los poseedores su ocupación del *ager publicus*, las revisiones posesorias gracanas, incorporando el pago de un vectigal año 119-118 a. de C. (Studi Biondi I, Milán, 1965). Cayo en el año 123 a. de C. hizo aprobar varias leyes que transformaban la sociedad romana: primero, la ley agraria que ordenaba recuperar tierras de dominio público en las comarcas más fértiles, para distribuirlas entre los ciudadanos pobres. Segundo: la ley frumentaria que mandaba que el estado comprase trigo y lo vendiera en menos de lo que había costado a los ciudadanos pobres de Roma. Tercero: una ley ordenaba que el precio de las ropas dadas a los soldados no fuera descontado de su sueldo. Cuarto: una ley transformaba los tribunos en materia criminal. Hasta entonces, los jueces eran todos senadores; es decir, nobles, lo que hacía

muy difícil lograr la condena de un noble. Cayo logró que los jueces fueran nombrados entre los caballeros. Decía «con este golpe he concluido con el orgullo y el poder de los nobles».

Mandó construir buenas calzadas pavimentadas con grandes piedras con columnas para marcar las millas y bancos para que pudieran montar los jinetes. Hizo votar la fundación de colonias en Capua y en Tarento (Italia) y en África en el sitio que ocupó Cartago. Proponía que se concediera el derecho de ciudadanía a todos los italianos o por lo menos a los latinos para aumentar el número de los de su clase.

El cónsul Opimio convocó la asamblea en el Capitolio para derogar las leyes de Cayo. Los dos partidos se encontraron frente a frente. Hubo lucha a mano armada y aún, cuando la lluvia la suspendió, un lictor del cónsul resultó muerto. Al día siguiente por la mañana, Opimio reunió al senado e hizo llevar a la puerta de la sala el cadáver del lictor; Opimio ordenó a los nobles y a los caballeros que acudieran al día siguiente armados. Al día siguiente, por la mañana, Cayo con tres mil partidarios se retiró al monte Aventino. El cónsul fue a atacarlo con los nobles, sus esclavos y los arqueros cretenses, entonces empleados en la policía, Cayo no quiso combatir, se refugió en el templo de Diana para suicidarse y sus amigos se lo impidieron; dos de sus amigos se hicieron matar y le dieron tiempo para retirarse. El hizo que un esclavo le diera muerte y allí 3000 de sus partidarios fueron degollados y sus cuerpos arrojados al Tíber, se confiscaron sus bienes y se prohibió a sus mujeres llevar luto.

Anteriormente, el marido de su hermana Cornelia, Escipión Emiliano, el destructor de Cartago y Hervancia, no sabe por qué aceptó la defensa de intereses que eran contrarios a sus ideas, precisamente por razones de familia, él hubiera debido abstenerse de hacerlo, sus relaciones con Cornelia (h) iban empeorando y una mañana fue hallado asesinado en su lecho, nunca se ha sabido quien lo mató, pero se sospecha de la mujer y de la suegra. Opimio había ofrecido que pagaría a precio de oro el peso de la cabeza de Cayo, un secuaz de Cayo cercenó la cabeza del cadáver, la relleno de plomo y la llevó al Senado. Se embolsó la recompensa; el pueblo llano que tanto lo había aplaudido ni siquiera pestañeó ante el asesinato de su héroe, estaba demasiado ocupado saqueándole la casa.

Cornelia, la madre de los dos hijos asesinados y una viuda sospechosa de asesinato se pusieron de luto. El Senado les ordenó que se lo quitasen. Con la muerte de las dos galas de Cornelia, los tribunos mártires Tiberio y Cayo Graco; el pueblo romano siguió dividido en dos bandos rivales: el de los nobles y senadores (optimates) y el del pueblo (populares).

La noción de extranjero en el Derecho romano

Elvira Méndez Chang^{1*}

Frente a las tendencias que propugnan el debilitamiento de la diferencia entre ciudadano y extranjero, especialmente en los procesos de integración - del cual la Unión Europea es uno de los ejemplos más avanzados-, resulta interesante revisar cómo se produjo el proceso de incorporación del no ciudadano al mundo romano, en especial, al Derecho romano.

1. CLASIFICACIÓN DEL EXTRANJERO EN EL STATUS CIVITATIS

En Roma, el *caput* (cabeza) de un ser humano estaba compuesto por el resultado de su clasificación en los estados jurídicamente establecidos. El estado (*Status*) era una situación o cualidad en virtud de la cual un hombre tenía algunos derechos.

Estos estados eran tres: *status libertatis* (estado de libertad), *status civitatis* (estado de ciudad), y *status familiae* (estado de familia)⁴. Este artículo se centrará en el estudio del *status*³ *civitatis*. Dado que el estado de ciudad se encuentra íntimamente vinculado con los otros dos estados; la pérdida de la libertad conlleva necesariamente a la pérdida de la ciudadanía y la familia, concebida en íntima relación con ella, también se ve afectada por los cambios producidos en la ciudadanía.⁵

Si bien las fuentes no lo definen, se puede afirmar que:

«... *status civitatis* o estado público, comprende el conjunto de condiciones o cualidades, jurídicamente relevantes que se refieren a la posición del individuo respecto a una comunidad determinada».⁶

Por consiguiente, una clasificación de los extranjeros en Roma parte del análisis de la relación del individuo con la ciudad de Roma. De este modo, los hombres se dividirán

1 *En: *Revista Civil and commercial Law Review. Pekín, China, 1999*

en ciudadanos (*cives*) romanos y no ciudadanos (extranjeros). Esta división es netamente jurídica,⁷ sin obedecer a criterios de discriminación racial ni cultural.

A través de la historia de Roma, encontramos que hay varias categorías de no ciudadanos dentro del *status civitatis*:

1.1. LATINUS: Está compuesto por un grupo de no ciudadanos que se ubicaban en una situación intermedia entre los *cives* y los peregrinos propiamente dichos.⁸ Sin embargo, su oposición a los ciudadanos hizo que fueran considerados genéricamente⁹ peregrini desde épocas antiguas. Eran extranjeros tratados favorablemente, para los cuales se habían acordado ciertas ventajas comprendidas entre los derechos otorgados para quienes tenían la ciudadanía romana, tales como las nupcias, el derecho al sufragio, entre otros.

Los latinos se distinguen en:

a) *Latini veteres o prisci*:

Eran los pertenecientes a las antiguas ciudades latinas. Podían adquirir ciudadanía romana si trasladaban su domicilio a Roma.¹⁰ Se les concedió el *connubium*. La constitución del emperador Antonino Caracalla (212 d.C.) suprimió esta categoría, asimilándolos a los ciudadanos romanos.

b) *Latini coloniarii*:

Su condición era inferior a los *latini veteres* pues estaban afectos a un impuesto sobre el suelo provincial y un impuesto personal (*tributum capitis*)¹¹; el último fue abolido en el 167 a. C.

c) *Latini iuniani*:

Eran aquellos libertos que, según la Lex Julia Norbana (19 d.C.), no habían sido manumitidos de conformidad con el derecho civil (sin un modo solemne de manumisión o sin la voluntad de un señor civilmente propietario). No tenían derechos políticos ni *connubium*, aunque se les dio el *ius commercium*.¹² Tras la Constitución de Caracalla, subsistieron junto con los libertini *dediticiorum* número de la ley Aelia Sentia, que Justiniano suprimió (l.1.5.3).¹³

En la época imperial, los latinos fueron considerados extranjeros al no ser ciudadanos romanos de pleno derecho y porque no se les aplicaba el *iura populi romani*.

1.2. BARBARUS: El empleo del término es antiguo y se aplicaba a todos los pueblos que vivían fuera de las fronteras del Imperio.¹⁴ Responde más a un rasgo geográfico (fuera o exterior al Imperio) y racial (Germanos, Céltas, etc.) que a consideraciones culturales.¹⁵ A falta de tratados, a los bárbaros no se les reconocían derechos en Roma; sin embargo,¹⁶ es dudoso que se les diese el trato de enemigos.¹⁷

1.3. HOSTIS: El significado originario de la palabra *hostis* era «extranjero» (en la Ley de las XII Tablas: Tab. VI, 4 sobre la *auctoritas*; Tab. II,2 *status dies cum hōste*; en Paolo, Fest. epit. 72, se refieren a *Latini*; Cic. de off. 1.12.37; Varr. De l. lat. 5.3; Festo S.V. *hostis*; Plauto Trinium I,2.65; Rudens II, 4.21) y no equivalía al enemigo (*perduellis o perduellio*).¹⁸ No se sabe exactamente cuándo y por qué causa se cambió el significado de *hostis*, pasando a ser el enemigo de Roma. Al cambiar el contenido de *hostis* por *perduellio*,¹⁹ se dio un nombre, *peregrinus*, al extranjero no enemigo, tal como lo indican las²⁰ fuentes romanas:²¹

Varr. De l. lat. 5.1:

«... multa verba aliud nunc ostendunt aliud, ante significabant, ut HOSTIS; nam tum eo verbo dicebant PEREGRINUM qui suis legibus uteretur, nunc dicunt cum quem tunc dicebant PERDUELLEM».

Festo S. V. hostis (102M):

«Hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio».

Varr. De l. lat. 7.3:

«Perduelles dicuntur hostes; ut perfecit, sic perduellis, a per et duellum: id postea bellum».

Como enemigo ²³, el hostis no era protegido por el Derecho romano, que desconocía las consecuencias jurídicas de sus relaciones individuales ²⁵.

1.4. PEREGRINUS: Era aquel que, careciendo de ciudadanía romana, vivía en el territorio romano. Era el extranjero no enemigo (Varr. De l. lat. 5.1) que establecía vinculaciones con los ²⁶cives dentro del ius gentium, según lo dispuesto por el Derecho romano.

Tras revisar las distintas categorías de extranjeros reconocidas en Roma, se establece que el peregrinus era el no ciudadano que puede relacionarse con los ciudadanos romanos, contando con una tutela jurídica, equiparándose mejor al concepto de extranjero de las legislaciones modernas.

2. ETIMOLOGÍA

El término peregrinus fue evolucionando en el Derecho romano, sin llegar a desaparecer totalmente del lenguaje jurídico romano.

De lo señalado en Varr. De l. lat. 5.1, peregrinus fue un término creado para significar extranjero amigo, una vez que varía el contenido de hostis.

Hay cierto consenso al afirmar que peregrinus se formó en base a la conjunción de per (a través de) y aegre (de ager, campo), es decir, el que viene a través del campo. Por consiguiente, peregrinus es quien llega a Roma atravesando el ager, es decir, recorriendo ²⁷territorio romano; es el foráneo, el no ciudadano que llega a la ciudad.

«Les formes peregrī, peregre apparaissent employées de tout temps avec valeur adverbiale: «a l'étranger»... En dérivé l'adj. Peregrinus...» qui voyage à l'étranger, qui vient de l'étranger, qui concerne l'étranger... De là est sorti l'adjectif, attesté seulement à basse époque, pereger «qui va par delà les champs, qui voyage à l'étranger»...» ²⁸

Es importante subrayar el origen externo, extranjero, no ciudadano de este caminante (peregrinus) y su presencia en el territorio romano. El hecho de encontrarse en Roma y de querer residir allí llevan a considerarlo como un no ciudadano cuya categoría está precisa y jurídicamente definida a partir de las palabras seleccionadas.

Por consiguiente, etimológicamente, peregrinus es el extranjero que viene a través del campo y que se encuentra en territorio romano.

3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PEREGRINUS EN ROMA

El concepto primigenio y republicano de peregrinus está referido al antiguo contenido de hostis ²⁹: es el no ciudadano, el extranjero amigo.

Cic. de off. 1.12.37: «*Hostis enim apud naciones nostros is dicebatur quem nunc peregrinus dicimus; indicant xii tab. aut status dies cum hoste...*».

El peregrinus era el hombre libre no ciudadano romano (no pertenecía a la civitas ni se clasificaba entre los latinos que se encontraba en territorio romano. Esta noción requiere algunas precisiones: ¹,

- a) Era el extranjero cuyo pueblo de proveniencia estaba en relaciones pacíficas con Roma. Algunos tratadistas insisten en señalar que no bastaba la ausencia de guerra declarada para caer en este supuesto, pues solo eran peregrini los que pertenecían a pueblos con los que Roma había celebrado tratados de paz (foedera); rigiéndose por su contenido. Empero, cabría resaltar que las fuentes romanas no insisten en la necesidad de concluir tratados . La noción de Pax evolucionó en Roma, teniendo el significado de estado o situación ³² pacífica, ausencia de guerra; este era el requisito que debían cumplir los pueblos para que sus nacionales sean considerados peregrini en Roma . Por definición, se convertían en enemigos toda vez que se encontraban en guerra ³³ con Roma .³⁴
- b) Asimismo, se incluía en la categoría de peregrini a los no ciudadanos que pertenecían a pueblos sometidos a la autoridad romana . Cabe resaltar que se trataba de comunidades habían conservado sus instituciones ³⁵ y costumbres, pese a su sometimiento político a Roma. Dentro de este supuesto, se encontraban algunas provincias romanas.
- c) Era el extranjero que se encuentra temporalmente en territorio romano (sea por negocios, estudios, viajes, entre otros). No es indispensable que quiera residir ³⁶ allí; en los hechos, su permanencia en territorio romano hace que se encuentre sometido temporalmente a las autoridades y legislación de Roma.

Dentro de esta línea, la clasificación de peregrini en el Derecho romano clásico era:

- 1) Los ciudadanos de todos los pueblos extranjeros con los cuales Roma tenía relaciones pacíficas.
- 2) Peregrini alicuius civitatis. Eran quienes pertenecían a una comunidad ciudadana preexistente a la conquista romana y que Roma dejó subsistir. Eran aliados de Roma o formalmente independientes, aunque políticamente sometidos a las autoridades romanas; gozaban del ius gentium y de su propio ius civitatis.
- 3) Los súbditos de Roma. Eran los habitantes de casi todas las provincias romanas.
- 4) Peregrini dediticii . Eran los que pertenecían a pueblos que, habiendo iniciado una guerra contra Roma, se habían rendido incondicionalmente. No podían invocar las normas de sus comunidades y carecían de ciudadanía. Vivían a 100 millas de Roma bajo pena de pérdida de libertad y bienes. Se les asimila a los manumitidos según lex Aelia Sentia, siendo considerados de dediticiorum numero. La condición de dediticio fue abolida por Justiniano.
- 5) Los romanos que, como consecuencia de una pena, habían perdido la ciudadanía .³⁸

Las tres primeras categorías aluden a una relación de ciudadanía con otra comunidad y a una cierta tutela de derechos en Roma. Sin embargo, las dos últimas derivan de una anómala posición de inferioridad, siendo considerada una «peregrinidad degradante» o «condición humillante» de extranjeros .³⁹

De lo anteriormente expuesto, se puede apreciar que el carácter de peregrinus se daba en función a la no ciudadanía romana, sin que ello llevase a asimilarlos a los *apstidec* (individuos sin ciudad).

Tratando de establecer la noción inicial y republicana de peregrinus, se puede afirmar que eran los hombres libres no ciudadanos romanos que se encontraban en territorio romano y que pertenecían a pueblos (sometidos o no políticamente a las autoridades romanas) que no estaban en guerra con Roma.

Se ignora exactamente el número de peregrini en el territorio romano durante la República y en los primeros siglos de nuestra era, pero se estima que fue considerable y creciente, lo cual llevó a modificar su tratamiento debido a razones políticas y comerciales.

En el 212 d. C., el emperador Antonino Caracalla dio una célebre constitución imperial (llamada también *Constitutio Antoniniana* o Edicto de Caracalla), en la cual otorgó ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio.

Constitutio Antoniniana de civitate:

«*Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem romanorum, manente omni genere civitatum, exceptis dediticiis.*» (Papiro Gissen 1, n. 40)

Esta concesión de ciudadanía llevó a la desaparición de varias categorías de no ciudadanos, puesto que la regla general era que los súbditos del imperio fueran *cives*. El concepto de peregrinus varió. En primer lugar, la categoría de peregrinus se redujo a los habitantes del territorio romano excluidos de la concesión de ciudadanía hecha por la *Constitutio Antoniniana*. En segundo lugar, también se aplicaría a aquellos extranjeros que se encontraban fuera del mundo romano. Fuera de los alcances del edicto de Caracalla, se encontrarían tanto los latinos luniañi como los Aeliani.

A partir del siglo IV d. C., el uso de la palabra peregrinus se mantiene en los textos jurídicos romanos aunque perdiendo la precisión técnica del período clásico. El peregrinus será el viajero o residente ocasional. La *Epitome de Gayo* es un paso hacia la eliminación del concepto clásico de peregrinus pues distinguía para los libertos solo tres grupos: *cives Romani*, *latini* y *dediticii* (Ep. Gai. 1.1) y utilizaba *homo peregrinae conditionis* solo frente a condenados al exilio (Ep. Gai. 1.6.1). Ello lleva a considerar peregrinus a aquel privado de ciudadanía romana por una sanción. En este sentido, una constitución imperial de Constantino (336 d. C.) estableció que el senador que contrae nupcias ilícitas es castigado convirtiéndolo en peregrinus (C.Th. 4.6.3. pr.); lo cual connota el creciente carácter de inferioridad que va siendo aparejado a este término.

Si el ciudadano romano se define por estar en relación con el pueblo, política y cultura romano-bizantinos, el extranjero es quien permanece fuera del pueblo, de la Iglesia o de la cultura romanobizantinos. De esta manera, el concepto clásico de peregrinus varía, formándose un nuevo concepto jurídico: «peregrino alle leggi romane» (fuera de la ley), análogamente a los *naturae peregrini* (quienes practican las artes mágicas) según C.Th. 9.16.5 (Constantino, 357 d. C.). En este sentido, también son peregrini en la codificación teodosiana los herejes y los apóstatas (C.Th. 16.5.40.pr.; C.Th. 16.5.7).

Con Justiniano, la clara e incondicional concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del orbe romano lleva a cuestionar la subsistencia de la categoría de peregrinus. Sin embargo, la *Compilación Justiniana* intenta parafrasear la *Constitutio Antoniniana*:

D.1.5.17:

“Los que están en el orbe romano, se hicieron ciudadanos romanos por una Constitución del Emperador Antonino”⁴⁷

Un efecto de esta disposición fue la supresión de todas las categorías de latinos y de dediticios (I.1.5.3).

Como consecuencia, los «extranjeros externos» al Imperio romano son los que pertenecen a pueblos no sometidos a la dominación romana, que no habitan el orbe romano. Siguen siendo extranjeros -aunque habiten el territorio romano- quienes no se incluy⁴⁸an en el número de los ciudadanos romanos así como quienes fueron privados de ciudadanía.

Justiniano no menciona la clasificación de ciudadanos y no ciudadanos dentro de la división de las personas (I.1.3.pr.; I.1.8.pr.; D.1.5.3; D.1.6.1.pr.). Sin embargo, revisando la Compilación Justiniana, encontramos lo siguiente:

- a) En cuanto al Código, la expresión «peregrinos a romanis legisbus fieri» (C.Th. 4.6.3. pr.) es sustituida por «alienos a romanis legisbus fieri» (C. 5.27.1.pr.), incidiendo en el carácter de «extranjero» al *lus Romanus* («fuori legge»). No obstante, el contenido clásico de peregrinus es mantenido en C.6.24.1; C.6.24.7 y C.4.63.6, donde se subraya su condición de extranjero a la *civitas romana*:

C.6.24.1.

«Los que son deportados, si fuesen instituidos herederos, no pueden, como si fueran extranjeros, adquirir, y la herencia queda en la situación en que estaría, si no hubiesen sido instituidos.»⁴⁹

Con la deportación, se hace referencia a un supuesto de disminución de cabeza media que lleva a la pérdida de ciudadanía romana (I.1.16.2), manteniéndose el significado de extranjero.

C.6.24.7. «Ni aún entre los extranjeros podía uno hacer hermano a otro por la adopción...» Este texto también es elocuente en relación al mantenimiento del concepto de⁵⁰ peregrinus equivalente a extranjero, no ciudadano, en materia de adopciones.

C.4.63.6.

«Si se hubiese descubierto que algunos pasaban de las ciudades designadas nominalmente en las antiguas leyes o que sin autorización del conde del comercio daban albergue a comerciantes extranjeros (peregrinos negotiatores), no se librarán ni de la proscripción de sus bienes ni además de la pena de destierro perpetuo».

Esta cita permite enfatizar la incorporación de los comerciantes extranjeros en la vida, derecho y jurisdicción romanas, manteniendo asimismo el concepto clásico de peregrinus.

También resulta interesante revisar los supuestos en los que los decuriones romanos se libraban de la condición de la curia (C.10.32.51). Al referirse a los gremios de Roma, el término peregrinus toma el significado de⁵¹ «extraño», «ajeno» (C.11.14[15].1).

- b) El Digesto usa más *apstideç* (sin ciudad) en D. 32.1.2 (Ulpiano: peregrinitas, peregrinus); D.2.4.10.6; D.28.5.6.2; D.48.19.17.1 (Marciano). Ello lleva a incidir en

la no ciudadanía. Pero en D.1.5.18, respecto a una mujer embarazada que sufre la interdicción del agua y fuego (aqua et igni interdictum), se dice que «pare un ciudadano romano», subsistiendo la contraposición entre ciudadano y no ciudadano.

- c) Las Instituciones de Justiniano no hace referencia a esta clasificación ni emplea el término peregrinus en sus disposiciones. Sin embargo, sí está presente el enemigo (hostis: I.2.1.17) y los diversos supuestos de pérdida de ciudadanía romana (I.1.16.2, referido también al aqua et igni interdictum y a la deportación a una isla; así como I.4.18.7, en relación a las penas en los juicios públicos), que conllevan a considerar la subsistencia del concepto en Roma.
- d) En las Novelas, hay una noción histórica en N.78.5 que hace referencia al concepto clásico de peregrinus, extranjero no ciudadano romano:

N.78.5.

»Mas no hacemos nada nuevo, sino que seguimos a los egregios emperadores antecesores nuestros. Porque así como Antonino, denominado Pío (por quien esta denominación ha llegado también a nosotros), habiéndosele pedido antes por cada uno de los súbditos el derecho de ciudadanía romana, y extendiéndolo de este modo de los que se llaman peregrinos a la ingenuidad romana, se lo dio en general a todos los súbditos, y Teodosio, el joven, después de Constantino, el más grande fundador de esta santísima ciudad, dio en general a los súbditos el derecho de hijos...»

⁵³

También se usa el término peregrinus para significar «ajeno» (N.53.1.9 y N.2.Praef.1.50). A su vez, el término es empleado en las fuentes para referirse al errante, viajero, que va de un lugar a otro por el orbe/territorio romano (N.6.2.8, N.8.10.1.9, N.81[80].10, N.129[86].Praef.7, N.53.Praef.10, N.6.2.30 y N.129[86].3.11).

Las fuentes consultadas estarían recogiendo en cierta manera el significado y etimología primigenia de peregrinus, especialmente en el código y en N.78.5. Sin embargo, en las Novelas, hay otros significados que dan matices distintos al contenido clásico del término.

La noción de peregrinus mantiene el carácter de extranjero libre, no ciudadano romano, en las fuentes romanas justinianas. La mera supresión de la expresión ⁵⁴ en algunos textos no excluye los supuestos de su empleo: cuando se trata de no ciudadanos residentes en el territorio romano (sea por ser nacional de un pueblo no sometido a la autoridad de Roma o debido a una sanción que lo priva de la ciudadanía romana) y en relación a los extranjeros que no habitan el territorio romano, pertenecientes a pueblos no sometidos a Roma ⁵⁵.

Por consiguiente, se considera que no hay una supresión real del peregrinus en la compilación Justiniana, entendiéndose por tal el hombre libre no ciudadano romano que reside en territorio romano o fuera de él.

4. RELACIÓN ENTRE CIUDADANO ROMANO Y PEREGRINUS

El status civitatis distinguía entre ciudadano (civis) romano y no ciudadano; la comparación se hacía frente al civis, quien podía tener acceso el ius civile ⁵⁶ y, por consiguiente, todos los derechos y prerrogativas acordados al romano civis ⁵⁶ óptimo

iure. Los principales derechos que se otorgaban a los cives en Roma eran: en la esfera política, *ius suffragii* (derecho a voto), *ius honorum* (derecho a ser ⁵⁷propuesto y elegido para las magistraturas), *ius militiae* (derecho y privilegio de servir en las legiones: servicio propatria), *provocatio ad populum*, *munera*. Los derechos políticos eran reservados exclusivamente a los ciudadanos romanos. En la esfera religiosa, *ius sacrorum* (asociación al culto de la ciudad), *ius auspiciorum* ⁵⁸(derecho a consultar auspicios), *ius sacerdotii* (desempeñar sacerdocios). En la esfera privada, el *dominium*, *connubium*, *commercium*, *legis actiones*, entre otros.

Siendo la condición de *civis* una consecuencia directa e inmediata de ser miembro de una ciudad, la adquisición de ⁵⁹ciudadanía y su pérdida estaban determinadas por causas establecidas expresamente en la legislación ⁶⁰.

Dentro de este contexto, surge la necesidad de establecer cuál era el tratamiento que se daba al peregrinus en Roma, partiendo de su relación de contraposición con el ciudadano. Al respecto, se encuentran dos posiciones:

- a) La Teoría de la hostilidad natural: Theodore Mommsen ⁶¹ afirmó que el estado originario y natural de la vida de los pueblos en la antigüedad era la guerra. Las relaciones o contactos entre los pueblos se basaban solo en los *foedera* (tratados) que concluían entre sí; la xenofobia era el principio rector del tratamiento al no ciudadano. Por consiguiente, la protección jurídica del extranjero solo era posible si existían tratados; en caso contrario, carecían de derechos. Sin embargo, algunos defensores de esta teoría admiten que esta situación varió con el *hospitium* ⁶² y con convenciones que garantizaban al extranjero ciertos derechos ⁶³.
- b) Incorporación del extranjero en el Derecho romano: Los detractores de la teoría de la hostilidad natural ⁶⁴ afirman que las relaciones entre comunidades se fundaron sobre la base de la amistad y la paz y reconocieron derechos a los extranjeros en su territorio, aunque sin darles una igualdad de trato respecto a sus ciudadanos.

Al configurarse definitivamente la ciudad (*civitas*), la distinción entre *cives* y *non cives* se delineó. Hacia el siglo VI a. C., con la creciente importancia comercial de Roma, se dieron derechos y tutela a los extranjeros en Roma, cuyas referencias aparecen en la Ley de las XII Tablas (Tab. I, 5; II, 2; VI, 4). Numerosas fuentes romanas señalan que los *hostes* -luego, los *peregrini*- participaban en el *ius*. *Status dies* era el llamado que hacía el juez de la causa cuando esta ha sido constituida incluyendo al peregrinus; de este modo, se llamaba a la causa a los antiguos *hostes* (Varr. De l. lat. 5.3), quienes eran considerados *pari iure* (iguales en el derecho) con el pueblo romano y eran colocados en un plano de igualdad. Ello permite afirmar que, en principio, los romanos reconocieron la igualdad de todos ⁶⁵los pueblos que los rodeaban y sus derechos, sin estar condicionada a la existencia de tratados.

Asimismo, se encuentra una idea de coparticipación entre *civis* y extranjeros en la definición de peregrinus como «qui suis legibus uteretur» (Varr. De l. lat. 5.3). La pertenencia a una colectividad diversa, que contaba con sus propias leyes, no evitaba que el peregrinus participe en una esfera general del *ius*, válido para todos los pueblos.

En cuanto a la tutela procesal, los detractores de la hostilidad natural han encontrado fuentes que establecen limitaciones a los peregrini para emplear las *legis actiones*, dependiendo de razones público-procesales (Gai, 4.37). Sin embargo, su falta de legitimación para accionar no permite deducir una incapacidad de ser sujeto de

relaciones sustanciales; incluso se afirma los peregrini que podían usar autónomamente la legis actio per conditionem ante los tribunales romanos y la legis actio per iudicis arbitrive postulationem⁶⁸, aplicada a créditos de contratos verbales (Gai, 4.17a).

Para la protección jurisdiccional del peregrinus, hacia la mitad del siglo III a.C. apareció el praetor peregrinus, quien intervenía cuando alguna de las partes de una causa no era ciudadano romano :»...quod inter peregrinos ius dicebat...» (D.1.2.2.28). De este modo, el magistrado romano tenía indiscutiblemente la tutela jurídica y jurisdiccional del extranjero a través de soluciones que daba fundado en su imperium⁷⁰ y que generaban el ius gentium (derecho de gentes).

Con estos argumentos, queda comprobado que no hubo hostilidad natural contra los peregrini en Roma; por el contrario, se les incorporó en el ius y se les brindó mecanismos procesales para su tutela. Sin embargo, ello no llevó a que el peregrinus tuviera los mismos derechos que el ciudadano romano.

5. DERECHO APLICABLE AL PEREGRINUS

A lo largo de la historia de Roma, se ha constatado la existencia de una protección jurídica del extranjero en territorio romano y al amparo del Derecho imperante.

En la medida que los peregrini estaban incorporados al ius, la parte del Derecho romano que les resultaba aplicable fue el ius gentium (Derecho de gentes)⁷¹ en pie de igualdad con los ciudadanos . Sin embargo, subsistieron las reglas exclusivas para los ciudadanos dentro del ius civile⁷¹, mayormente los derechos políticos y las relaciones de familia.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La romanización y los efectos de la Constitutio Antoniniana limitaron el concepto de peregrinus y dio paso a la asimilación del extranjero en la ciudadanía. Roma permaneció como la civitas por excelencia, consumando su expansión hacia la universalidad. La Compilación Justiniana recoge, consolida y culmina este proceso aunque subsistieron no ciudadanos residentes en la parte oriental del Imperio Romano. Estos eran mayoritariamente quienes, habiendo sido ciudadanos romanos, perdieron esta condición a causa de una condena penal (C.3.33.16.2), por sanciones religiosas (C.9.18.6)⁷³ o políticas.

A fines del siglo XX, la comunidad internacional enfrenta dos tendencias opuestas: una, que propugna el fortalecimiento de los nacionalismos; y otra, que se encamina hacia la superación de las barreras nacionales y la unificación del Derecho. En esta última, la experiencia romana sobre la evolución del concepto del peregrinus puede brindar otros elementos de discusión en los países del sistema jurídico romanista que permitan lograr sus objetivos políticos cimentados en una base jurídica adecuada.

Notas:

- 1 Magíster, profesora de bases romanistas de Derecho civil y Derecho romano en la Facultad de Derecho y en el Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2 Al respecto, Savigny alude a la limitación de la «natural capacidad jurídica» por el derecho positivo. Véase: SAVIGNY, Federico Carlo de. Sistema de Diritto Romano Attuale. Traducción de Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipográfica - Destrice, 1888. vol. 2, p. 21-22; 440

- 3 El concepto de Civitas distingue el conglomerado de hombres libres unidos por interés común cuya característica estructural es la libertad y la concordia. RAMOS, S., César José. «Civitas Romana. Estudio Histórico sobre el Estado de Ciudadanía». En: Libro Homenaje a José Melich Orsini. Caracas: Instituto de Derecho Privado - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1983. vol. 2, p. 878
- 4 «Status civilis principalis, triplex est, prout determinatur per qualitatem hominis liberi, civis Romani, et membri familiae». Cfr. BÖHMER, G.L. Systematis iuris civilis fragmenta, cit., Pars Generalis, Cap. III, N° 53. CAPPELLINI, Paolo. «<> acceptitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del Diritto Romano Attuale.'» En: Annali dell'Università di Ferrara(Scienze Giuridiche), Nuova Serie, Sezione V, vol. 1 (1987), p. 78
- 5 DE MARTINO, Francesco. «Individualismo e diritto romano privato». En: Anuario di diritto comparato e di studi legislativi. Seconda serie, Vol. XVI, Fasc. 1. Edizione dell'Instituto Italiano di Studi Legislativi. Roma: Ministero di Grazia e Giustizia, 1941 (XX), p. 14
- 6 AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Derecho Civil-Personas. 7ª ed. Caracas: Editorial Arte, 1984.
p. 71. Puede también señalarse que Status civitatis es la posición jurídica que ocupa un hombre libre dentro de la civitas. DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELI, Ángel Enrique. Manual de Derecho Romano. 3ª ed. Buenos Aires: De Palma, 1982. p. 116
- 7 Algunos autores, como Fustel de Coulanges, insisten en el carácter religioso que distinguía al ciudadano -amparado por los dioses tutelares romanos- de los extranjeros quien «... no tiene acceso al culto y no goza de la protección de los dioses de la ciudad ni tiene derecho a invocarlos ...» COULANGES, Fustel de. La ciudad antigua. Traducción de Alberto Fano. Madrid: Edaf, 1968. p. 171
- 8 «... no por eso consideraban los pueblos que llamaban «bárbaros» como inferiores por razones biológicas congénitas». PONTIFICIA COMISIÓN «IUSTITIA ET PAX». La Iglesia ante el racismo. Para una sociedad más fraterna. Ciudad del Vaticano: Tipografía Políglota Vaticana, 1988. p. 9
SERRAO, Feliciano. Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma Napoli: Jovene, 1984. Prima parte, p. 346-347. A veces se indica que el extranjero se confundía en los inicios de Roman con el esclavo y con el trabajador. Véase: DESPOTIN, Luis A. «El trabajador extranjero en la legislación laboral argentina». En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1967, Año XXXI, octubre-diciembre, n° 4-5, p. 71
- 10 Esta clasificación se refiere al llamado Derecho Clásico Romano. Véase: DECLAREUIL, J. Roma y la organización del Derecho. 2ª ed. en español. Traducida por José López Pérez. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), 1958. p. 242; D'ORS, Álvaro. «Estudios sobre la Constitutio Antoniniana, III: Los peregrinos después del Edicto de Caracalla». En: AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español), N° 17 1946. p. 586-587; DI PIETRO y LAPIEZA ELI, op. cit., p. 116; LAVALLETTE, Simón. La condition des étrangers à Rome & en France. Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen. Rouen: Espérance Caquiard, 1880. p. 5 y ss.; ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 29; RODRIGUEZ, José Santiago.

- Elementos de Derecho Romano. Caracas: Del Comercio, 1928. Tomo I, p. 89
- 11 DI PIETRO y LAPIEZA ELI, op. cit., p. 118; LAVALLETTE, Simón. La condition des étrangers à Rome & en France. Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen. Rouen: Espérance Caquiard, 1880. p. 5; PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado. Introducción de IHERING, Rudolf: «Importancia del Derecho Romano». Buenos Aires: Albatros, 1985. p. 116; RODRÍGUEZ, José Santiago, op. cit., Tomo I, p. 89; SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., vol. 2, p. 39-42
 - 12 Las relaciones de Roma con los latinos veteres se basaba en la existencia de un núcleo de una comunidad de derecho, que representaba la proyección histórica de una antigua unidad (con esfera límite en las relaciones concretas de los grupos menores en los cuales se desarrolla el ius). GROSSO, Giuseppe. Lezioni di storia del Diritto romano. 5ª ed. riveduta Ed. ampliata. Torino: Giappichelli, 1965. p. 261
 - 13 LAVALLETTE, Simón, op. cit., 1880. p. 35
 - 14 Los latini iuniani tienen limitaciones impuestas por el Derecho romano. En Gai, 1.23, no pueden ser nombrados tutores testamentarios. Sin embargo, Petit afirma que su condición es la misma que la de los latini coloniarii. PETIT, Eugène, op. cit., p. 129. Los latini iuniani no eran considerados peregrini por Gai, 1.79 (donde se excluye que la posición de los latini iuniani fuese regulada por la lex Minicia) y de las distinciones de Ulpiani epit. 5,2-9; véase: CATALANO, Pierangelo. Linee del sistema sovranazionale romano. Torino: Giappichelli, 1965. p. 270-271
 - 15 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Istituzioni di Diritto Romano. 14ª ed. riveduta - ristampa anastatica. Napoli: Jovene, 1987. p. 57
 - 16 Comparten esta noción: DI PIETRO y LAPIEZA, op. cit., p.119; D'ORS, Alvaro, «Estudios...», op. cit., p. 587; GAUDEMET, Jean. «Les romains et les autres». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Pablo. La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 19; IGLESIAS, Juan, op. cit., p. 140; LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 8; ORTOLAN, M., op. cit., p. 30; PHILLIPSON, Coleman. The international Law and custom of Ancient Greece and Rome. Reprinted Edition. New York: Arno Press, 1979. vol. 1, p. 230
 - 17 GAUDEMET, Jean. «Les romains et les autres». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Pablo. La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 19
 - 18 LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 8. Bona insiste que hay una «commistione» entre los términos hostis y barbarus en C.8.50.5; C.8.50.19 y C.8.50.20. BONA, Ferdinando. «Postliminium in Pace». En: Studia et Documenta Historiae et Iuris. Roma: Apollinaris, XXI, 1955. p. 275
 - 19 Para Catalano, los hostes en el sistema supranacional romano participan del ius civile de modo singular; los romanos singularmente eran jurídicamente «pari» con los hostes según Festo S. V. 414L (sic 314). Véase: CATALANO, Pierangelo. Populus Romanus Quirites. Torino: Giappichelli, 1974. p. 140
 - 20 Festo S. V. p. 58 20L: «»Duellum bellum, videlicet quod duabus partibus de victoria contententibus dimicatur. Inde et perduellio, qui pertinaciter retinet bellum». Por consiguiente, Festo enfatiza que el perduellio es quien tenazmente tiene como regla

- (retinet) la guerra. Ello también aparece en Giambattista Vico (Scienza Nuova: 1744), citado por CATALANO, Pierangelo, *Linee...*, op. cit., p. 10. Sobre estas afirmaciones, véase: BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei romani*. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1898. p. 110; DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione Romana*. 2ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1973. vol. 2, p. 15-20; FREZZA, Paolo. «L'età classica della costituzione repubblicana». En: LABEO - Rassegna di Diritto Romano. Napoli: Jovene 1(1955) 3. p. 323; MASCHI, Carlo Alberto. «Istituti accessibili agli stranieri e ius gentium». En: Jus 13 (1962), p. 381; PUGLIESE, Giovanni. *Lezioni di Istituzioni di Diritto Romano - I: Il periodo antico*. Lamap (Perugia): DISA, 1985. p. 136; PETIT, Eugène, op. cit., p. 115; RAMOS S., César José, op. cit., vol. 2, p. 868
- 21 Perduellis asumió un carácter delictivo, indicando el enemigo interno; hostis, el extranjero enemigo.
- 22 Este texto afirma que muchas palabras presentan otro significado; antes, hostis se llamaba al peregrino; ahora se emplea hostis para referirse al perduellio.
- 23 En el mismo sentido que el anterior, perduellio es el hostis; proviniendo de: per y duellum, que significa después de la guerra.
- 24 D.49.15.24 : «Hostes sunt, quibus bellum publice populus romanos decrepito, vel ipsi populo romano...». Véase también D.50.16.118. En relación a la idea de enemigo de guerra, véase: BONA, Ferdinando, «Postliminium...», op. cit., p. 254; ERNOUT, A. Y MEILLET, A. *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine - Histoire des mots*. 3ª ed. revue, corrigée et augmenté d'un index. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1951.<>; VISSCHER, Fernand de. «Droit de capture et postliminium in pace». En: RIDA (Revue Internationale des Droits de l'Antiquité) Bruxelles: 3ª serie, 1956. Tomo II, p. 224-225. Jörs afirma que Hostis es afín al alemán GAST (equivalente al español Hoste [sic] o huésped), que significa extraño, enemigo. JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refrendada por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por J. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937. p. 82
- 25 DESPOTIN, Luis A., op. cit., p. 71. Bona alude con el término extraneus a quien pertenece a un pueblo con el cual Roma no tiene relaciones jurídicas (D.49.15.19. pr. y D.49.15.5.2). BONA, Ferdinando, «Postliminium...», op. cit., p. 267. En D.1.18.3, se señala que el Presidente de provincias tiene a veces imperio los «hombres extraños» (extraneos homines).
- 26 IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 6ª ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979. p. 140
- 27 Peregrinus equivale a «el que viene a través del campo» (per agros), «de allende»; y guarda semejanza con el alemán FREMD, inglés FROM, equivalente a forastero. Véase: JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refrendada por Wolfgang Kunkel. Traducción de la segunda edición alemana por J. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937. Nota 1, p. 82; RAMOS S., César José, op. cit., p. 876
- 28 ERNOUT, A. Y MEILLET, A. *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine - Histoire des mots*. 3ª ed. revue, corrigée et augmenté d'un index. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1951.
- 29 Varr. De l. lat. 5.1. Véase supra hostis. «... notion de peregrinus, terme qui désignait en droit classique, l'étranger à cité or à l'Empire». GAUDEMET, Jean, «Les romains...»,

- op. cit., p. 13. Sobre su exclusión de la civitas, véase: HERNANDEZ-TEJERO, JORGE, Francisco. Derecho Romano. Madrid: Escelicer, 1959. p. 137. También: BURDESE, Alberto. Manuale di diritto privato romano. 3ª ed. Torino: UTET (Unione Tipografico - Editrice Torinese), 1985. p. 22; DE MARTINO, Francesco, *Storia...*, op. cit., vol. II, p. 18
- 30 «.. qui civis Romanus non est. Peregrinus fit is, cui aqua et igni interdictum est. Neque autem peregrinus civem Romanum, neque civis Romanus peregrinum in potestate habere potest. Ulpiano: Regul. Tit. X.3. Peregrinum aliquando est, quod ex alia, quam patria, provincia est». LEXICON UNIVERSI CORPORIS IURIS. Opus in Quatuor tomos distributum - Vincentio Napolitani. Nápoles: Tipografía Androsio, 1853. Tomo 1, p. 168
- 31 Algunos autores (supra Notas 12 y 13) afirman que los latinos fueron considerados peregrini. Sin embargo, este sería un empleo impreciso del término que pretende agrupar en torno al peregrinus a los no ciudadanos pues «...en terminologie, les latins ne sont pas comptés parmi les peregrins...» MOMMSEN, Theodore. *Le Droit Publica Romaní*. Traducido del alemán por Paul Frederick Gerard. París: Ernesto Torino, 1889. Tomo 6, 2ª parte, p. 221. En la investigación, se hablará de peregrini en el sentido técnico. Véase también: D'ORS, Alvaro. «Estudios sobre la Constitutio Antoniniana, III: Los peregrinos después del Edicto de Caracalla». En: AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español), Nº 17(1946), p. 587; RODRIGUEZ PASTOR, Carlos. *Prontuario de Derecho Romano*. 2ª ed. revisada y anotada. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, s/a. p. 63.
- 32 En la definición de ager peregrinus como ager pacatas, con lo que se precisa la antítesis hostis - peregrinus, podría verse una política de dinámica imperial. Cabe indicar que pacatas significa no solo pacificado sino pacífico, tranquilo. A ello se aproxima Livio, 8.34.9. Véase: CATALANO, Pierangelo. *Linee...*, op. cit., p. 279; BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 111; LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 5; SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit, Vol. 2, p. 40-41
- 33 Sobre el concepto de pax, véase: BONA, Ferdinando, «Postliminium ...», op. cit., p. 251
- 34 DI PIETRO y LAPIEZA, op. cit., p. 119; LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 7; PETIT, Eugène, op. cit., p. 115-116
- 35 «Pari iure cum populo romano» según BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 111. También véase: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, op. cit., p. 53; GILISSEN, John. «Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative». En: *Recueil de la Societé Jean Bodin*. Bruselas: Editions de la Librairie Encyclopédique, 1958. IX - L'étranger. p. 20; LAVALLETTE, Simon, op. cit., p. 5; ORTOLAN, M., op. cit., p. 29; PHILLIPSON, Coleman. *The international Law and custom of Ancient Greece and Rome*. Reprinted Edition. [London: Macmillan and Co. Limited, 1911. 2 vol.] New York: Arno Press, 1979. vol. 1, p. 233; RUILOBA SANTANA, Eloy. «Conflicto de leyes y «lus Gentium» en el mundo jurídico romano (visión retrospectiva desde la dogmática permanente del Derecho Internacional Privado)». En: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*. s/l: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1974. Tomo II, p. 328
- 36 «...les peregrini, ne sont pas citoyens romains...mais des étrangers vivant dans l'empire romain, distincts ainsi a ceux qui n'y vivent pas.» GILISSEN, John. «Le statut

- des étrangers à la lumière de l'histoire comparative». En: Recueil de la Société Jean Bodin. Bruselas: Editions de la Librairie Encyclopédique, 1958. IX - L'étranger. p. 20; PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado con notas de José Fernández González. Introducción de IHERING, Rudolf: «Importancia del Derecho Romano». Buenos Aires: Albatros, 1985. p. 115-116. Sin embargo, Rodríguez enfatiza que no son peregrinos los extranjeros que estaban transitoriamente en Roma: RODRIGUEZ, José Santiago, op. cit., Tomo I, p. 89-90
- 37 Los peregrini dediticii constituyen una categoría especial y «degradada» de súbditos no ciudadanos romanos. Para ahondar sobre este tema, se recomiendan: BURDESE, Alberto, op. cit., p. 161; IGLESIAS, Juan, op. cit., p. 141; LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 40; PETIT, Eugène, op. cit., p. 116; PHILLIPSON, Coleman, op. cit., vol. 1, p. 232
- 38 SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., Vol. 2, p. 40-41
- 39 BURDESE, Alberto, op. cit., p. 161; RAMOS S., César José, op. cit., p. 869
- 40 Ortolán afirma que los peregrini aumentaron en territorio romano, llegando a exceder el número de ciudadanos. ORTOLAN, M., op. cit., p. 29
- 41 Algunos autores los denominan extranjeros «exteriores al orbe romano». D'ORS, Alvaro. «Estudios...», op. cit., p. 587-588; contrariamente, véase: BAVIERA, Giovanni. Il diritto internazionale dei romani. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1898. p. 111. Gaudemet insiste en su carácter de «ajenos» a la ciudad: GAUDEMET, Jean. «L'étranger au Bas-Empire.» En: Recueil de la Société Jean Bodin. Bruselas: Editions de la Librairie Encyclopédique, 1958. IX - L'étranger, p. 211. Sin embargo, cabe tener en cuenta tanto los extranjeros del interior como los no sometidos a Roma: GILISSEN, John. «Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative». En: Recueil de la Société Jean Bodin. Bruselas: Editions de la Librairie Encyclopédique, 1958. IX - L'étranger, p. 7
- 42 ARIAS, José. Manual de Derecho Romano. 2ª ed. Buenos Aires: Kraft, 1949. p. 154; MASTINO, Attilio. «Antonino Magno, la cittadinanza e l'Imperio Universale». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Pablo. La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 562; NICOLET, Claude. «Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise en perspective». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Pablo. La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. Vol. 2, p. 169; TALAMANCA, Mario (director). Lineamenti di storia del diritto romano. Milano: Giuffrè, 1979. p. 591-592
- 43 Gaudemet alude a diferencias de origen, debido a que proviene de una ciudad distinta de aquella en la cual se encuentra. GAUDEMET, Jean. «Les romains...», op. cit., p. 14; CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano. Torino: Giappichelli, 1990. p. 71
- 44 El término peregrinus comienza a tener valor jurídico en relación a las sanciones dadas por motivos de índole religiosa que conllevan la pérdida de ciudadanía. En relación al uso de peregrinus en las fuentes romanas de los siglos IV y V d. C., se resume el planteamiento de Gaudemet: a) Peregrinus se emplea reproduciendo los textos de los jurisconsultos clásicos (Vat. fr. 47a; Coll. 4.5.1). b) Existe fidelidad

- doctrinal a Gayo, solo en parte y dictado por el interés práctico (Ep. Ulp. 5.4; 5.8; 7.4; 10.3; 19.4; 20.14; 22.2; Gai fr. August. 1.1; 4; 6; 19; 98; 103; Epit. Gai 1.6.1). c) Designa a quien proviene de otra ciudad o provincia, no del extranjero al Imperio (Código Teodosiano). Véase: GAUDEMET, Jean, «Les romains...», op. cit., p. 13-14; CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone...*, op. cit., p. 71
- 45 AHRWEILER, Hélène. «Citoyens et étrangers dans l'empire romain d'Orient». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Paolo. *La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2)*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1982. p. 344
- 46 CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone...*, op. cit., p. 74
- 47 D.1.5.17. Ulpiano; al Edicto, XXII: «In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.»
- 48 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, op. cit., p. 57. Sin embargo, hay quienes afirman que solo serían contemplados los bárbaros en este supuesto. Véase: ARIAS, José, op. cit., p. 154; DECLAREUIL, J., op. cit., p. 242; WETTER, P. van. *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1909. Tomo 1, p. 138
- 49 C.6.24.1: «Qui deportantur si heredes scribantur tanquam peregrini capere non possunt, sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent.»
- 50 C.6.24.7: «Nec apud peregrinos fratrem sibi...»
- 51 C.10.32.51. «...sin embargo, como con astuto designio hallaron el medio de que evitando los confines de su provincia, como si a ellos se les hubiese prohibido solamente su acceso, pedían licencias como extranjeros...»
- 52 C.11.14[15].1. «Mas por cuidado de los gobernadores de las provincias sean obligados a regresar los individuos de gremios de la ciudad de Roma, que pasaron a otra extraña, a fin de que puedan desempeñar las funciones que les impuso antigua solemnidad.»
- 53 N.78.5: «...subiectorumn petitus et taliter ex eis qui vocantur peregrini ad Romanam ingenuitatem deducens ille hoc omnibus in...»
- 54 Existe una discusión en torno a la supresión del concepto de peregrinus en la Compilación Justiniana. Catalano afirma: «...il sistema dello ius Romanum tende a eliminare lo strumento concettuale e lingüístico/contrastante con l'universalismo (peregrini) Ed creare nuovi strumenti (universi). Giustiniano I porterà il processo a compimento ...». CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone...*, op. cit., p. 70 ss.; en esta línea, HERRERA PAULSEN, Darío. *Derecho Romano*. 2ª ed. Lima: EDDILI, 1984. p. 30; LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 45; ORTOLAN, M., op. cit., p. 33; PETIT, Eugène, op. cit., p. 121; RODRIGUEZ, José Santiago, op. cit., Tomo I, p. 92
- 55 «Est-ce à dire que celle d'étranger fut ignorée? Certes non. Mais elle concerne d'autres groupes sociaux et, par suite, le statut juridique de l'étranger prend au bas-Empire des formes nouvelles». GAUDEMET, Jean, «L'étranger...», op. cit., p. 215
- 56 Cada ciudad tiene un ius civile para los que pertenecen a ella y comprende la constitución misma de la ciudad, la organización de la civitas y las relaciones entre los individuos que la integran: D.1.1.6.pr.; D.1.1.9; I.1.2.1; I.1.2.2.

- 57 ARIAS, José, op. cit., p. 154; DECLAREUIL, J., op. cit., p. 30; PETIT, Eugène, op. cit., p. 114-115
- 58 BENOEHR, Hans Peter. «Considérations politiques concernant les dispositions sur le Français et l'Étranger dans la Constitution de 1791 et le Code Civil». En: INDEX (Quaderni camerti di studi romanistici/ International Survey of Roman Law). Napoli: Jovene, 1986 (14/1986), p. 179; SHERWINWHITE, Adrian. *The Roman Citizenship*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1973. p. 265
- 59 LUZZATO, Giuseppe Ignazio. «La cittadinanza dei provinciali dopo la Constitutio Antoniniana». En: RISG (Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche), 90 (1952-1953), p. 237
- 60 Las causas eran: nacimiento, manumisión iure civili (I.1.5.3) y concesión de ciudadanía individual o colectiva (D.1.5.17). Para profundizar los criterios de adquisición de ciudadanía romana por nacimiento, véase: TALAMANCA, Mario, *Istituzioni ...*, op. cit., Tomo I, p. 105
- 61 «Le non-citoyen ne peut rester en justice à Rome qu'en vertu d'un traité ... L'ancien langage technique désigne par le *hostis*... le citoyen d'un État allié protégé par une convention d'amitié, tandis que la même dénomination peut aussi être attribuée, après la rupture du traité, à l'hôte transformé en ennemi... L'*hostis* au premier sens/ est remplacé plus tard ... par le *peregrinus*, c'est-à-dire par <<L'ÉTRANGER> qui appartient à un État en traité avec Rome.» MOMMSEN Theodore.
- Le Droit Publica Romain. Traducido del alemán por Paul Frédéric Girard. París: Ernest Thorin, 1889. Tomo 6, Vol. 2, p. 215-216
- 62 Son defensores de la hostilidad natural: ARIAS, José. *Manual de Derecho Romano*. 2ª ed. Buenos Aires: Kraft, 1949. p. 162; COULANGES, Fustel de, op. cit., p. 173; HUVELIN, Paul. *Études d'histoire du droit commercial Romain*. (Histoire externe - Droit Maritime). Publicado después de la muerte del autor por Henri Lévy-Bruhl. París: SIREY, 1929. p. 7-8; LÉVY-BRUHL, Henri. «La condition du Romain à l'étranger». En: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Bologna e Roma 17 - 27 abril 1933). Pavia: Istituto di Studi Romani, 1935. Vol. 2 (Roma), p. 471-493; KASER, Max. *Storia del Diritto Romano*. Traducción de Remo Martini de la 2ª ed. (1967) del *Romische Rechtsgeschichte*. Milano: Cisalpino - Goliardica, 1977. p. 139-140; Hay referencias a esta teoría en: BIERZANEK, Remigiusz. «Quelque remarques sur le statut juridique de étrangers à Rome». En: *IVRA* (Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico), N° 13 (1962), p. 101-102; BONA, Ferdinando, «Postliminium...», op. cit., p. 250; CATALANO, Pierangelo. *Linee...*, op. cit., p. 8-9; ORTOLAN, M., op. cit., p. 29
- 63 El extranjero vinculado por *hospitium* se ponía bajo la protección de Roma, garantizándole gozar del *commercium* con los romanos y una relativa tutela jurisdiccional. BURDESE, Alberto, op. cit., p. 22; VOCINO, Michele. *Sinossi di Diritto Internazionale Pubblico e Privato*. 3ª ed. aggiornata e ampliata. Roma: Editrice La Navicella, 1955. p. 96
- 64 BIERZANEK, Remigiusz, op. cit., p. 89-109; BELLO, Andrés. «Derecho Romano». En: *Obras completas de Andrés Bello - Comisión*. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p. 259; CATALANO, Pierangelo, *Linee...*, op. cit., p. 65; también CATALANO, Pierangelo, *Populus...*, op. cit., p. 141; DE MARTINO, Francesco, *Storia...*, op. cit., vol. II, p. 39 y ss.; FREZZA, Paolo, «*Ius Gentium*», op. cit., p. 259-308; GROSSO, Giuseppe.

- Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967. p. 62 y ss.; ILARI, Virgilio. L'interpretazione storica del diritto di guerra romano tra tradición romanística e Giusnaturalismo. Milano: Giuffrè, 1981; IMBERT, Jean; SAUTEL, Gerard et BOULET-SAUTEL, Marguerite. Histoire des institutions et del faits sociaux (Des origines au X siècle). Collection dirigée par Maurice Duverger. Paris: Presses Universitaires de France, 1947. ; PUGLIESE, Giovanni, Lezioni..., op. cit., p. 137
- 65 «...il ricordo nelle XII tavole dello status dies cum hoste ci autoriza a pensare che fin dalla legislazione decemvirale esisteva in Roma una certa diffusa esperienza di processi inter cives et peregrinos». FREZZA, Paolo, «Ius Gentium», op. cit., p. 265. También véase: GIFFARD, A. E. «Le sens du mot «auctoritas» dans les lois relative a usucapion». En: RHD (Revue Historique de Droit Français et Étrangers). Paris: Sirey, 1938. IV serie, año 17, p. 351; VISSCHER, Fernand de. «Aeterna Auctoritas». En: RHD (Revue Historique de Dorit Français et étrangers). Paris: Sirey, 1937. IV serie, año 16. p. 573-587
- 66 Festo, 314. «Status dies vocatur qui iudice causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare».
- 67 Según Lavallette, hostis significaba «igual» en la vieja lengua latina, lo que explica por qué en Festo, 314 se dice que hostire viene de aequare (igualar, equiparar). LAVALLETTE, Simón, op. cit., p. 6
- 68 FREZZA, Paolo, «Ius Gentium», op. cit., p. 265
- 69 Sobre este tema, se sugiere: SERRAO, Feliciano. «Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore». En: La certezza del Diritto nell'esperienza giuridica romana. Padova: CEDAM, 1987. p. 51-100
- 70 Al principio, el pretor por su imperium daba a los extranjeros una formmula in factum concepta, la cual servía para pedir al juez que verificara si habían los hechos que fundamentaban la acción; en caso negativo, ordenaba absolver; en caso positivo, condenar. Ello fue sancionado por la Lex Aebutia y la Lex Iulia iudiciorum privatorum. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, op. cit., p. 121-123; PETIT, Eugène, op. cit., p. 837; TALAMANCA, Mario, Lineamenti..., op. cit., p. 175
- 71 MENDEZ CHANG, Elvira. «Algunas reflexiones en torno al carácter internacional del Derecho de Gentes». En: Ius et Veritas. Lima: Año III, Nº 5, 1992. p. 33-37
- 72 «... chiamensi peregrini tutti coloro, che sono incapaci di diritti nel ius civile, capaci di diritti nel ius gentium, e ai quali questa capacità giuridica più limitata viene riconosciuta anche nei tribunali romani». SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., vol. 2, p. 39-40
- 73 Ello ya estaba regulado en el Código Teodosiano, en la Constitución de Arcadio del 399 d. C. sobre los Eunomiens (C.Th. 16.5.36.pr.). Se suprime la pena adimendae testamenti factionis peregrinosumque mutandae conditione, dando a los herejes la facultad de dar y recibir, de la cual fueron privados en el 395 d. C. (C.Th. 16.5.25). En estos supuestos, el término peregrino conserva su valor jurídico. Véase: GAUDEMET, Jean, «L'étranger...», op. cit., p. 214.

Algunas Reflexiones en Torno al Carácter Internacional del Derecho de Gentes

Elvira Méndez Chang^{1*}

En la vida diaria constatamos la importancia del uso adecuado de las palabras para evitar malentendidos. En el mundo del Derecho, es fundamental emplear los términos con propiedad.

En el lenguaje jurídico, el Derecho de Gentes es usado como sinónimo de Derecho Internacional. A la base, encontramos a los padres del Derecho Internacional quienes, en sus inicios lo denominaron *ius gentium* o *ius inter gentes*, dado que este regularía las relaciones entre los pueblos. Es así que, a partir del siglo XVI, el *ius gentium* se entiende como aquel que regula las relaciones jurídicas internacionales. Sin embargo, el *ius gentium* es un concepto que proviene del Derecho romano y merece ser estudiado dentro de la tradición romana para poder verificar si existía en él un carácter «internacional».

Primeramente, nos situaremos históricamente: para algunos autores, la llamada «fase del *ius gentium*» se desarrolló en Roma desde el 201 a.C. hasta el 235 d.C., aproximadamente ⁽¹⁾. Sin embargo, el *ius gentium* mantuvo su vigencia en los siglos posteriores, relacionado a un nuevo concepto de peregrinus ⁽²⁾.

Numerosos romanistas reconocen que Cicerón ya manejó un concepto claro de *ius gentium*, distinto de otros conceptos como, por ejemplo, el *ius naturale* (entendido como un ideal abstracto de justicia)⁽³⁾; pero es en las fuentes romanas más recientes donde encontramos una clara formulación del concepto de *ius gentium*. Analicemos algunos textos, partiendo de las Institutas de Gayo.

Gayo 1.1. Todos los pueblos, los cuales están regidos por leyes y por costumbres, siguen en parte un derecho que les es propio, en parte un derecho que es común a

^{1*} *Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico, Profesor de Bases Romanísticas del Derecho Civil y de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado a sí mismo le es propio y se llama derecho civil, es decir, el derecho propio de la ciudad, mientras que aquel derecho que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos es llamado derecho de gentes, es decir, el derecho usado por todas las gentes. Es por eso que el pueblo romano está regido en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común a todos los hombres.⁽⁴⁾

La Compilación Justiniana también recoge una formulación similar.

D.1.1.9. Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres (mores), usan en parte del suyo propio, y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, como derecho propio de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes.⁽⁵⁾

D.1.1.1.4. Derecho de gentes es aquel de que usan todas las gentes humanas; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque este es común a todos los animales, y aquel a solo los hombres entre sí.⁽⁶⁾

I.1.2.1. El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho que es en parte aplicable a los solos ciudadanos y en parte a todos los hombres.

I.1.2.2 El derecho de gentes es común a todos los hombres, porque todos se han dado ciertas reglas que exigen el uso y las necesidades de la vida.

Tanto en la lectura del texto de Gayo como en la Compilación Justiniana, el *ius gentium* aparece como el resultado de la comparación de diversos sistemas jurídicos de los pueblos⁽⁷⁾, confrontación que llevó a los romanos a considerar que algunas normas son comunes a todos los pueblos y, por ende, al género humano. Pero, ¿la constatación de la existencia de normas comunes puede llevarnos a afirmar que hay una universalidad ínsita (connatural) en ciertas relaciones jurídicas? Si así fuese, ¿cuál sería su fundamento?

Para Gayo, la existencia de normas e instituciones comunes en todos los pueblos se funda en la *naturalis ratio* (razón natural). La *naturalis ratio* sería el principio de la razón universal, immanente a la naturaleza y de observancia absoluta (D.4.5.8: La razón civil no puede corromper los *naturalia iura*⁽⁸⁾). La influencia estoica está presente a la base de la *naturalis ratio*, acomodándose a una noción universalista que une a todos los hombres. La *naturalis ratio* estaría en grado de presuponer una sustancial unidad del Derecho como fenómeno social y reconducir todos los derechos a un común denominador; la respuesta global y universal a los problemas de convivencia y relación entre los hombres se basaría en una concepción filosófica que establece vínculos con la naturaleza (9). Ello llevaría a reconocer la existencia de un mínimo jurídico común que sobrepasa las particularidades jurídicas locales de los derechos privados en base a una objetiva realidad de las cosas, teniendo el *ius gentium* una absoluta inderogabilidad frente a la voluntad estatal⁽¹⁰⁾. Esta aproximación, desde una perspectiva filosófica y

basada en la *naturalis ratio* se conoce como el concepto doctrinal, teórico o abstracto del *ius gentium* ⁽¹¹⁾.

Sin embargo, en Roma, no existió un estudio comparatista ni una base de datos precisos y sistematizados que llevasen a determinar cuáles eran las normas comunes entre los pueblos. Ello nos lleva a considerar que estas normas comunes serían producto de una intuición de universalidad más que de una revelación efectiva. Esta intuición podría basarse en la necesidad de reconocer la validez de algunas instituciones entre romanos y peregrini (extranjeros), por intereses de carácter comercial ⁽¹²⁾.

Desde los primeros siglos, con especial referencia a la expansión comercial del siglo VI a.C., surgió lo que Serrao llama «*diritto dei traffici*» ⁽¹³⁾, que podía estar o no sustentado en los tratados (*foedera*); este se fundaba en la *fides*, se encontraba libre de las formalidades reservadas a los ciudadanos romanos y bajo la jurisdicción del magistrado romano ⁽¹⁴⁾. La necesidad práctica de tutelar las pretensiones de ciudadanos frente a peregrini o de peregrini entre sí en territorio romano, con la presencia del *praetor peregrinus* como autoridad jurisdiccional romana, llevó a una elaboración pragmática que, sin perder un carácter universal, se basaba en el Derecho civil romano ⁽¹⁵⁾. Es decir, reconociendo la existencia de principios generales y fundamentales que se encuentran en diversos derechos internos de los pueblos, una parte del Derecho romano, no exclusivo de los ciudadanos romanos, sería extendido a los peregrini. Es necesario tener presente que el conjunto de normas que regía entre romanos y entre extranjeros era fruto de un remozamiento del Derecho civil romano que acogía discrecionalmente, aunque bajo la égida de la universalidad, algunos principios e instituciones extranjeras sin despojarse de la visión romana. El *peregrinus* contaría con los derechos reconocidos por el *ius gentium* que emanasen de la conciencia jurídica romana, respetando las leyes y usos de otros pueblos; sobre todo, si estos no eran aplicables exclusivamente a los ciudadanos romanos. Entonces, este conjunto de derechos es producto de solo una ampliación de la visual del Derecho Civil Romano, convirtiéndolo, por los argumentos teóricos, en un derecho universal ⁽¹⁶⁾. Algunos ejemplos los encontramos en Gayo 3.96 (*iusiurandum* aplicable a los peregrini), 3.132 (*numeratio pecuniae*), 3.93 (sobre las obligaciones de *ius gentium*), 3.154 (en relación a la sociedad que se contrae por el mero consentimiento), 3.133 (*nomen transcripta*, planteándose aún la discusión entre *sabinianos* y *proculeyanos*) y 1.52 (la potestas del dominus sobre los esclavos es de *ius gentium*). En relación a las diferencias entre las instituciones del Derecho civil romano y de otros pueblos, encontramos la tutela de las mujeres (Gayo 1.193); si bien se reconoce que en otros pueblos la sujeción de las mujeres no se funda en la tutela, existen otras formas de control que, en cuanto a sus efectos, serían similares a la tutela ⁽¹⁷⁾.

Resulta claro que el *ius gentium* fue entendido dentro de una perspectiva romana y apuntando principalmente a instituciones que hoy serían de derecho privado como la familia, la esclavitud, la manumisión, las obligaciones; sin embargo, dentro de esta concepción romana ⁽¹⁸⁾, también pertenecen al *ius gentium* el principio de inviolabilidad de los embajadores ⁽¹⁹⁾ y la sucesión monárquica.

Empero, el Derecho romano no ha admitido de manera amplia el reconocimiento de los derechos internos de otros pueblos; es más, el concepto mismo de *ius gentium* apunta a una porción del Derecho civil romano aplicable a los peregrini, bajo un presupuesto de universalidad. Este concepto de *ius gentium* como el conjunto de normas e instituciones precisados por el *praetor peregrinus* y entendido como parte del Derecho romano aplicable a las relaciones entre romanos y peregrini es el concepto positivo o técnico ⁽²⁰⁾.

Algunos autores encuentran en el *ius gentium* elementos del Derecho Internacional Público contemporáneo ⁽²¹⁾, afirmando que este regulaba las relaciones jurídicas entre Roma y otros pueblos, en términos de una relación interestatal ⁽²²⁾. Sin embargo, un análisis cuidadoso de algunos supuestos, como el principio de inviolabilidad de los embajadores, nos lleva a ponderar no el carácter interestatal de la norma sino la validez de la misma en todos los pueblos, como producto de la *naturalis ratio* ⁽²³⁾. El caso de Escipión el Africano ⁽²⁴⁾, quien respetó a los embajadores cartagineses, prueba la validez de una norma de *ius gentium*, común en todos los pueblos, sin necesidad de derivar del consentimiento expreso o tácito de los Estados ⁽²⁵⁾ ni de una norma interestatal. Al margen del comportamiento de un pueblo e incluso ante la violación de una norma entendida de *ius gentium*, los romanos pretendieron consolidar el carácter común de estas normas a través de su observancia frente a las relaciones con los extranjeros, sin convertirla en una norma de Derecho Internacional Público, en sentido moderno.

Hemos visto también que el *ius gentium* no se plasma en un derecho supranacional desligado de un ordenamiento jurídico en particular; curiosamente, se inserta dentro del Derecho civil romano y, por extensión, dentro de los derechos civiles de los pueblos.

El *ius gentium* no es un derecho de los peregrini ni un estatuto especial para extranjeros, pues no es un conjunto de normas reservado a ellos, ya que de él participan los ciudadanos romanos ⁽²⁶⁾. Tampoco es un Derecho internacional privado pues no contiene normas de conflicto ⁽²⁷⁾; es un derecho directamente aplicable para solucionar cuestiones jurídicas, pese a tener un elemento extranjero o, en términos modernos, un elemento que internacionaliza la relación jurídica.

Por consiguiente, se puede entender el *ius gentium* como un conjunto de normas del Derecho romano con vocación universal, fundadas en la razón natural y común a todos los pueblos. No hay, por consiguiente, una base interestatal que sustente la creación ni la formulación de las normas de *ius gentium*. Revisando la formulación gayana y la recogida en la *Compilación justiniana* ⁽²⁸⁾, apreciamos que el *ius gentium* permaneció en sus líneas generales como aquel complejo de normas e instituciones que, para los romanos, eran vigentes en todos los pueblos. Este era entonces un orden jurídico real, vigente e independiente de la voluntad creadora de un pueblo en particular ni de un acuerdo entre pueblos. Las bases para encuadrar las normas de *ius gentium* no partían de una investigación sistemática estadística ni comparatista entre los pueblos del orbe, pero sí de una persuasión de los juristas romanos a considerar ciertas normas de aplicación común a todos los pueblos y, por consiguiente, aplicable a los ciudadanos y extranjeros, basados en la *naturalis ratio* como inmanente de la realidad objetiva de las cosas; esta obligatoriedad era independiente de cualquier reconocimiento formal del Estado.

En cuanto a su aplicación, el *ius gentium* se aplicaba a los peregrini, a los ciudadanos romanos, a los ciudadanos romanos privados de ciudadanía; esta aplicación se hacía por ser parte Derecho civil romano, es decir, en base a las normas de un derecho interno. El elemento internacional o interestatal no estaba presente.

El Derecho internacional público, por su parte, es un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas internacionales de los entes con subjetividad internacional. En él, pese a las nuevas concepciones, el rol de los Estados como creadores de normas de Derecho internacional y la base consensual de las mismas es innegable. Esta formulación es diversa de la presentada por el *ius gentium*, base conceptual del Derecho de Gentes. Entonces, ¿se equivocaron los Padres del Derecho Internacional?

Frente a la adopción inicial de la expresión latina *ius gentium*, que era parte del bagaje jurídico de los tratadistas, hubo un desarrollo posterior donde se fue perfilando el concepto, teniendo en cuenta el crecimiento de la sociedad internacional y a un nuevo orden internacional; hoy, afortunadamente, tiene ya un nombre propio. Será menester no confundirlos. Si en algo puede resultar útil este artículo es en intentar aclarar algunas ideas y sembrar inquietudes en los estudiosos del Derecho internacional; no solo desde una perspectiva contemporánea sino también con referencia a instituciones y fuentes respecto de las cuales estamos aun influenciados.

Citas:

- 1 IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado. 6a. ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979. p.49
- 2 La Constitución de Caracalla del 212 d.C. consolida un nuevo contexto jurídico, a partir del cual la aplicación del *ius gentium* varía, existiendo un nuevo concepto de peregrinus (extranjero). La determinación del contenido del término peregrinus, del siglo III d.C. en adelante, varía en las fuentes, existiendo aún discusiones que no serán abordadas en este artículo. En relación a los siglos IV y V d. C., véase: CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. p.77. Asimismo, pese a los intentos de algunos autores de circunscribir hasta el siglo III d.C. la «fase del *ius gentium*», encontramos este concepto en la *Compilación Justiniana*.
- 3 Cicerón, *De off.* 3.17.69; *Pro Roscio* 49.143. Véase también: LOMBARDI, Gabrio. «Diritto umano e *ius gentium*». En: *Studia et documenti historiae et iuris*. 16(1960) p.260.
- 4 Gayo 1.1. Omnes populi que legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.
- 5 Este fragmento del *Digesto* de Justiniano recoge el planteamiento gayano.
- 6 Gayo; *Instituciones*, libro 1. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.
- 7 D.1.1.1.4. Ulpiano; *Instituciones*, libro 1. *Ius gentium* est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit;
- 8 GORIA, Fausto. «Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio». En: *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore del prof. Silvio Romano*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 225. JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937. p.85. GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del Diritto Romano*. 5a. ed. revisada y ampliada. Torino: Giappichelli, 1965. p.

273. MOMMSEN, Theodore. *Le droit public romain*. Traducido del alemán por P. F. Girard. París: Ernest Thorin, 1889. Tomo VI, Parte II, p. 222. Lombardi afirma que este es «...il vero e originario concetto di ius gentium...» Véase: LOMBARDI, Gabrio, op. cit., p. 256-257. Catalano también los llama «iura communia». Véase: CATALANO, Pierangelo, op. cit., p. 42-43
- 9 D.4.5.8. Gayo; Comentarios al Edicto Provincial. *Civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*.
 - 10 Debe tenerse presente que Gayo no llegó a formular qué debía entenderse por *naturalis ratio*.
 - 11 GORIA, Fausto, op. Cit., p.323-324. RUILOBA SANTANA, Eloy. «Conflicto de leyes y *ius gentium* en el mundo jurídico romano (visión retrospectiva desde la dogmática permanente del Derecho Internacional Privado)». En: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1974. Tomo II, p.337. HUVELIN subraya el origen estoico de la *naturalis ratio*. Véase: HUVELIN, Paul. *Etudes d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe - Droit maritime)*. París: Sirey, 1929. p.16
 - 12 No se pretende afirmar la existencia del concepto de Estado en Roma, que es una interesante materia de discusión pero escapa los alcances de este artículo. Al referirnos a «voluntad estatal», queremos entender la voluntad de quienes gobiernan los pueblos.
 - 13 Si bien el contenido es el mismo, algunos autores dan diversas denominaciones a este concepto del *ius gentium*. En el caso de Grosso, el habla de un concepto «doctrinal». Véase: GROSSO, Giuseppe, op. cit., p.275. Talamanca hace alusión a un concepto «teórico». Véase: TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 578 579. Por su parte, Lombardi alude a un concepto «abstracto». LOMBARDI, Gabrio, op. cit., p.256
 - 14 Resulta discutible considerar que solo necesidades comerciales fueron las que propiciaron la aplicación de normas del Derecho civil romano a los extranjeros. Para ver algunas opiniones, véase: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14a. ed. Napoli: Jovene, 1987. p.26; FREZZA, Paolo. «*lus gentium*». En: RIDA (*Révue des droits de l'antiquité*) 2 (1949), p. 268. Para poder ver algunos aspectos económicos y sociales que influyeron en la formación del Derecho romano, se recomienda la lectura de: SERRAO, Feliciano. *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*. (Primera parte). Napoli: Jovene, 1947.
 - 15 SERRAO, Feliciano, por. cit., p.347-348
 - 16 En este sentido, ya encontramos referencias en la Ley de las XII Tablas (II,2). Grosso se refiere a la importancia de la *fides bona* para configurar relaciones con peregrini, pese a no tener estas un origen en el comercio internacional. Véase: GROSSO, Giuseppe, op. cit., p.291
 - 17 BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei romani*. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1898. p.95. GROSSO, Giuseppe. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. 2a. ed. Torino: Giappichelli, 1967. p.58; 60-61. IGLESIAS, Juan, op. cit., 103. JÖRS, Paul, op. Cit., p.84-85
 - 18 Catalano se refiere a un carácter supranacional («sovrannazionale»). Véase: CATALANO, Pierangelo, op. cit., p.56. Se recomienda también la lectura de BELLO,

- Andrés. «Derecho Romano» En: Obras completas de Andrés Bello. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p.259
- 19 Por consiguiente, habría una cuasi-tutela para las mujeres en los pueblos, distinta de la tutela mulierum existente en Roma.
 - 20 Recordemos que el *ius gentium* es entendido como parte del derecho civil romano. Para aclarar esta relación, que daría lugar a planteamientos en torno a la relación entre el derecho civil, derecho natural y derecho de gentes, debe tenerse presente que la concepción del *ius civile* romano parte de asumir que tanto el derecho público como el derecho privado son solo posiciones de estudio (D.1.1.1.2).
 - 21 Ello está presente en Polibio 15.4
 - 22 Para Lombardi, es un concepto «técnico» pues alude a un conjunto de normas determinadas por la actividad del praetor. Véase: LOMBARDI, Gabrio, op. Cit., p.256. Grosso, por su parte, lo denomina el concepto «positivo» o «concreto». GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*. 5a. ed. revisada y ampliada. Torino: Giappichelli, 1965. p.275
 - 23 Baviera afirma la existencia de un Derecho Internacional Público y Privado en Roma; sin embargo, sus argumentos son rebatibles. Véase: BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei romani*. Modena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1898. Huvelin, en relación a la actividad del praetor y de los recuperadores, habla de un derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, las fuentes no aluden a una formación de costumbres internacionales que fundamenten la existencia de las instituciones de *ius gentium* reconocidas por los romanos. HUVELIN, Paul, op. Cit., p.16
 17. Opiniones recientes de autores que admiten un aspecto «publicista» del *ius gentium* las encontramos en: KASER, Max. *Storia del diritto romano*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1977. p.142-143; LOMBARDI, Gabrio, op. cit., p.256; TALAMANCA, Mario, op. Cit., p.578-579
 - 24 Es discutible afirmar que Roma mantenía relaciones «interestatales» con otros pueblos, si es que no existía el concepto moderno de Estado. Asimismo, debe recordarse que las relaciones de Roma, en especial a partir del siglo III a.C., pueden calificarse de asimétricas frente a otras colectividades.
 - 25 Sobre el *ius fetiale* y su validez universal, véase: CATALANO, Pierangelo, op. cit., p.41. También LOMBARDI, Gabrio, op. cit., p.260
 - 26 Polibio 15.4. Los embajadores cartagineses fueron respetados pese a no haberse dado un trato recíproco a los embajadores romanos.
 - 27 Debe recordarse la reflexión hecha en la nota 22.
 - 28 Gayo señala que el pueblo romano se regiría en parte también por el *ius gentium*, siendo ello corroborado por la aplicación que de este hacía el praetor urbanus en disputas entre ciudadanos romanos.

Responsabilidad Civil del Vendedor por Productos Defectuosos en el Derecho Romano: Venta de Vino

Miguel Ángel Vásquez Rodríguez ^{1*}

ÍNDICE; Introducción; CAPÍTULO 1: Obligaciones del vendedor en la compraventa de vino, 1.1 Entrega del bien; 1.2 Garantía de No Evicción; 1.3 Obligación de responder de los vicios de la cosa; 1.4 La custodia del bien. CAPÍTULO 2: Compraventa de producto defectuoso-vino; 2.1 Supuestos y el error en la compraventa; 2.1.1 Supuesto 1: Cuando se compra vino agrio por vino, 2.1.2 Supuesto 2: Impericia del comprador; 2.1.3 Supuesto 3: La cosa no está conforme al contrato, 2.1.4 Supuesto 4: Dolo en la compraventa, 2.1.5 Error en la compraventa. 2.2 Análisis exegético de la citas vs. análisis sistemático. CAPÍTULO 3: Responsabilidad civil del vendedor por productos defectuosos-compraventa de vino; 3.1 Efectos para el vendedor, 3.2 Responsabilidad del vendedor por la venta de vino, 3.3 Acciones contra el vendedor, 3.4 La Indemnización en la venta de vino (producto defectuoso, 3.4.1 Finalidad de la indemnización, 3.4.2 Alcances de la indemnización, Conclusiones, Bibliografía.

Introducción

En un inicio este trabajo debió constar del análisis de un promedio de cinco citas del *corpus iuris civilis* respecto al tema de la responsabilidad civil del vendedor por producto defectuoso, específicamente la de venta de vino. El tema venía a colación debido a la inquietud por saber si las tan actuales tendencias de protección al consumidor tenían una raíz romanista. Así fue en efecto, inicialmente fueron seis las citas que nos descubrieron que el Derecho romano tuvo una actitud de tutela frente a al comprador que había sido dañado patrimonialmente por efectos de una compraventa donde el bien no reunía las calidades esperadas.

Entusiasmados por el hallazgo, se continuó con la áspera y árida labor de revisar el *corpus iuris*, anotando, revisando, comparando, hasta llegar a tener fichadas más de

¹ *Abogado, director de la revista *Ágora visual*

cincuenta citas referentes a la compraventa y sus posibles variantes. Se tuvo, entonces, que enfrentar la posibilidad de caer en lo demasiado genérico y superficial si no reducíamos de forma drástica el número de citas. Un nuevo análisis, tal vez más árido y pesado que el anterior, puesto que había que escoger solo los textos más relevantes, nos llevó a tener un conjunto de treinta y seis citas que son finalmente las que han sido empleadas en este trabajo.

No pretendemos con este trabajo hacer una propuesta de orden histórico ni mucho menos redescubrir el Derecho romano. La finalidad del presente es hacer un análisis serio y profundo, en la medida de las posibilidades, de la figura de la responsabilidad civil del vendedor por productos defectuosos.

El trabajo se circunscribe al análisis de la figura tomando como bien de referencia el vino, lo que no impide que en algún momento nos hayamos servido de otros «bienes» como el oro, los esclavos, los fundos, etc. ,para poder dilucidar algunas dudas.

El Capítulo 1, es abundante en citas y definiciones porque pretende acercarnos a la óptica romana justiniana, intentado separar la interpretación de las fuentes de la nada beneficiosa comparación con las instituciones del derecho moderno contemporáneo. Dentro de este capítulo se estudia la figura de la compraventa que es el eje del problema del presente trabajo, procurando siempre acercar la institución al supuesto concreto de la compraventa de vino. Inmediatamente se analizan con detalle las diferentes obligaciones que tiene el vendedor frente al comprador dentro de la relación contractual, ya que es su responsabilidad la que interesa al desarrollo de nuestra temática, tocando además el tema de la negligencia y la conducta razonablemente exigible. Aquí ya se van aventurando algunas propuestas y juicios respecto a lo que podría ser la responsabilidad del vendedor por producto defectuoso.

El Capítulo 2, aborda algunos supuestos relevantes que abarcan la posibilidad de la compraventa de producto defectuoso. Dentro de estos supuestos surge incesantemente la figura del error en la declaración de voluntad. Es por ello que constantemente se le toca para poder escalar en el difícil ascenso hacia la certeza. Hacia el final del capítulo hemos realizado un rápido bosquejo de los tipos de error en el Derecho romano, deteniéndonos en aquellos que consideramos relevantes para la figura de la responsabilidad por producto defectuoso.

Finalmente, el Capítulo 3 reúne los aspectos analizados en los dos anteriores para plantear las bases finales antes de llegar a las conclusiones. Es este capítulo el más corto y responde esto a que, a esta altura del camino, ya se han desglosado, analizado e interactuado la mayor cantidad posible de citas permitiendo esto que la conceptualización de la institución y sus respectivas variaciones lleguen claras al crepúsculo del trabajo.

Las conclusiones son un intento de ofrecer una síntesis de los puntos más relevantes observados durante el desarrollo del trabajo. La conclusión es menos compleja de lo que esperábamos porque al iniciar el trabajo, lo iniciamos con los anteojos de lo moderno, de lo occidental. Sin embargo, al navegar en las instituciones del Derecho romano nos vimos sorprendidos por la pasmosa habilidad de los romanos de simplificar lo complejo. Ese espíritu práctico demostrado a lo largo del Corpus Iuris Civilis, nos sirvió de modelo para al concluir no entrar en detalles ociosos y redundantes que podrían desvirtuar el esfuerzo desplegado para el desarrollo de este trabajo.

CAPÍTULO 1: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE VINO

Una de las principales actividades del mundo romano fue el comercio y dentro de este ámbito encontramos la figura del contrato consensual como una de las más importantes fuentes de obligaciones del Derecho romano. Acostumbrados al concepto de obligación mediante el uso cotidiano del derecho moderno, parece necesario hacer una breve referencia a dos aspectos importantes a los que se hará referencia en el tránsito de este trabajo: el *debitum* o deuda y la *obligatio* o responsabilidad. Es así que:

«En el '*nexum*', el padre de familia que solicitaba un préstamo adquiriría la deuda, pero la responsabilidad en caso de incumplimiento podía recaer sobre un miembro de su casa, un hijo, por ejemplo, que al celebrarse el contrato era dado como garantía de cumplimiento.»⁽¹⁾

Como puede verse en un principio los dos conceptos estaban desligados entre sí; sin embargo, en la evolución del Derecho romano el *nexum* llega a recaer en la misma persona, de tal forma que la deuda y la responsabilidad se fusionan en un solo individuo y, por tanto, es en ese momento en el que surge el concepto de obligación que conocemos hoy en día.

Otro aspecto que tocaremos brevemente, antes de abordar de lleno el tema de fondo es en cuanto al concepto de compraventa:

Para María Morineau y Román Iglesias, la compraventa es:

«[...] la compraventa *emptio venditio* puede ser definida como aquel contrato de buena fe por medio del cual una persona llamada vendedor se obliga a transferir a otra llamada comprador, la posesión libre, completa y duradera de una cosa determinada, mediante el pago de una cantidad cierta y en dinero»⁽²⁾

Juan Iglesias define la compraventa de la siguiente manera:

»[...] - '*emptio venditio*' - es un contrato consensual por el que una de las partes -vendedor- se obliga a transmitir la posesión de una cosa y a asegurar su pacífico goce -'*habere licere*'-; en tanto que la otra -comprador- asume la obligación de entregar en propiedad una suma de dinero -'*pretium*'.⁽³⁾

La definición de Iglesias casi no guarda distancia con la que hace Argüello:

«La convención por la que una de las partes, el vendedor ('*venditor*'), se obliga a transmitir la posesión de una cosa y asegurar su pacífico goce, en tanto que la otra, el comprador ('*emptor*'), asumía la obligación de entregar en propiedad un precio en dinero, constituyó el contrato consensual de compraventa.»⁽⁴⁾

Es interesante resaltar el elemento de «buena fe» al que hace mención Morineau y que Iglesias y Argüello no mencionan en ningún momento; probablemente porque para ellos la figura de la compraventa incluye de por sí una concepción de buena fe implícita en el mismo acto. Esto debido al ulterior desarrollo de los conceptos de nulidad y anulabilidad dentro de la validez del acto jurídico. Otro punto, que sí es necesario advertir y que hace más completa la definición de Morineau es la especificación de una «cantidad cierta»; es decir, hace hincapié en el concepto de determinabilidad del precio. No implica que Argüello haya desconocido el asunto, lo que sucede es que no lo toca en el concepto pero lo menciona más adelante al tratar los elementos de la compraventa:

«[...] tenía que ser cierto ('*certum*'), es decir determinado o determinable.»⁽⁵⁾

De este somero análisis se desprende entonces que la compraventa es entendida por los romanos en primer lugar como un acuerdo de voluntades, una convención entre dos partes: el vendedor, dueño de una cosa, pero no de cualquier cosa, sino de una cosa in commercio, y el comprador dueño de una cantidad de dinero que pudiese cubrir la evaluación económica que el vendedor hacía de la cosa de su propiedad.

Esta compraventa genera obligaciones para el vendedor y el comprador, en cuanto al tema que nos atañe que es la responsabilidad del vendedor; es obvio que nos interesan las obligaciones de este último, además intentaremos desde ahora circunscribir el ámbito de la investigación a un solo bien: el vino y los posibles supuestos de responsabilidad en los que pueda incurrir el vendedor si realiza una transacción donde el producto (vino), sea un producto defectuoso. Sin embargo, se debe hacer la salvedad que para poder analizar y explicar correctamente la institución de la compraventa se recurrirán a fuentes que no necesariamente se refieren en específico al caso de la compraventa de vino, sino a otros bienes, pero que cuyo contenido guarda relación con el tema que estamos tratando.

Ahora veremos que las obligaciones del vendedor son básicamente cuatro: a) La entrega del bien. b) La garantía de no evicción. c) La obligación de responder por los vicios de la cosa. d) La custodia del bien.

1.1 Entrega del bien

Por entrega del bien entendemos la entrega de la cosa vendida ⁽⁶⁾ ahora, aquí hay que tener en cuenta que la compraventa romana no fue un negocio traslativo de dominio, puesto que en ningún momento se menciona la transferencia de la propiedad de la cosa, pero si se entregaba al comprador el goce completo de ella. Es decir, un poder fáctico conocido como habere licere. De tal forma que el acto de la compraventa no provocaba como consecuencia inmediata el surgimiento de un derecho real de propiedad en favor del adquirente. Así si Cayo vendía diez tinajas de vino a Petronio, la obligación de entregar las cinco tinajas surgía de inmediato al realizarse el contrato, pero la efectiva transmisión de estas se producía independientemente. ⁽⁷⁾ Inicialmente se hacía efectiva después de la celebración del contrato mediante una formalidad llamada mancipatio o in iure cessio, dependiendo de si la cosa era res Mancipi o res nec Mancipi. Con el derecho Justiniano desapareció la clásica distinción entre res Mancipi y res nec Mancipi de tal forma que la transmisión se producía siempre mediante la traditio. ⁽⁸⁾ (I.3.23.3) ⁽⁹⁾

En el caso del vino existía una particularidad que no es notoria en otros bienes, como por ejemplo una silla o una medida de grano. El vino debía de probarse ⁽¹⁰⁾. Pero la prueba del vino no era un elemento de la compraventa pura, pues esta se perfeccionaba en el momento del pacto luego de haber establecido claramente la calidad, la cantidad y el precio. Entonces la prueba no era otra cosa que una condición de este tipo de compraventa que era prácticamente de rigor por las características intrínsecas de la cosa. ⁽¹¹⁾ Aunque podía en ciertos casos pactarse para que no fuese necesaria la prueba u omitirse esta, claro que a riesgo del comprador ⁽¹²⁾. Hasta aquí parece agotarse la doctrina al respecto, pero ¿no sería atendible añadir a la obligación de «entregar el bien» la precisión de «en buen estado» o «sin defectos»? ¿Existe la posibilidad que los romanistas y los mismos romanos no hayan advertido este supuesto? Creemos que a este punto no es necesaria dicha precisión, pues otra de las obligaciones del vendedor es la de «responder por los vicios de la cosa», donde se cubren ampliamente las posibilidades de defectos perceptibles para el vendedor dentro de una conducta de responsabilidad razonable. Dicho punto lo abordaremos con detalle más adelante.

1.2 Garantía de no evicción

Inicialmente cuando se perfeccionaba un contrato de compraventa, el vendedor no tenía mayor obligación que entregar la cosa en buen estado. Pero al otorgar tan solo un derecho de posesión ⁽¹³⁾ sobre la cosa el comprador corría muchas veces el riesgo de que se diese a lugar una evicción ('evictio').

"Hay evicción, cuando en un juicio, un tercero demostraba ser propietario de la cosa vendida, reivindicándola de manos del comprador, o bien si dicho tercero ejecutando la acción correspondiente, era declarado titular de ciertos derechos reales sobre la cosa comprada.»⁽¹⁴⁾

Por ello es que se debieron buscar mecanismos que no dejaran desamparado al comprador frente a esta contingencia. (C.4.48.1) ⁽¹⁵⁾. De tal forma que perfeccionada la venta, al vendedor se le transfiere la responsabilidad por evicción si esta sucediera por hechos anteriores a la compraventa.

Una de las formas iniciales de garantizar la posesión de la cosa por parte del comprador era añadiendo al contrato de compraventa las stipulationes accesorias. Dentro de estas se consideraban algunas que eran específicas para el caso de la evicción. Por ejemplo tenemos la stipulatio duplae, por medio de ella el vendedor era obligado a devolver el doble del precio en caso de que el comprador fuera privado de la posesión de la cosa por medio de una acción de evicción.

De esta forma quedó garantizada la condición manifiesta en la definición de la compraventa que es la de «asegurar su pacífico goce», evitando la posibilidad de la intervención de un tercero para tomar posesión de la cosa vendida o en su defecto resarcir al comprador del daño producido por la pérdida de dicha posesión. En el caso de la compraventa de vino es muy probable (y notorio por la carencia de citas al respecto en las fuentes), que no se diesen muchos casos de evicción. Entre otras cosas por las características del bien; era un bien consumible y de difícil determinabilidad. Si Cayo le vende diez tinajas de vino a Petronio, pero el vino era de Braulius, ¿cómo podría identificar Braulius el vino para seguir la acción de evicción? Tal vez pudiese identificar las tinajas si estas también fuesen suyas; pero, ahondando en el supuesto, digamos que las tinajas eran de Cayo o que siendo las tinajas de Braulius, Petronio ya recogió el vino en sus propias tinajas. ¿Cabría la posibilidad de identificación? En realidad es posible que a Braulius le haya quedado una posibilidad, debido a la particular importancia que le daban los romanos a los testigos, la única forma que hubiese tenido Braulius de probar su derecho era mediante testigos que afirmasen que el vino vendido a Petronio era en realidad de Braulius. Con lo cual quedaría abierto el camino para la acción correspondiente. Por supuesto como ya hemos visto Petronio no se vería perjudicado pues sería Cayo el responsable frente al comprador.

¿Qué hubiese pasado si el vino ya hubiese sido consumido cuando Braulius ejecutase su acción de evicción? En ese caso Cayo hubiese tenido que ser responsable frente a Braulius por la reposición de la cosa o del valor que ella interesaba, debido a que era materialmente imposible recuperar el vino original.

1.3 Obligación de responder de los vicios de la cosa

Los romanos determinaron como vicio a cualquier eventualidad que hiciera que la cosa sufriera un detrimento en sus calidades materiales, tal como lo demuestra el fragmento de la siguiente cita del Digesto:

«(D.18.6.1.pr) ULPIANO; Comentarios a Sabino, libro XXVIII.- Si se hubiere avinagrado el vino vendido, o hubiere adquirido algún otro vicio, el daño será del comprador,

a la manera que si se hubiese derramado vino, o por haberse roto las vasijas, o por alguna otra causa. [...]»

El vicio se mantiene en la cosa, no es un vicio de voluntad acerca de la cosa, sino uno que es parte de la misma. La apreciación de la realidad por parte del comprador permite que este establezca una valoración cuantitativa respecto a las cualidades y calidades de la cosa. Si la cosa no cumple estos requerimientos y, además el vendedor lo sabía, este debe responder por el daño producido a la expectativa del comprador; siempre y cuando el vendedor haya conocido del vicio que afectaba a la cosa. (D.18.6.15)⁽¹⁶⁾. En el caso de la cita recién mencionada, el jurista se pone en la situación de que el vendedor, por el afán de concretar la transacción comercial realiza una afirmación falsa sobre las calidades de la cosa, en este caso estamos frente a un ocultamiento de los vicios de la cosa por acción del vendedor. Sin embargo también se contemplaban los casos de ocultamiento por omisión. Donde el solo hecho de no advertir al comprador la existencia de un vicio en la cosa también hacía responsable al vendedor. (D.18.6.9)⁽¹⁷⁾

Sin embargo, aunque en los dos casos arriba mencionados el vendedor es responsable por los vicios de la cosa, Ulpiano se preocupa de distinguir la responsabilidad del mismo en cada uno de estos supuestos, tal como podemos ver en el Libro XIX del Digesto:

« (D.19.1.13.pr) [14.] ULPIANO; Comentarios a Edicto, libro XXXII.- Establece Juliano diferencia con el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia, vendió alguna cosa; porque dice, que el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló y engañó al comprador, habrá de responder de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así, pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano.»

De tal forma que la responsabilidad que recae sobre el vendedor será mucho mayor si los vicios de la cosa fueron ocultados con pleno conocimiento. En este caso el vendedor no solo responderá mediante una *actio quanti minoris*, sino que además debía responder por los daños provocados en bienes que no fueron objeto de la compraventa pero que sin embargo se ven afectados por la presencia o integración de la cosa defectuosa. Así, si Petronio hubiese vertido el vino que Cayo le vendió en mal estado, sin advertírselo, sobre tinajas que contenían vino en buen estado. Cayo sería responsable no solo del vino vendido en mal estado, sino también del vino que estaba en la casa de Petronio sobre el cual se vertió el vino defectuoso. Si Cayo hubiese ignorado el mal estado del vino, tan solo hubiera respondido por el vino vendido.

1.4 La custodia del bien

Respecto a la custodia del vino, dice Ulpiano: » (D.18.6.1.1) Pero el vendedor debe responder también de la custodia hasta el día de la medida; porque antes que se mida el vino, casi que aún no se ha vendido, y después de hecha la medida deja de ser del vendedor el riesgo; y también se libra del riesgo antes de la medida, si no lo vendió a medida, sino acaso por ánforas, o también por cada tinaja.»

Como puede verse la responsabilidad del vendedor por la custodia del bien permanece mientras mantiene el vino en su poder; pero además, mientras no se hayan cumplido las condiciones del contrato de compraventa, en este caso Ulpiano hace alusión de la condición de la medida del vino. De no haberse establecido esta condición en el contrato el vendedor se libera del riesgo antes de la medida. Entendemos que el riesgo estaría latente hasta el momento de probar el vino si esto hubiese sido pactado o sino hasta el momento de la venta pura.

«(D.18.6.2.1) Pero veamos de qué custodia debe responder el vendedor antes del día de medirlos, si de la plena, para que también responda de la diligencia, o solamente del dolo. Y opino que el vendedor debe poner una diligencia tal, que quede excusado de daño fatal, o el caso de fuerza grande.»

Ahora, en cuanto a las características de la custodia Gayo nos plantea que debe ser tal que el vendedor quede excusado del «daño fatal» o «fuerza grande»; es decir, una conducta lo suficientemente razonable que si el bien sufre daños sea solo por el acontecimiento de un hecho fortuito más allá de sus propias capacidades. Sin embargo, no queda claro aún el concepto de razonabilidad. Paulo aclara el concepto en la siguiente cita:

«(D.18.6.3) PAULO; Comentarios a Sabino, libro V.- Pero el vendedor debe responder de una custodia tal, cual de la que responden aquellos a quienes se dio una cosa en comodato, de suerte que responda de más exacta diligencia, que de la que pondría en sus propias cosas.»

Aquí ya queda más claro el concepto de razonabilidad, es exigible en el vendedor una diligencia mayor a la que pondría en sus propias cosas o bienes. Esto con la finalidad de ofrecer al comprador la certeza de que el bien adquirido cumplirá los requerimientos por los cuales ha sido comprado.

La custodia del bien está muy ligada a la obligación por parte del vendedor de entregar el bien. El bien (vino) se custodia hasta el momento de la entrega en la mayoría de los casos. Dado que el vino es un bien consumible y perecible cabe preguntar: ¿Cuál es el plazo máximo de custodia que debe respetar el vendedor? La respuesta nos la da Ulpiano en las siguientes dos citas: «(D.18.6.1.4) Si hubieres comprado vino en tinajas, y no se hubiere convenido cosa alguna sobre esta entrega, se considera que se trató esto, que se desocupen antes que hayan de ser necesarias para la vendimia; pero si no se desocuparon, se ha de decir lo que opinaron los antiguos, que el vendedor haga por cuévanos ⁽¹⁸⁾ la medida, y lo vierta; porque los antiguos aconsejaron esto respecto a la medida, si no apareciera cuanta fuese la medida, a saber, para que apareciese cuánto se haya perdido para el comprador.»

«(D.18.6.4.2) Pero vendido el vino por junto, el término de la custodia es el momento de llevárselo. Lo que se habrá de entender así, si se señaló tiempo; pero si no se hubiera señalado, se ha de ver, si no deberá el vendedor una custodia indefinida. Y es más cierto, según lo que arriba expusimos, o que importa saber qué se haya tratado respecto al tiempo, o que se le ha de intimar, para que se lleve el vino; y a la verdad, debe llevarse el vino, antes que las tinajas hayan sido necesarias para la vendimia.»

Cuando se ha pactado una fecha de entrega para el vino, la responsabilidad de custodia por parte del vendedor desaparece cuando esta es realizada. Sin embargo,

cuando no se ha pactado en el contrato, existe una especie de pacto tácito, por el cual el vendedor tiene la responsabilidad de la custodia hasta cuando requiere de las tinajas para una nueva cosecha de uvas o vendimia. Los romanos atendiendo a su espíritu práctico y procurando no perjudicar a ninguna de las partes, prevén que el vino debe permanecer en custodia todo el tiempo posible mientras no se perjudique al vendedor en su labor.

El caso anterior prevé la posibilidad de un vendedor, pero que al mismo tiempo es productor; cuando el vendedor es comerciante y no productor, también necesitará de un límite para mantener la custodia del vino. Veamos que dice Gayo al respecto:

«(D.18.6.2.pr.) GAYO; Diario, libro II.- Esto es verdad de este modo, si el vendedor es uno para quien sin nueva vendimia no sean necesarias estas vasijas; pero si es un comerciante, que suele comprar y vender vinos, se ha de atender al día en que por conveniencia del vendedor puedan llevarse los.»

En este caso el tiempo es mucho menor para el comprador, el vendedor productor podía guardar el vino hasta una nueva vendimia (si antes no perecía el vino), pero el vendedor productor necesitaba sus vasijas con mayor premura debido precisamente a su actividad comercial. Como la compraventa era un contrato consensual, resulta obvio que un vendedor comerciante nunca habría pactado una entrega a largo plazo, el acuerdo tácito que se menciona en (D.18.6.1.4) debió haber sido totalmente favorable e este tipo de vendedor, pues él libremente establecía el momento de la entrega o deshecho del vino de acuerdo a sus propias necesidades comerciales.

El tema de la custodia supone un grupo amplio de situaciones. Una de ellas es la que se produce cuando el bien es hurtado mientras permanece en la custodia del vendedor. En ese caso recurrimos nuevamente a la conducta diligente por parte del vendedor custodio. Si este se comportó con la diligencia del buen padre de familia, no deberá entonces responder por la pérdida de la cosa, cediéndole al comprador perjudicado la acción reivindicatoria.(D.18.1.35.1) ⁽¹⁹⁾

Para el caso de que el vino se deteriore con el paso del tiempo por el hecho de no haber sido recogido en su momento, la responsabilidad es de quien por su causa dependió la demora. Finalmente, existe el caso de pacto para que en la compraventa de vino sea el comprador quien asuma el riesgo aunque sea el vendedor quien tenga la custodia del bien. Este tipo de pacto fue totalmente válido en el Derecho romano.(D.18.6.10.pr.) ⁽²⁰⁾

CAPÍTULO 2: COMPRAVENTA DE PRODUCTO DEFECTUOSO–VINO

2.1 Supuestos y el error en la compraventa

En la actualidad se entiende como producto defectuoso a aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta de forma especial su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

Hemos tomado este concepto de la doctrina contemporánea para poder tomar un punto de partida que nos permita abordar los posibles supuesto que implican considerar al vino como un producto defectuoso dentro de la concepción romana del derecho.

2.1.1 Supuesto 1: Cuando se compra vino agrio por vino

Cayo le vende a Petronio diez tinajas de vino en un contrato en el que se omitió realizar la prueba del vino. Cayo hace entrega a Petronio de las diez tinajas de vino, pero al llegar Petronio a su casa descubre que le ha sido entregado vino agrio.

Este supuesto está previsto en el siguiente texto del Digesto:

«(D.18.1.9.2) Por lo cual se pregunta, si no se errase sobre el objeto mismo, sino que el error estuviera en la sustancia, como si se vendiera vinagre por vino, bronce por oro, o por plata plomo, o alguna cosa semejante a plata, si habrá compra y venta. Marcelo escribió en el libro sexto del Digesto, que hay compra y venta, porque se consintió respecto al objeto, aunque se haya errado en la materia; yo ciertamente consiento en cuanto al vino, porque es casi la misma sustancia, si el vino se agrió; pero si el vino no se agrió, sino que desde el principio fue vinagre, como el adobo, se considera que se vendió una cosa por otra; más respecto a las demás opino que es nula la venta, siempre que se yerra en la materia;»

Respecto a este texto hay que anotar un aspecto de suma relevancia: la excepción que se hace con el vino. Como dice Marcial Rubio ⁽²¹⁾ la regla es la parte final del texto; es decir, que si hay error en la materia la venta es nula, la excepción la viene a configurar el caso del vino. Esto por el desconocimiento de la época acerca de los cambios químicos que sufren las sustancias; sin embargo, podría ser que el jurista romano no quiso dar a entender que el vinagre es una cosa y el vino otra. Nos aventuraremos a lanzar una hipótesis: Dado que en el contrato de compraventa de vino era un factor importante la custodia y la catadura del vino antes de la entrega, era probable que en este transcurso el vino tornase en agrio por las condiciones del medio ambiente, pero este vino agrio no necesariamente es útil para labores de cocina. En cuyo caso nos enfrentamos a un caso de producto defectuoso y no de error. En el segundo caso Ulpiano va a plantearse el caso del «vinagre que lo fue desde un principio» es decir el que ha sido preparado y fabricado con el objetivo de servir como elemento de aderezo para alimentos. Aquí sí tendríamos una evidente equivocación por cuanto el destino del producto, dado que el que compra vino lo desea para beberlo y no para cocinar (por lo menos en términos ideales), y a esto los romanos le dieron el atributo de error en la materia (Error en la sustancia y cualidad según Rubio ⁽²²⁾).

Por supuesto esta hipótesis es solo una lucubración que pretende explicar la aparente inconsistencia de la cita, pero que de ser demostrada nos pondría frente al típico caso de producto defectuoso, ya que no habría sido nula la compraventa si el comprador recibió vino agrio en lugar de vino. Esto explica por qué titulamos a este punto con «compra de vino agrio por vino» en lugar de «vinagre por vino». El caso del vinagre lo veremos más adelante cuando tratemos el error en la compraventa.

2.1.2 Supuesto 2: Impericia del comprador

Cayo le vende a Petronio diez tinajas de vino. Al momento de realizar la prueba del vino Petronio que nunca lo ha probado antes consiente conformidad con el vino que en realidad está agrio. Cayo hace entrega a Petronio de las diez

tinajas de vino, pero al llegar Petronio a su casa sus familiares le hacen caer en cuenta que le ha sido entregado vino agrio.

En cuanto a la impericia Ulpiano se plantea las mismas preguntas que nosotros:

«(D.18.1.11.pr.) ULPIANO; Comentarios a Sabino, libro XXVIII.-Por otra parte, ¿qué diremos, si el comprador fue ciego, o si se yerra en la materia, o por no ser perito para discernir las materias? ¿Diremos que consintieron ellos en el objeto? ¿Y cómo consintió el que no vio?»

Del texto se desprende que Ulpiano, con mucha lógica y razón, compara o pone en el mismo nivel tanto al ciego como al no perito para discernir las materias. Un profano en cierta materia está ciego respecto al conocimiento de esta. El que nunca ha probado vino tiene las mismas desventajas para reconocerlo que el ciego para comprar un lienzo de cierto color. Se concluye entonces que la impericia hace nula la compraventa por provocar error en la materia. No va a importar para este caso el conocimiento o ignorancia del vendedor si el vino no ha sido mezclado. El comprador tendrá a su alcance la acción redhibitoria para solicitar nulo el contrato. ¿Pero qué sucedería si luego de caer en cuenta que era vino agrio en lugar de vino, Petronio decidiera que por alguna razón le conviene este error? Veamos que dice Pomponio:

«(D.18.6.6) Pomponio; Comentarios a Sabino, libro IX.- Si yo hubiere comprado vinos, exceptuados los agrios y enmohecidos, y me conviniere recibir también los agrios, dice Próculo, que aunque se hubiera exceptuado esto por causa del comprador, no se vendieron sin embargo los agrios y los enmohecidos; porque sería injusto, que lo que el comprador no sería obligado a recibir contra su voluntad, no se le permitiera al vendedor vendérselo a él o a otro.»

Aquí el concepto es interesante, supongamos que Petronio es un senador, a él no le sirven de mucho diez tinajas de vino agrio. Para su relación de costo beneficio la apreciación que tiene acerca de este evento es de detrimento de su economía por el hecho de haber obtenido una cosa que no le es útil. Pero qué sucedería si Petronio en lugar de senador fuese un criador de caballos, que usa el vino agrio o vinagre para limpiar el pelaje de los animales, o fuese un cocinero. En ese caso quizás (es solo una especulación) le convendría más obtener el vino agrio. De ser así, el silencio luego de recibido el vino agrio perjudicaría a Cayo, pues no sería justo para él, que de haber sabido que eran vinos agrios, tal vez hubiera obtenido un mejor precio de un tercero o del mismo Petronio.

2.1.3 Supuesto 3: La cosa no está conforme al contrato

Cayo le vende a Petronio diez tinajas de vinagre creyendo que se trataba de vino. Petronio solicitó vino en el contrato pero en realidad quería vinagre. Se hace la entrega y Petronio lleva a su casa las diez tinajas de vinagre y luego al revisar el contrato cae en cuenta que este está suscrito por diez tinajas de vino.

Este supuesto resulta interesante por el factor del error en el nombre. Veamos así:

«(D.18.1.9.1) Si disintiéramos en el nombre, pero constase respecto al objeto, no hay duda alguna de que sean válidas la compra y la venta; porque nada hace el error en el nombre, cuando consta respecto al objeto»

No hay duda que en este caso la compraventa es válida aunque en el contrato figure como objeto del mismo el vino y la transacción haya sido efectivamente realizada con vinagre. Lo que quedaría por resolver habría sido el precio. Puesto que si Cayo creyó que era vino le habría dado un precio diferente al del vinagre. El contrato no es nulo pero si es subsanable.

Existe otro supuesto y es aquel cuando tiene que ver la intención dolosa del vendedor para no entregar la cosa como figura en el contrato:

« (C.4.49.4) Los mismos Augustos a MUCIANO.- Si por procacidad del vendedor no se hiciera la entrega de la cosa vendida conforme al contrato de compra, el presidente de la provincia cuidará de comprender en la tasación de la condenación tanto cuanto hubiere juzgado que interesaba que se perfeccionase la compra. Publicada a 8 de los Idus de septiembre, bajo el cuarto y tercer consulado de los mismos Augustos. [290]»

Si la cosa no está conforme a contrato, y se debe a la intención del vendedor, este se hace responsable por los daños que pueda sufrir el comprador.

2.1.4 Supuesto 4: Dolo en la compraventa

Cayo le vende a Petronio diez tinajas de vino con pleno conocimiento de que el vino está agrio. Convence a Petronio para que no se haga la prueba alegando la buena calidad del vino. En este caso la intención de Cayo de engañar a Petronio hace que toda la responsabilidad caiga sobre él liberando al segundo:

« (C.4.48.3) Los mismos Augustos, a DIAFANIA.-Es de derecho cierto, que el dolo del vendedor no le perjudica al comprador de buena fe. Publicada a 4 de las Calendas de octubre, bajo el segundo consulado de MÁXIMO, y el de ELIANO. [223]»

Cabe la pregunta si los romanos hicieron alguna diferencia entre la responsabilidad del vendedor que vende un producto defectuoso por ignorancia o por dolo. Nuevamente Ulpiano se encarga de respondernos, precisando que por cualquiera de los dos motivos el comprador se libera de la responsabilidad asumiendo la totalidad de esta el vendedor:

« (D.21.1.1.2) La causa de proponer este Edicto es poner coto a las falacias de los vendedores, y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieren sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los ediles que haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia o por astucia del vendedor.».

Otra variante de nuestro supuesto es: ¿qué hubiese pasado si efectivamente se hubiese hecho la prueba del vino, pero Cayo intencionalmente hubiese evitado que se lleve el vino en el día pactado? En ese caso (aunque el supuesto tiene en realidad mucho que ver con el tema de la custodia), la responsabilidad también recae sobre el vendedor Cayo:

« (D.18.6.5) PAULO; Comentarios a Sabino, libro V.- Si hubiere consistido en el comprador que no se llevase el vino en su día, después, a no ser de lo que se hubiese quitado por dolo malo del vendedor, no debe responderse por este; si, por ejemplo, se hubieren vendido cien ánforas del vino que hubiese en la bodega, si se midió, hasta que se mida es del vendedor todo el riesgo, a no ser que este consista en el comprador.»

Entonces, la existencia de dolo en la compraventa nunca perjudicó al comprador. La relación contractual se basaba sobretodo en una relación de buena fe.

2.1.5 Error en la compraventa

La compraventa es una declaración de voluntad, dentro de este ámbito, el Derecho romano no estableció una clasificación sistemática de los tipos de error, es por ello notable el trabajo del Dr. Rubio al respecto, quien estudia de forma práctica los principales tipos de error en el Derecho romano⁽²³⁾. Así tenemos la siguiente clasificación:

30 Error in negotio (D.12.1.18.1) 31 Error in persona (D.12.1.32) 32 Error in nomine (D.37.11.8.2; D.18.1.9.1) 33 Error in corpore (D.18.1.9.pr) 34 Error en sustancia y en cualidad (D.18.1.9.2; D.18.1.10; D.18.1.11; D.18.1.14; D.18.1.41.1; D.18.1.45; D.19.1.21.2; D.13.7.1.2; D.45.1.22) 35 Error psíquico que no afecta la voluntad del negocio (D.12.6.65.2) g) Error de cálculo (C.2.5.1) 36 Error en actos mortis causa: Voluntad negocial e Hipotética (D.5.2.28).

Ahora veamos los siguientes tipos que interesan para efectos de determinar si hubo responsabilidad por producto defectuoso. No hemos tomado para el análisis los demás, debido a que no se refieren al objeto de la compraventa, lo que los excluye automáticamente del tema del producto defectuoso.

- a) Error in nomine.- Cuando se ha errado en el nombre, el objeto de la compraventa puede ser realmente vino, pero al cual por error llamamos por otro nombre. Como ya se vio más arriba, si se consiente en el objeto, el error de nombre no provoca la nulidad de la compraventa. Pero como este error no afecta las calidades del objeto y lo que legítimamente cabría de esperar de él, este error no es determinante para observar una responsabilidad por producto defectuoso.
- b) Error in corpore.- Se refiere a cuando se produce un error en la determinación del bien materia del contrato. Aquí el caso es complejo. La fuente pone como supuesto ⁽²⁴⁾ la venta de un fundo por otro. Ambos son fundos. Si aplicamos este supuesto como si fuese un molde sobre nuestro supuesto, se podría decir que si se pretende dar una tinaja de vino en lugar de otra diferente habría error in corpore, pero hay que fijarse que la fuente hace hincapié en el propietario del fundo, lo que hace que los objetos se hagan diferentes y su relación jurídica hacia el vendedor varíe. En el caso del vino, el hecho de que el vino pertenezca a una tinaja y no a otra no hace que per se exista una diferencia en el objeto. Si una tinaja fuese de Cayo y la otra tinaja fuese de Braulius, y Cayo ofrece vender la tinaja que no es suya, es evidente que no hay error en la determinación del objeto. Aquí estaríamos frente a un caso de responsabilidad por evicción. El error ocurriría si Cayo entrega aceite en

lugar de vino. Puesto que Petronio quería comprar vino y recibe aceite, se ha disentido en el objeto y por lo tanto es nula la compraventa.

- c) Error en sustancia y en cualidad.- Para efectos de nuestro trabajo este es con seguridad el tipo de error más involucrado con la teoría del producto defectuoso. En el punto 2.1.1 del presente trabajo al tratar acerca de la venta de vino por vino agrio, tocamos también el tema del vinagre, el que está explícitamente mencionado en D.18.1.9.2. ⁽²⁵⁾ La posibilidad de que el vino no haya sido vinagre, sino que se tornase en agrio durante el perfeccionamiento de compraventa daría pie a considerar este vino como un producto defectuoso, ya que no era nula la compraventa por tratarse de un producto es «casi la misma sustancia»; es decir, un vino sin las cualidades que habría legítimamente que esperar. Si el vinagre lo era desde un inicio, (nos ponemos en el supuesto que el jurista se refería a aquel vinagre que había sido producido específicamente para ser tal desde un inicio), se produce un error en la sustancia, porque se ha vendido una cosa por otra.

Cuando nos referimos a la cualidad (qualitas) también estamos tocando el tema de los productos defectuosos. Cualidad es cada una de las circunstancias o caracteres que distinguen a las personas o cosas. Si un producto no reúne las cualidades que esperábamos de él, estamos frente a un producto defectuoso. Ergo, al vino agrio es un vino sin las cualidades esperadas; sin embargo, en las fuentes en ningún momento se menciona la qualita como un aspecto a observarse en la nulidad de la compraventa ⁽²⁶⁾. Solo se menciona substantia y el vino es para los romanos «casi» la misma sustancia que el vino agrio. La calidad, de acuerdo al apunte interpretativo de Rubio, es un error no relevante para el derecho romano, esta irrelevancia hace válida la compraventa y le niega al comprador la potestad de accionar frente a un producto defectuoso.

«(D.18.1.10) PAULO; Comentarios a Sabino, libro V.- pero lo contrario, si ciertamente hubiese sido oro, pero peor que juzgase el comprador, porque entonces es válida la compra.».

2.2 Análisis exegético de la citas vs. Análisis sistemático.

Recordemos que la exégesis es un método que nos permite comprender de la mejor manera posible una norma, pero liberada de su entorno jurídico e histórico. El análisis sistemático entiende al Derecho precisamente como un sistema; es decir, un conjunto de partes interrelacionadas que interactúan entre sí de acuerdo a ciertos principios preestablecidos. A lo largo de este trabajo se ha tratado de combinar el análisis exegético y el sistemático para poder obtener una visión amplia del mundo romano en cuanto a la figura de la compraventa y su apreciación.

Es evidente que si se ha de escoger entre uno de los dos sistemas, se debería preferir el estudio sistemático de una institución o conjunto de instituciones. La exégesis carece de la virtud de analizar el contexto. El análisis suelto de una cita podría dar pie a una mal interpretación por parte del lector. Pero más aún que la mala interpretación, puede propiciar el poco entendimiento de la cita en el caso específico del Derecho romano. Debido a dos factores fundamentales, que son el desorden, comprensible del Corpus Iuris, y el volumen de información, resulta

sumamente complejo, por decir lo menos, hallar todas las correspondencias sistemáticas de una institución.

La capacidad de investigación entonces estará relacionada de manera directamente proporcional con la capacidad de análisis sistemático con la que pudiera responder el investigador. En este trabajo no se ha discriminado ninguna de las dos, ambas hallan una justificación en el tipo de información a usar. El análisis sistemático nos ha permitido hallar las concordancias e inconsistencias entre citas de diferentes libros del Corpus Iuris y el análisis exegético nos llevó a entender al pensamiento del mundo romano a pesar de las dificultades que se generan con la traducción y el proceso de interpolación que han sufrido estos textos.

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS - COMPRAVENTA DE VINO

3.1 Efectos para el vendedor

Cuando se ha producido una venta de producto defectuoso, que es el caso del vino agrio, la compra venta no está viciada, por tanto es un contrato válido. No existe error en sustancia, como ya hemos detallado en el punto 2.1.5 «Error en la compra venta de vino», debido a que el vino es prácticamente la misma sustancia que el vino agrio. Nos queda la posibilidad del error en la cualidad, pero como vimos también en el mismo punto este tipo de error es irrelevante para el derecho y por tanto no produce la nulidad del acto jurídico.

Este error en la cualidad del vino no permite que sea un producto que ofrezca las características por las cuales ha sido comprado. Aunque la venta sea válida, la necesidad del comprador no ha sido satisfecha. En este caso le quedará al comprador el camino de reclamar la responsabilidad del vendedor por el camino de la obligación del vendedor de responder por los vicios de la cosa.

Las acciones que el comprador podía emprender en contra del vendedor las detallaremos más adelante.

3.2 Responsabilidad del vendedor por la venta de vino

El vendedor es responsable por las cualidades de la cosa y su custodia en la medida que se haya pactado esto en el contrato de compraventa. De acuerdo a lo pactado el vendedor deberá responder por las condiciones en las que haya vendido el vino; así, si dentro del contrato de compraventa se hizo este a condición de que la custodia se hiciese a riego del comprador, el pacto es totalmente válido (D.18.6.10.pr.)⁽²⁷⁾.

Es importante escapar un poco del marco de la idealidad, donde cualquiera de las conductas supuestas se habría cumplido de acuerdo a lo estipulado por las normas del Corpus Iuris. Nos referimos a la forma de probar las obligaciones, es decir el contrato. La doctrina contemporánea ha llegado a afirmar que en el derecho justinianeo el contrato escrito era obligatorio:

«[...] Bajo Justiniano, la escritura era el elemento esencial del contrato, el que no quedaba concluido, sino cuando el documento se hubiere redactado y suscrito por las partes».⁽²⁸⁾

Lo que lo reviste de una cierta seguridad jurídica que precisamente persigue sustentar y probar la obligación ante un posible incumplimiento. Sin embargo, parece que esta apreciación contemporánea no es del todo cierta, sino veamos que nos dice el Código:

«(C.4.48.4) Los emperadores Gordiano, Augusto, a SILVESTRE.- Cuando, habiéndose hecho sin escritura el contrato, se convino entre el comprador y el vendedor respecto al precio, y para la entrega no me dio mora por parte del vendedor, no hay duda que la cosa vendida está a riego del comprador. Publicada a 15 de las calendas de enero, bajo el segundo consulado de GORDIANO, Augusto y de Aviola. [239]»

De acuerdo a este texto, es posible el contrato sin escritura, lo que nos deja nuevamente con la duda de cómo probar el incumplimiento de una obligación y de esta forma garantizar que el vendedor responda por los posibles vicios de la cosa. Obsérvese como el hecho de no existir la escritura, deriva toda la carga de la responsabilidad hacia el comprador. Es obvio entonces que el comprador diligente procurará contratar siempre mediante escritura para evitar que la responsabilidad recaiga sobre él, pero el vendedor astuto intentará omitir la formalidad. Es probable que la costumbre haya determinado que a la larga todos los contratos de compraventa finalmente hayan sido escritos. Lo que justificaría la opinión de un sector de la doctrina de la obligatoriedad de la escritura en los contratos consensuales.

3.3 Acciones contra el vendedor

Además de la garantía de no evicción, el vendedor estaba obligado a responder o dar garantía de los vicios que la cosa objeto de la compraventa pudiese tener. Así en el Derecho justiniano se daba la *actio quanti minoris* (*actio empti* en el Derecho clásico) o «acción de compra»⁽²⁹⁾ que consistía en reducir proporcionalmente el precio de la cosa en relación directa a los vicios que pudieran hacerla de menor calidad que la esperada;⁽³⁰⁾ esta acción podía hacerse efectiva hasta dentro de un plazo de dos meses. La otra acción a la que se podía recurrir era la *actio redhibitoria* o «acción redhibitoria»⁽³¹⁾ la misma que se podía ejercer dentro de un lapso de 6 meses⁽³²⁾:

«[...] la 'actio redhibitoria',[...] el comprador de un esclavo podía pedir la rescisión de la compraventa, cuando el esclavo tuviese defectos ocultos al momento de la operación[...]»⁽³³⁾

La acción redhibitoria consistía en la potestad del comprador de solicitar la nulidad del contrato si la cosa contenía vicios que la hicieran no aprovechable.

3.4 La Indemnización en la venta de vino (producto defectuoso)

3.4.1 Finalidad de la indemnización

El término indemnización es un término moderno. En el *Corpus Iuris* no se encuentra el término como tal, aunque se percibe el concepto a través de las citas. Por ejemplo recibe el nombre de «tasación de condenación»⁽³⁴⁾, «interés»⁽³⁵⁾ del afectado, o cuanto le «importó»⁽³⁶⁾ al afectado. Así como también la responsabilidad recibe el nombre de «riesgo»⁽³⁷⁾ para efectos de asignársela a alguna de las partes.

Pero cualquiera que sea la denominación empleada, lo que persigue la indemnización es que el sujeto que ha sufrido un daño por la negligencia o dolo de otro, pueda reparar ese daño mediante el pago de una cantidad o la restitución del bien por parte de quien causó el daño.

En el Derecho romano y de acuerdo al estudio de las citas trabajadas no se plantea en explícito la restitución del bien, en casi todos los supuestos se menciona o la tasa condenatoria o el pago de una cantidad (restitución del precio)

3.4.2 Alcances de la indemnización

En el Derecho romano y de acuerdo al estudio de las citas trabajadas no se plantea en explícito la restitución del bien, en casi todos los supuestos se menciona o la tasa condenatoria o el pago de una cantidad (restitución del precio). Esto tiene que ver mucho con la objetividad y el sentido práctico de los romanos. Sin embargo, es posible que por las características del bien era posible la restitución del mismo por parte del vendedor.

Conclusiones:

Al finalizar este trabajo quedan, a nuestro entender, las siguientes conclusiones:

Primero.-El comprador podía recibir un producto defectuoso del vendedor en virtud a cuatro supuestos: Por dolo, culpa, error e ignorancia. El Derecho romano de ninguna manera amparó el dolo del vendedor, al cual consideró como «dolo malo», como hemos visto en el punto correspondiente a la custodia del bien; de esta forma era impensable y de hecho las citas lo consignan que el dolo del vendedor lo favoreciera en algún momento.

Segundo.-También se consideró la posibilidad de la culpa ligándola íntimamente al concepto de negligencia y conducta razonable. Dentro del supuesto de la culpa en la relación contractual el romano fue claro en cuanto a la conducta diligente razonablemente exigible. Esta diligencia debió ser mayor a la que normalmente pondría el individuo en sus propias cosas. Siendo esta la única manera mediante la cual el vendedor podía deshacerse de la responsabilidad.

Tercero.- En cuanto al error, este afectó a la cosa tan solo en cuanto al error *in corpore*, determinando que si se entregaba un bien por otro era nula la compraventa y el error en sustancia y cualidad cuando específicamente había nulidad si se entregaba vino por vinagre, siempre y cuando este vinagre haya sido destinado desde un inicio para ser tal. En el caso del vino agrio, debido a no incurrir en la figura del error en la sustancia, sino tan solo en la cualidad, era irrelevante para el Derecho romano no afectando de esta forma la validez de la compraventa. El error *in nomine*, aunque versa sobre el objeto de la compraventa no es relevante, puesto que sí se coincide en el objeto aunque no se coincida en el nombre, no hay nulidad del acto.

Cuarto.- La ignorancia del vendedor tampoco fue un justificante para que este se desentendiera de su responsabilidad. El animus de los romanos fue siempre tendiente a defender al comprador frente a los posibles engaños de un vendedor, de tal forma que tuvieron que prever esto de forma práctica no reconociéndole al vendedor la facultad de alegar su inocencia con su propia ignorancia.

Quinto.- En el Derecho romano se consideró la figura del producto defectuoso implícitamente, pero no se le concedió ninguna acción específica. Al comprador afectado le quedaban; sin embargo, la acción de compra o la acción redhibitoria para reclamar por sus derechos.

Sexto.- Los romanos reconocieron la importancia de la indemnización aunque no la denominaron así. Es evidente que entendieron la necesidad de restituir al comprador

afectado mediante la restitución o compensación de cuanto le hubiere interesado el completo goce del bien defectuoso. Es esta pues una muestra más de la constante y firme voluntad del Derecho romano de dar siempre a cada uno lo que es suyo.

Bibliografía:

- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho romano, Buenos Aires. Editorial Astrea. 1984 (Segunda edición. Corregida. Primera edición 1976)
- IGLESIAS, Juan Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano. Barcelona. Editorial Ariel. 1972 (Sexta edición. Revisada y Aumentada. Primera reimpresión: julio de 1979. Primera edición 1958)
- MONTOYA GÓMEZ, Mario. De las Obligaciones en el Derecho Romano, Bogotá. Editorial Temis. 1973
- MORINEAU IDUARTE, María; IGLESIAS GONZALES, Román
Derecho Romano. México. Colección Textos Jurídicos Universitarios. 1995
- RUBIO CORREA, Marcial. Error e Ignorancia. El Saber Jurídico sobre la Ignorancia Humana. En: Para leer el Código Civil. Vol. X Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1991 (Segunda edición)
- VENTURA SILVA, Sabino. Curso de Derecho romano Privado
México. Editorial Porrúa S.A.1995 (Duodécima edición. Corregida y aumentada)
- CORPUS IURIS CIVILIS. Recopilación Justiniana. Código. Digesto. Instituciones. Novelas
INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Tomado de M. Ortolan
Lima. Mesa Redonda Editores. 1986. (Tercera Edición)

NOTAS FINALES

1. Ibídem. p. 289.
2. (I.3.23.3) Desde que se halla perfecto el contrato de venta, lo que sucede, como ya hemos dicho, al punto que el precio, si la venta se hace sin las partes se hallan convenidas en escrito, los riesgos de la cosa vendida pasan al comprador, aunque no se haya hecho todavía la tradición. [...]
3. (D.18.6.1.pr) «[...] Pero si el vendedor se sustituyó para el riesgo, soportará el riesgo el tiempo por el que se sustituyó; pero si no designó tiempo, debe soportar el riesgo solamente hasta que se pruebe el vino, esto es, cual si del todo se vendiera entonces, cuando hubiere sido probado. [...]»
4. (D.18.6.8.pr) «[...]Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera que sea, de que calidad, cuanto, y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, [...]»
5. «[...] el riesgo será del comprador, porque, ya si no los probó, ya si al probarlos los cató mal, debe quejarse de sí mismo.[...]»; (D.18.6.4.1) «Si el vino fue vendido junto, se ha de responder tan solo de la custodia; de lo que resulta, que si el vino no se vendió de modo que se probase, el vendedor no debe ser responsable, ni porque se agrie, ni porque se enmohezca, sino que todo el riesgo corresponde al comprador. Mas es difícil que alguno lo compre de suerte que no lo pruebe, [...]»

6. VENTURA SILVA, Sabino. Derecho romano. Curso de Derecho Privado. Editorial Porrúa S.A. México. 1995. p. 356
7. *Ibíd.*
8. (C.4.48.1) El emperador ALEJANDRO, Augusto, a SECUNDINA.- Después de perfeccionada la venta, todo beneficio y quebranto, que corresponde a la cosa vendida, le pertenece al comprador. Porque el vendedor es responsable en su caso solamente por aquellas causas que procedentes del tiempo anterior dan lugar a la evicción, y esto así, si se le notificó para que se presentase a defender la causa, y se falló contra él no estando ausente el comprador. Dada las Calendas de Septiembre...
9. (D.18.6.15) GAYO; Diario, libro II.- Si se hubieren vendido los vinos que hubiere en las tinajas, y antes que se sacasen por el comprador se hubieren corrompido por su propia naturaleza, si ciertamente el vendedor hizo afirmaciones respecto a la bondad de los mismos, estará obligado al comprador; pero si no afirmó nada, el riesgo será del comprador, porque, ya si no los probó, ya si al probarlos los cató mal, debe quejarse de sí mismo. Pero si conociendo el vendedor que no había de durar la bondad de los mismos hasta el día en que debieran sacarse, no advirtió al comprador, le quedará obligado por cuanto le importase haber sido advertido.
- 10 (D.18.6.9) GAYO; Comentarios al Edicto provincial, Libro X.- Si después de inspeccionado un predio, y antes de que se celebre la compra, los árboles fueron arrancados por la fuerza del viento, preguntase si también ellos se deberán entregar al comprador. Y se respondió, que no se deben, porque no los había comprado, puesto que dejaron de ser del fundo antes que comprase el fundo; mas si el comprador ignoró que habían sido arrancados los árboles, pero lo supo el vendedor, y no se lo advirtió, se ha de estimar la cosa en cuanto hubiere importado al comprador, si entonces se vende.
- 11 Cesto hondo y grande que se usa principalmente para la vendimia. [N. del A.]
- 12 (D.18.1.35.1) Si la cosa vendida se hubiese perdido por hurto, se habrá de observar primeramente que se había convenido entre nosotros sobre la custodia de la cosa; si apareciera que nada se había convenido, se ha de exigir del vendedor una custodia tal, cual la que un buen padre de familia pone en sus cosas; y si la hubieres puesto, y no obstante perdió la cosa, debe quedar exento, con tal, sin embargo, que ceda al comprador la reivindicación de la cosa y la condición; [...]
- 13 (D.18.6.10.pr) ULPIANO; Disputas, libro VIII.- Si en una venta condicional se hubiese convenido esto, que se guardase la cosa a riesgo del comprador, opino que es válido el pacto.
- 14 RUBIO CORREA, Marcial. Error e Ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. X. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1991. p. 51
- 15 RUBIO CORREA, Marcial. *Ibíd.*
- 16 RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* pp. 48-56
- 17 (D.18.1.9.pr.) ULPIANO; Comentarios a Sabino, Libro XXVIII.- Es sabido que en las ventas y compras debe mediar el consentimiento, pero si disintieran, o en la misma compra, o en el precio, o en alguna otra cosa, la compra queda imperfecta. Así, pues, si yo creyera que compraba el fundo Corneliano y tú creíste que me vendías

el Semproniano, puesto que disentimos en el objeto, es nula la compra. Lo mismo es, si yo creí que te vendía a Stico, y tú, que a Pánfilo, que estaba ausente; porque cuando se disienta sobre el objeto, es evidente que es nula la compra.

- 18 D.18.1.9.2 Por lo cual se pregunta, si no se errase sobre el objeto mismo, sino que el error estuviera en la sustancia, como si se vendiera vinagre por vino, bronce por oro o por plata plomo, o alguna cosa semejante a plata, sí habrá compra y venta. Marcelo escribió en el Libro VI del Digesto, que hay compra y venta, porque se consintió respecto al objeto, aunque se haya errado en la materia; yo ciertamente consiento en cuanto al vino, porque es casi la misma sustancia, si el vino se agrió; pero si el vino no se agrió, sino que desde el principio fue vinagre, como el adobo, se considera que se vendió una cosa por otra; mas, respecto a las demás, opino que es nula la venta, siempre que se yerra en la materia.
- 19 (D.18.1.9.2) *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, au emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum, amtionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope oysía [substantia] est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, tu embamma, aliud pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur.*
- 20 (D.18.6.10.pr) *ULPIANO; Disputas, libro VIII.- Si en una venta condicional se hubiese convenido esto, que se guardase la cosa a riesgo del comprador, opino que es válido el pacto.*
- 21 *VENTURA SILVA, Sabino. Op. Cit. p.354*
- 22 (C.4.49.12) « [...] Y esto es verdad de este modo, que vendido vino en cierta calidad y medida, conviene que se haya de guardar fe de lo pactado; y que no habiéndose entregado, compete la acción de compra, [...]»; D.18.1.7.pr «[...] si, pues, pudo recibir las cuentas, y no las recibió, o las recibió, pero supón que él no las recibió, se cumplió la condición de la compra, y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra.»; D.19.1.13.pr. «[...] el que vendió ganado enfermo o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra [...]»; D.21.1.1.10 Dice Ulpiano acerca de los esclavos que enloquecen: «[...] hay sin embargo vicio, pero vicio del espíritu, no del cuerpo, y por consiguiente no puede ser objeto de la acción redhibitoria, porque los ediles hablan de los defectos corporales; pero admite la acción de compra».
- 23 *ARGÜELLO. Op. Cit. p. 290*
- 24 (D.21.1.1.8) «Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición con tal que hayamos tenido presente, que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso. [...]».
- 25 *MORINEAU. Op. Cit. p. 186*
- 26 *VENTURA. Op. Cit. p. 357*
- 27 (C.4.49.4) Los mismos Augustos a *MUCIANO.- Si por procacidad del vendedor no se hiciera la entrega de la cosa vendida conforme al contrato de compra, el presidente*

de la provincia cuidará de comprender en la tasación de la condenación tanto cuanto hubiere juzgado que interesaba que se perfeccionase la compra.

- 28 (C.4.49.12) Los mismos Augustos y Césares, a CRISPO.- Así como le pertenece al comprador el riesgo de la alteración del vino, que había sido comprado determinadamente, así también el beneficio del aumento de precio. Y esto es verdad de este modo que, vendido vino de cierta calidad y medida, conviene que se haya de guardar la fe de lo pactado; y no habiéndose entregado, compete la acción de compra, no por el precio de la cantidad, sino por cuanto interesa. Sancionada en Sirmio a 1 de las Nonas de Febrero, bajo el consulado de los Césares. [294-305].
- 29 (D.18.6.15) [...]Pero si conociendo el vendedor que no había de durar la bondad de los mismos hasta el día en que debieran sacarse, no advirtió al comprador, le quedará obligado por cuanto le importase haber sido advertido.; (D.19.1.13.pr) Así, pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano.
- 30 (D.18.6.1.1) Pero el vendedor debe responder también de la custodia hasta el día de la medida; porque antes que se mida el vino, casi que aún no se ha vendido, y después de hecha la medida deja de ser del vendedor el riesgo; también se libra del riesgo antes de la medida, si no lo vendió a medida, sino acaso por ánforas o también por cada tinaja.

La Legítima en el Derecho Romano

Alfredo di Pietro^{1*}

I. LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO

I.1. Situación de los bienes familiares al fallecer el *paterfamilias*. Desde los comienzos del Derecho romano, todo lo relacionado con la herencia estaba siempre muy vinculado con la constitución de la familia. Una vez muerto el *paterfamilias*, serán sus hijos y la *uxor in manu* los que pasarán a ocupar la situación jurídica del causante. Estos serán los denominados *sui heredes*; es decir, los «herederos suyos». Como se ve están constituidos por los «herederos domésticos».

La unidad primitiva que estaba en cabeza del *paterfamilias* se desintegra en tantas nuevas unidades como herederos *sui iuris* existan. Existía la posibilidad de que todo el patrimonio familiar quedara indiviso, conformándose lo que Gayo (III.154a) denomina *erctum non cito*; es decir, «dominio indiviso», en el latín antiguo. Esto podía significar la continuación monolítica de la familia.

Pero conllevaba serios inconvenientes: (a) Por un lado, como es sabido, la situación de condominio resulta siempre inestable entre sus integrantes, surgiendo la posibilidad de disensiones y controversias que alteraban el clima de armonía y concordia que debía tener la institución (b) Por el otro, si se mantenía en el tiempo, la familia que tendía a crecer, tornaba difícil el sustento de todos sus integrantes. Ciertamente es que todos y cada uno de los integrantes de este *erctum non cito* podían pedir en cualquier momento la partición de la herencia. Gayo (Dig. 10.2.1. pr.) Nos menciona que la *actio familiae erciscundae*; es decir, precisamente la «acción de partición de la herencia» existía ya en la Ley de las XII Tablas. Pero con ello aparecía un nuevo peligro, ya que al dividirse el patrimonio familiar, consistente para aquella época fundamentalmente en una explotación agrícola, se iba produciendo un desmenuzamiento de los bienes, perdiéndose efectividad lucrativa, ya que las distintas parcelas que podía tener cada uno de los herederos mermaban sensiblemente los ingresos.

1 Alfredo di Pietro. "La legítima en el Derecho romano", en "Prudentia Iuris", nº 44, 1997.

I. 2. La libertad de testar del *paterfamilias*. Cabe por ello conjeturar que frente a este problema, era el propio *páter* quien en vida trataba de evitar este grave problema que afectaba al patrimonio familiar. Para ello, si es que contaba con varios hijos, elegía previamente a aquel que lo sucedería. Y respecto de los restantes, podía emplear en vida la práctica de la «emancipación» (*emancipatio*), o la entrega a otro *páter* dándolo en adopción, o si se trataba de hijas, casándolas *cum manu*.

De este modo, al ser emancipados quedaban convertidos en *sui iuris*, pudiendo darle, aunque esto no era obligatorio, alguna parcela de tierra para que se desarrollara económicamente. Respecto de los dados en adopción o la hija casada *cum manu*, todos ellos entraban en una nueva familia.

Y finalmente, le quedaba el recurso del testamento. Las reglas del *ius civile* le otorgaban una amplia libertad para instituir herederos a quien quisiera, lo mismo que para desheredar sin dar ningún tipo de fundamento a sus propios *sui heredes*. Claro está que con ello no los dejaba siempre en la indigencia, pues podía recurrir a las distintas formas de legados. Así, respecto de su propia *uxor in manu*, podía de este modo dejarle ya la propiedad de un bien o un usufructo, o lo que podríamos entender una renta vitalicia. Su propósito era pues, tratar de evitar la desintegración del patrimonio familiar de una manera antieconómica. Si había un solo bien, se lo dejaba a un heredero. Si había más de uno, podría también asignar las porciones instituyendo más de un heredero.

El *páter* tenía pues una amplia libertad para disponer por testamento. Cabe pensar que si dentro de las facultades de la *patria potestas* figuraban algunas tan fuertes y extremas como la del siempre recordado *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte), o la del *ius exponendi* (derecho de no aceptar a los recién nacidos y exponerlos), o la del *ius vendendi* (derecho de vender o mejor transferir al hijo a otro *páter*), resulta perfectamente admisible la posibilidad de la desheredación.

El problema comienza a plantearse cuando los herederos domésticos no se ven satisfechos por las distintas posibilidades jurídico-económicas que podía haber adoptado el *páter*. Es entonces que comienza a plantearse el reconocimiento de los derechos que pueden tener estos *sui heredes*, pese a la voluntad expresada por el *páter* en el testamento. El problema no fue sencillo, puesto que los romanos no dejaron de reconocer la libertad del testador, por lo que se trató de ir limitando esa libertad en favor de los intereses de los herederos domésticos.

El camino seguido para hablar de esta «sucesión contra el testamento» fue bastante arduo. Ya las primeras medidas fueron conocidas hacia fines de la época republicana, abarcando todo el período clásico. Ya para los juristas de los siglos II y III d.C., el reconocimiento del derecho de los herederos domésticos había alcanzado un grado de desenvolvimiento muy avanzado. Pero se dio la curiosidad de que no aparece sistematizado en una forma orgánica. Incluso en la época de Justiniano, no encontraremos una unificación de todas las medidas ni en el Digesto, ni en el Código ni en las Institutas. Tendremos que llegar al año 529 d.C. para ver un intento en tal sentido en la Novela 115.

II. La sucesión hereditaria contra el testamento

En la época clásica, los distintos remedios en favor de los herederos domésticos son los siguientes:

1. Sucesión *iure civile* en caso de preterición de los *sui heredes*.
2. *Bonorum possessio contra tabulas testamenti*.
3. *Querella inofficiosi testamenti*.

II. 1. Sucesión “*iure civili*” en caso de preterición de los *sui heredes*.

Los juristas republicanos dieron una primera puntada en esta historia. Con mucho tacto y prudencia no se atrevieron a ir directamente contra la voluntad del testador. Interpretaron en tal sentido que de acuerdo con el *ius civile* el *páter* podía instituir herederos o desheredar a los *sui heredes*. ¿Pero qué ocurría si el *páter* no había hecho ni una cosa ni la otra, sino que los había silenciado; es decir, los había “preterido”? Acá el *ius civile* no decía nada, por lo que no encontraron inconvenientes en hacer una interpretación que resultara favorable a los *sui heredes*. En lo esencial juzgaron que el *páter* no podía omitir a los *sui heredes*. De haber incurrido en preterición, ello tendría consecuencias favorables a estos.

Los efectos de esta *praeteritio* eran, sin embargo, distintos según los casos:

- (a) Si se trataba de un hijo que estaba bajo la *patria potestas* del *páter* (*filius in potestate*), debían ser instituido heredero o desheredado “nominativamente” (*nominatim*). Esto último significaba que en la cláusula de desheredación había que designarlo por su propio nombre. Así, p.ej.: “Que mi hijo Ticio sea desheredado” (*Titius filius meus exheres esto*). Aunque también, si tenía un solo hijo, valía la forma “Que mi hijo sea desheredado”, ya que aunque no se agregara el nombre propio no cabía ninguna duda de quién era el desheredado (Gayo 2.127).

En este caso, si el hijo varón era preterido, o no hubiese sido desheredado nominativamente el testamento es considerado *inutile* y en consecuencia es nulo *iure civili*. De este modo, al caer el testamento, se abría la herencia *ab intestato*.

- (b) Si se trataba de los otros *sui heredes* (caso de hijas, nietos o nietas, *uxor in manu*), debían ser instituidos herederos o desheredados. Pero para este último caso no se exige la desheredación “nominativa”, bastando una cláusula general colectiva (*inter ceteros*). Así, p.ej.: “Que todos los otros sean desheredados”. (*Ceteri omnes exheredes sunt*; Gayo 2.128).

En el caso de preterición, a diferencia del caso de la preterición del hijo varón, el testamento no es nulo, sino que continuaba siendo válido. Pero estos preteridos gozarán de una parte de la herencia. Había que distinguir: (i) Si el heredero instituido era uno de los *sui heredes*, el preterido o la preterida tendrán derecho a una porción viril igual a la del *sui heres* (Gayo 2.124); (ii) Si el heredero instituido era un heredero extraño, p. ej., un amigo del testador, el preterido o la preterida tendrán derecho a la mitad de la parte que le corresponde al instituido (Gayo 2.124).

Para poder comprenderlo consideremos los siguientes ejemplos:

1. El *páter* tiene dos hijos (A) y (B), y una hija (C). En el testamento ha instituido herederos a (A) y a (B) por mitades, y ha preterido a (C). El testamento es válido, pero se modifican las porciones: (C) obtendrá 1/3 de la herencia, al igual que (A) y (B), que también tendrán porciones de 1/3 cada uno de ellos.
2. El *páter* tiene solamente una hija. Instituyó heredero a su amigo Ticio y preterió a su hija. El testamento es válido, pero a la hija le corresponde la mitad de la herencia, mientras que Ticio se queda con la otra mitad. Aquí obtiene menos que si la herencia hubiese sido *ab intestato*.

3. Veamos este caso más complejo. Para poder comprenderlo recordemos que para el cómputo, los romanos dividían la herencia en 12 porciones. El total de la herencia era un «as» y cada una de las porciones era denominada «onza» (*uncia*). El *páter* tiene dos hijos (A) y (B) y una hija (C). Instituye herederos a (A) por $1/4$ ($3/12$); a (B) también por $1/4$ ($3/12$), y a su amigo Ticio por la mitad ($1/2 = 6/12$). El testamento es válido, pero la hija (C) obtendrá de sus hermanos una parte viril, igual a la que le hubiera correspondido *ab intestato* respecto de ellos. Por ello su porción quedará integrada por $1/3$ de la de (A) o sea $1/12$; igualmente obtendrá otro $1/12$ de la de (B), pero también obtendrá la mitad de la porción de Ticio o sea $1/4$ ($= 3/12$). En total, la porción de (C) será de $5/12$ de la herencia, la cual en este caso es superior a la que le hubiera correspondido *ab intestato*, que hubiera sido $1/3$ ($= 4/12$).

Esta medida de protección de los herederos domésticos (*sui heredes*) merece algunas consideraciones que resultan interesantes:

- (a) En primer lugar, por lo que vemos se produce una combinación entre herencia testamentaria y *ab intestato*. Es una excepción a la regla *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (Nadie puede morir en parte testado, en parte intestado; Inst. Just. 2.14.5; Ulpiano, Dig. 29.1.6). Es una prueba de que los juristas manejaron las *regulae iuris* no de acuerdo con una lógica estricta, por lo menos desde un punto de vista formal. No significa ello que fuera ilógico. De lo que se trata en todos los casos es la de lograr una determinación de justicia. Como lo dice Paulo (Dig. 50.17.1): «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*» («No es de la «regla» que se toma el *ius* (lo justo), sino que es del *ius* (de lo «es» justo) que se hace la regla).
- (b) Los juristas consideraron que estos herederos preteridos eran «como si hubiesen sido instituidos herederos (*quasi scripti heredes*) y en consecuencia, al estar en esa situación jurídica, se producía a su respecto los mismos efectos que para cualquier heredero. Así, los hicieron responsables de los legados (Cód. 6.28.4.1).
- (c) Existe también una paradoja, puesto que no alcanza a explicarse por qué se lo obliga al testador, respecto de sus *sui heredes*, a instituirlos herederos o a desheredarlos, dando una importancia muy grande a la *praeteritio*. Para el interés de estos herederos, el hecho de ser desheredados, sobre todo si la *exhereditio* era *nominatim*, debía significar un hecho más afrentoso que la mera circunstancia de haber sido silenciados en el testamento.

Pero los juristas, sin dar ninguna explicación parecen establecer para el testador la regla formal de que los *sui heredes* debían ser mencionados, aprovechando la circunstancia de la «preterición» para lograr, ya hacer caer el testamento, ya para otorgarles una determinada posición hereditaria. ¿Por qué no admitir la misma regla para los desheredados, por lo menos sin causa justificada? La respuesta es difícil frente al silencio de la jurisprudencia. Como ya lo dijimos, los juristas republicanos, manejándose con suma cautela no se atrevieron a tanto. Hubiera significado un desconocimiento de la amplia libertad de testar por parte del *páter*, principio que estaba plenamente aceptado.

Sin embargo, esta primer medida que vemos aparecer en la historia de la protección de los herederos domésticos representa un paso que proyectándolo lógicamente en el horizonte de la historia jurídica romana debía conducir

necesariamente a la posterior *querella inofficiosi testamenti* y a la aceptación de la «legítima». Por ello es que la tendencia de querer ver en esta solución de la *praeteritio* un “Derecho hereditario forzoso formal”, superado luego por el «Derecho hereditario forzoso material», no aparece como muy feliz. Si bien la primera solución («preterición») se basa en una formalidad, no es menos cierto que sus efectos son tan «materiales» como el alcanzar la calidad de herederos. No hay que ver estos pasos que estamos analizando como enfrentados, sino como alineados en una misma dirección, cual es la protección de los *sui heredes*.

II. 2. La *bonorum possessio contra tabulas de los liberi*.

La solución de la *praeteritio* corresponde a la *hereditas*; es decir, a la «herencia» regulada por el *ius civile*. El pretor no puede, por ello, hacer a nadie heredero, puesto que este es fijado por el testador en la herencia testamentaria o por la ley en la herencia *ab intestato* (Gayo, 3.32; Inst. Just., 3.9.2).

Pero interviene en esta materia, sin inmiscuirse directamente en la atribución de heredero y de propiedad de la herencia. Lo que hace es conceder a determinadas personas, a veces cumplimentando lo que dice el *ius civile*, otras modificándolo la «posesión de la herencia» (*bonorum possessio*). De este modo, los protege, no como herederos sino como *bonorum possessores*. Estos quedan ubicados no como «herederos», sino cada uno «en el lugar de heredero» (*loco heredis*, Gayo, 3.32).

Explicadas estas circunstancias, el pretor, sintiendo menos escrúpulos que los juristas respecto de las reglas del *ius civile*, promete en su Edicto (Lenel, *Edictum* § 142), la *bonorum possessio contra tabulas* directamente a los *liberi* (hijos y descendientes) que, sin haber sido ya instituidos herederos o desheredados, hubiesen sido preteridos por el *páter* en su testamento.

De este modo cambia ahora el fundamento que sostenía el régimen anterior del *ius civile*. Lo esencial es que el pretor no protege solamente a los herederos legítimos; es decir, los que figuraban como *sui iuris*, por ser agnados respecto del *páter*, incluidos no solamente los que estaban bajo su *patria potestas* al momento de su fallecimiento, sino también los que deberían estarlo de haber continuado con vida el *páter* (caso de los herederos póstumos). Esto se explica por cuanto la familia que cuenta para el *ius civile*, es la familia “agnaticia”.

En cambio, ahora el pretor habla de manera más genérica de *liberi*, vocablo que significa los «descendientes libres, bastando con que lo sean por el vínculo «cognaticio». Por supuesto que dentro de la denominación de *liberi* entraban los hijos e hijas (incluida la mujer casada *cum manu*, que figuraba ocupando el lugar de hija), pero además todos los otros descendientes que hubiesen sido emancipados. En efecto, el hijo o nieto emancipado había dejado de ser *sui heres* del *páter* por haber sufrido una *capitis deminutio* precisamente por la *emancipatio*. Pero no por ello dejaba de ser «descendiente libre» del *páter*. El criterio de otorgar la *bonorum possessio* a los *liberi* (cognados) y no solamente a los “herederos civiles”; es decir, a los *sui heredes* (agnados) será análogo a lo que ocurre en la herencia *ab intestato*, ya que en esta serán llamados en primer término (llamamiento *unde liberi*).

El pretor admite a los emancipados por medio de una ficción: «como si no hubiere sucedido la *capitis deminutio* y por ello fueran *sui heredes*» (Lenel, *Edictum* § 142; Paulo, Dig. 37.1.6.1; Ulpiano, Dig. 37.4.3.5; Dig., *idem*, 8.14). Esto se aplica a los emancipados. En cuanto a los hijos dados en adopción, por pertenecer ya a otra familia agnaticia,

se los considera extraños, salvo que, mientras viviera el padre natural, hubiesen sido emancipados por el *páter* adoptante (Gayo, 2.135; Inst. Just., 2.13.3-4).

Esta medida era mucho más amplia, siendo evidente el propósito del pretor de conservar la herencia a los hijos del testador. El modo de protección era otorgándoles la *bonorum possessio contra tabulas*, es decir la «posesión hereditaria en contra de lo establecido en las tablas del testamento». Tenía la característica de ser *cum re*, lo que significaba que el pretor los protegía en esa situación aun contra la «petición de herencia» (*hereditatis petitio*) hecha por los herederos que figuraban en el testamento, otorgándoles una *exceptio doli* (Gayo, 2.125).

Esta reforma corresponde al siglo I a.C., y era plenamente conocida por el jurista Labeón, el fundador de la escuela Proculyana, que se destacó a comienzos del Imperio (Ulpiano, Dig. 37.4.8.11). Para poder comprenderla, debemos analizar su forma de aplicación, en la cual debemos tener en cuenta ciertas hipótesis:

1. Supongamos primero que la *praeteritio* hubiese ocurrido respecto de un hijo varón que estaba bajo la *patria potestas*; es decir, un *filius in potestate*, el testamento, como ya lo habíamos visto era nulo según el *ius civile*. Por lo tanto, caía y era preciso abrir la herencia *ab intestato*. Por ello no era necesario la *bonorum possessio contra tabulas*, por no haber testamento. Los *liberi* serán llamados conforme al primero de los llamamientos de la *bonorum possessio ab intestato*; es decir, el llamamiento *unde liberi* (Gayo, 2.135-137). Al haber caído el testamento, todos los *liberi* -incluso los desheredados- podían acudir a este llamamiento. La división se hace *per capita*, si bien los hijos emancipados debían hacer colación de sus bienes (*collatio bonorum*).
2. A su vez, si se trataba de una preterición que no hacía nulo (*inutile*) el testamento según el *ius civile* (sería el caso de haberse preterido una hija, un nieto o una nieta), estos podían pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Con lo cual excluían a los herederos testamentarios que no fuesen *liberi*. La herencia se repartía de tal modo que cada uno de los *liberi* obtenían una porción igual a la obtenida por la *bonorum possessio ab intestato* (llamamiento *unde liberi*).
3. Así, dentro de la aparente forma intrincada de atribución de porciones hereditarias, el sistema funcionaba muy bien. Veamos los siguientes casos:
 - (a) El testador tenía un hijo (A) y una hija (B). Instituye heredero a (A) y previere a (B). Esta puede pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, pero esta no le es concedida por el total hereditario, puesto que, siendo también *liber* su hermano (A), el pretor lo auxiliaba *comisso per alium edicto*; es decir, se le aplicaba el «edicto por acto de otro» (en este caso, de su hermana; Ulpiano, Dig. 37.4.3.11; Dig. *idem*, 8.14; Lenel, § 142). De este modo ambos obtenían una mitad de la herencia.
 - (b) Para ver la diferencia que se podía producir respecto del sistema de la «preterición» del *ius civile*, veamos ahora este caso. El testador tenía un hijo (A) y una hija (B) *in potestate*. Instituyó heredero a (A) por 1/4 parte y a su amigo Ticio, heredero extraño por 3/4 partes.

De acuerdo con las reglas de la *praeteritio* del *ius civile*, el testamento era válido. Y la hija (B) obtenía de su hermano (A) 1/8. A ello debía añadir la mitad de la porción de Ticio; es decir, 3/8 partes más, es decir 4/8 (= 1/2). Con ello

estaba en la misma situación que si la herencia hubiese sido *ab intestato*. Pero su hermano (A) solo se quedaba con 1/8 y el resto o sea 3/8 serían de Ticio.

Pero si la hija (B) pide la *bonorum possessio contra tabulas*, Ticio queda excluido por ser un heredero extraño y la herencia le correspondería en 1/2 a (B), y la otra mitad va a (A).

4. En el sistema pretoriano, las desheredaciones continúan teniendo validez. Por ello, los *liberi* desheredados no pueden pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Solamente lo pueden hacer los descendientes *in potestate* (hijas, nietos o nietas) o emancipados que hubiesen sido preteridos. De este modo, si bien en principio la *bonorum possessio contra tabulas* otorga las porciones que les hubieran correspondido en la *bonorum possessio ab intestato*, podía suceder que por efectos de la desheredación, los otros *liberi* podrían obtener una porción mayor. Así, p.ej., si un hijo fue desheredado, los otros acrecían su cuota por el monto que le hubiera correspondido a este.
5. Sería un error pensar que la medida pretoriana de la *bonorum possessio contra tabulas* anulaba el testamento. El pretor se limita a introducir una mejora más profunda que la admitida por el *ius civile*, al extender la protección de la *praeteritio* a los *libericognados*, en detrimento de los herederos extraños. Pero el resto de las cláusulas testamentarias continúa manteniendo su validez. Así, el heredero pretoriano debe cumplir los legados hechos en beneficio de los ascendientes y descendientes del testador, así como el legado dejado a título de dote a su mujer, o a su nuera (Ulpiano, Dig. 37.5.1 pr.; Lenel, § 143). Igualmente son válidas las sustituciones pupilares (Africano, Dig. 28.6.34.2), así como las manumisiones, daciones de tutores, etc., es decir, todas las cláusulas que surjan de la evidente voluntad del testador, salvo por supuesto lo referente al régimen pretoriano de la *bonorum possessio contra tabulas* en cuanto a los *liberi* preteridos.

III. La *querella inofficiosi testamenti*

- III. 1. Hasta ahora hemos visto las medidas tomadas por parte de los juristas en lo que se relaciona con el *ius civile*, y por el pretor en lo que se refiere a la *bonorum possessio contra tabulas*. Ambas estaban basadas en el caso de la *praeteritio*, pero respetaban el principio tradicional de la libertad amplia del testador de instituir heredero o desheredar a quien quisiera.

Pero casi coetáneamente con estas medidas, hacia finales de la época republicana hubo una reacción contra la conducta del testador que, de manera injustificada, procedía a desheredar o a preterir a sus hijos. Esta consideración era por lo tanto nueva. Tanto en las medidas del *ius civile*, como en las del *ius praetorium*, lo único que se consideraba era la *praeteritio*. Pero como se mantenía el criterio tradicional de que el testador podía desheredar a quien quisiera, aun siendo *sui heredes*, siempre y cuando esta *exhereditio* hubiera sido conforme a las reglas (*nominatim* o *inter ceteros*), la misma surtía todos sus efectos.

Ahora se entendía que p.ej.: (a) si un *páter* desheredaba a un *filius in potestate* y esto ocurría sin ninguna causa justificada, el hijo varón podía atacar el testamento por el procedimiento especial de la *querella inofficiosi testamenti*, aduciendo que

su *páter* había faltado al «deber de piedad» (*officium pietatis*) que debía tener con él. De este modo podía, según los casos, obtener que se anulara el testamento, o que se le otorgara una determinada parte de la herencia; También, (b) si se trataba del testamento hecho por la madre respecto de su hijo, y este resultaba preterido en el mismo, dicho hijo podía alegar el mismo incumplimiento del *officium pietatis* y atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti*.

III. 2. Se trata de una medida extraordinaria que solo se concede a falta de otra vía disponible (Inst. Just., 2.18.2). De este modo, vemos cómo funcionaba en la época clásica respecto de los otros remedios ya «civiles» o «pretorianos». El que pide la *querella inofficiosi testamenti* no debe contar con otro recurso para obtener la herencia. Consideremos los siguientes casos:

- (a) Si un *filius in potestate* ha sido preterido en el testamento, este se torna nulo (*inutile*) y se abre la herencia *ab intestato*, tal como ya lo habíamos visto, por lo que carece de sentido pedir la *querella*. Esta corresponde, en cambio, si dicho hijo ha sido desheredado sin motivo, instituyendo p. ej. a un extraño como heredero.
- (b) Si un hijo emancipado ha sido preterido en el testamento, como tiene derecho a pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, tampoco puede atacar el testamento por la *querella*. Al igual que en el caso anterior tenía que haber sido desheredado (Paulo, Dig., 5.2.23 pr.).
- (c) En el caso de un hijo adrogado desheredado sin motivo justo, tiene el derecho de pedir el cuarto de la herencia, según una constitución de Antonino Pío (*quarta Antonina*; Dig. 38.5.13; Inst. Just., 1.11.3). Por ello, contando con esta vía no podía atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig., 5.2.8.15).

III. 3. La *querella inofficiosi testamenti* resultaba una muy feliz construcción de los juristas romanos. Lo curioso es que el fundamento que se daba no era estrictamente jurídico, ni estaba basado en una ley, sino que era del orden moral. Se consideraba que el haber actuado el testador desheredando sin motivo admisible a sus allegados próximos es, ha faltado al «deber de piedad» (*officium pietatis*) y por ello se le considera como si estuviera bajo los efectos de una perturbación mental (*color insaniae*; Marciano, Dig. 5.2.2). Por este *officium pietatis*, el testador debe dejarles por lo menos una determinada cantidad de bienes. Esta porción es la que constituirá la «legítima».

Es de destacar el preciosismo de la argumentación, puesto que no se decía que el testador estuviera demente, puesto que en ese caso el testamento hubiese sido directamente nulo, ya que un *furiosus* no tenía la *testamenti factio* (Inst. Just. 2.18 pr.). En cambio, el argumento retórico del *color insaniae* (o *non sanae mentis*) que equivalía a «como si estuviera demente» por haber infringido la regla moral, que tanto debía gustar a los bizantinos, y pese a haber sido utilizado abundantemente por los *oratores* ante los Centunviros, no significa necesariamente que haya sido una influencia de los retóricos —no siempre bien apreciados— respecto de los juristas (cfr. Cicerón, *Brutus*, 67.236; Aulo Gellio, 1.6).

III. 4. Este procedimiento de la *querella* —esta es la expresión correcta; la variante de *querella* usada por los modernos es un anacronismo— comenzó a ser admitida ante el Tribunal de los Centunviros. Este era un órgano judicial colegiado que se ocupó incluso en el Imperio, de las cuestiones de familia y de herencia. Como una curiosidad se podía seguir actuando por la vieja vía del *sacramentum* (Gayo, 4.31). Ya desde la época clásica se admitió la vía del procedimiento *extra ordinem*,

ya ante funcionarios imperiales, y en las provincias ante los gobernadores (Cód., 3.28.17, año 284).

- III. 5. El desenvolvimiento de la *querella inofficiosi testamenti* a partir de la época clásica se torna muy difícil, por cuanto las fuentes jurídicas quedan reducidas al muy escaso material proporcionado en las Sentencias de Paulo (4.5) y el título respectivo del Código Teodosiano (2.19). Incluso Gayo en sus «Institutas» ni siquiera la menciona. Lo que nos queda es el título del Digesto (5.2), sumamente manipulado por los bizantinos y también las leyes que figuran en el Código (3. 28-30), así como el título sobre el «testamento inoficioso» que figura en las Institutas de Justiniano. Trataremos de dar, por lo tanto, con estas limitaciones, las características de esta *querella* que resulta importante por cuanto es aquí donde aparece la idea de la «legítima».

IV. Características de la *querella inofficiosi testamenti*

Veamos ahora las características que tenía la *querella inofficiosi testamenti*:

IV. 1. ¿Quiénes eran los herederos que podían iniciarla?

Los que podían atacar al testamento por medio de esta *querella inofficiosi testamenti* no eran todos los herederos a quienes les hubiera correspondido la herencia *ab intestato*, sino aquellos parientes más allegados:

- (a) Si bien Paulo (4.5) define al testamento inoficioso como «al que se hace en perjuicio de los *liberi* que han sido desheredados faltando al deber de la piedad», resulta admisible pensar que ya desde la época clásica, aquellos que podían atacar como inoficioso al testamento son en general los descendientes y los ascendientes, en forma recíproca, sin distinguir si se trata de agnados o de cognados, sean varones o mujeres, se trate del padre o de la madre; es decir, todos aquellos descendientes o ascendientes que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana (Ulpiano, Dig., 5.2.1; Dig., *id.* 6.2; Paulo, Dig., *id.* 7; Ulpiano, Dig., *id.* 8; Inst. Just., 2.18 pr.).
- (b) A partir de Constantino (Cód. Theod., 2.19.1.2 = Cód. Just., 3.28.27, año 319), también podían atacar al testamento como inoficioso los hermanos o hermanas bilaterales (*germani*) del testador, e incluso los medio hermanos “sanguíneos”, es decir los habidos del mismo padre aunque de distinta madre. En cambio, estaban excluidos los medios hermanos «uterinos»; es decir, los habidos de la misma madre, pero de distinto padre.

Este derecho a la *querella* por parte de estos hermanos no les permitía atacar a cualquier heredero. En efecto, esta posibilidad la tenían solo en el caso de que se los hubiera pospuesto habiéndose instituido herederos a personas que estuvieran «tachados de *infamia*, o de *turpitud*, o estuvieran manchados con la *levis nota*» (Constantino, Cód. 3.28.27); es decir, los diversos matices de la «infamia». Justiniano hablará en general de «personas viles que han sido instituidos herederos» (*turpibus personis scriptis heredibus*; Inst. 2.18.1). Sería el caso de los gladiadores, de los comediantes, de las prostitutas, de las alcahuetas, etc.

El texto de Constantino hablaba de los hermanos agnados, pero luego Justiniano, interpolando el texto, lo extiende también para los cognados.

- (c) Respecto de los hijos adoptivos, estos podían en la época clásica atacar el testamento inoficioso del *páter* que los había adoptado, pero no el de su padre natural (es decir el que lo había dado en *adoptio*).

En la época de Justiniano, dado que este había determinado dos formas de adopción, es decir la *adoptio plena* (cuando el adoptante era un ascendiente, como p.ej. el abuelo materno) y la *adoptio minus plena* (cuando el adoptante era un extraño), matizará la posibilidad de actuar por la *querella*.

Así, en el primer caso, (*adoptio plena*), el hijo adoptivo tiene la posibilidad de imputar inoficioso el testamento de su *páter* adoptivo, en quien concurren los derechos de la naturaleza como los de la adopción. En cambio, en el caso del adoptado por un extraño (*adoptio minus plena*), no tiene la posibilidad de actuar por la *querella* contra el padre adoptivo, respecto del cual solamente tiene un derecho sucesorio en la herencia *ab intestato* de dicho adoptante. Por ello no se puede quejar si fue desheredado o fue preterido, aún sin motivo. Pero sí puede atacar el testamento de su padre natural, ya que el vínculo familiar continuaba (Cód. 8.48.10 pr.; 1; Inst. 2.18.2).

- (d) El orden para pedir la declaración de *testamentum inofficiosum*, no les corresponde a todos conjuntamente, sino que se guarda la misma prevalencia que en la herencia *ab intestato*. El testador no está obligado a guardar la "porción legítima" a sus ascendientes, si es que existen descendientes. Del mismo modo los hermanos *germani* y *consanguinei* resultan pospuestos por los ascendientes, así como también estos últimos son pospuestos por los *germani*. Es decir, se trata siempre de los parientes allegados próximos a quienes les hubiera correspondido la herencia *ab intestato* (Paulo, Dig. 5.2.31 pr.).
- (e) Pero, fuera de estos casos, los cognados en mayor grado que el de los hermanos, estaban excluidos de atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig. 5.2.1; Inst. Just., 2.18.1).

IV. 2. ¿Qué se debe probar?

El que pretenda atacar al testamento inoficioso, debía probar que el testador lo había desheredado sin causa justificada o no le había dejado esa cantidad de bienes que constituye la "legítima". Ello significa que si el heredero instituido en el testamento probaba la existencia de alguna causa que apoyara la *exhereditio*, entonces el querellante es repelido en su intento.

Los motivos que se podían alegar como causas justificativas no estaban expuestos en ninguna ley. Como el testador no tenía, en la época clásica e incluso posclásica, ninguna obligación de exponerlos, era el querellante actor aquel que debía aducir la existencia concreta de alguna causa. Y eran los jueces los que apreciaban la entidad del motivo alegado. En tal sentido, es curioso lo que dice Gayo (Dig., 5.2.4): «Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de la madrastra». Con lo cual, nos está dando una pequeña muestra sociológica de lo que podía ocurrir con las desheredaciones y las influencias que se movían en derredor del testador.

- IV. 3. La «legítima».** En principio, la primer hipótesis que hemos planteado es la de que los herederos que podían iniciar la *querella* fueran los desheredados (o en su caso, los preteridos). Pero podía ocurrir que el testador los hubiera instituido herederos, pero por una porción de bienes que se podría considerar insuficiente a los efectos del cumplimiento del *officium pietatis*.

Siendo así, esta situación posibilitaba igualmente que el heredero pudiera iniciar la *querella inofficiosi testamenti*. El problema primero que se planteó fue el de significar cuando la *portio hereditatis* se consideraba insuficiente. Como no había ninguna ley que estableciera dicho monto, eran los jueces quienes debían considerar en cada caso en particular cuando lo recibido «por causa de herencia» por el querellante era insuficiente de acuerdo con el deber de «piedad familiar». En esto los jueces tuvieron una amplia libertad, puesto que la *querella* no era una «acción de derecho estricto», sino un procedimiento extraordinario que permitía que los Centunviro o el magistrado encargado de la consideración de la causa se pudiera mover según su arbitrio. Cuando el monto se consideraba suficiente, entonces se rechazaba la *querella*.

Pero hacia finales de los tiempos republicanos, se comenzó a aplicar el principio de que la cuantía es en «parte suficiente» consistía en una «cuarta parte» de la cuota hereditaria que le hubiera correspondido al querellante si la herencia hubiera sido *ab intestato*. ¿Cómo se llegó a formar este *quantum*?

En algún momento, por la opinión de Cujaccio (*Observationes*, II.21; XIV. 14), se llegó a pensar que este monto fue fijado por una *lex Glitia*, que aparece aisladamente mencionada en el Digesto (5.2.4), donde figura el párrafo de Gayo ya transcrito, con la advertencia que está sacado de una obra suya (*libro singulari ad legem Glitiam*; o sea «Comentarios a la ley Glitia, libro único»). Pero esta opinión fue desechada. Dicha *lex Glitia* es totalmente desconocida, por lo que no sabemos propiamente a qué se refería. Además, resulta totalmente raro que se hubiera introducido por una ley un procedimiento cuyo fundamento consistía en la ficción de que el testador no estaba en la plenitud de su salud mental (*color insaniae*) respecto del *officium pietatis* respecto de sus familiares.

En cambio, la opinión predominante era que la *querella inofficiosi testamenti* nació de la práctica de ser admitida en el Tribunal de los Centunviro, atendiendo a la protección de los familiares más allegados por el vínculo de parentesco de sangre (*cognatio*); principio que respondía al sentimiento generalizado del pueblo romano. Y en cuanto al *quantum*, resulta más que sugestivo que para esa época se hubiera aprobado la *lex Falcidia* (año 40 a. C.), la cual habla precisamente de una *quarta pars*. Según ella se establecía una protección para el heredero testamentario en una herencia que estuviera demasiado cargada de legados y *donationes mortis*. Estas cargas, que estaban a cargo del heredero no podían superar nunca las 3/4 partes del monto de la herencia, de tal modo que se le aseguraba a él una *quarta pars*. En forma usual, se la denominaba la *quarta Falcidia*. Si en dicha ley existía alguna disposición análoga referida al que atacaba el testamento por la *querella inofficiosi testamenti*, no pasa de ser una conjetura. Lo cierto es que los Centunviro la tomaron como parámetro para señalar que el heredero que se querellaba debía haber sido instituido en el testamento, a menos que hubiesen existido justas causas de desheredación o de preterición, por una porción que fuera inferior a la «cuarta parte» de lo que le hubiera correspondido en la sucesión *ab intestato* (Ulpiano, Dig., 5.2.8.8; Inst. Just. 2.18. 3 y 6).

Este fue el origen de lo que consideraba la «parte suficiente» para que el pretense querellante fuera rechazado en la *querella*. Como dato curioso, en una constitución de los emperadores Theodosio y Valentiniano (Cód. Theod., 16.7.28), es denominada formalmente como «la Falcidia», lo cual vuelve a ocurrir en otra

constitución de Arcadio y de Honorio (Cód. Just., 9.8.5.3). Pero las expresiones más usuales fueron *quarta debitaie portionis* («cuarta parte de la porción debida»; Ulpiano, Dig. 5.2.8.8), o también *quarta legitimaie partis* (así, en Inst. Just., 2.18.3: «cuarta de la parte legítima». Y también *portio legitima* (Cód. Just., 3.28.28; 30 y 31).

Estas expresiones no pudieron haber sido clásicas. Para los juristas de esa época clásica, decir *legitima portio* o *legitima pars* significaba solamente «la porción intestada reconocida en la Ley de las XII Tablas». No se podía válidamente hablar de *portio legitima* por la sencilla razón de que la misma estuvo fijada por los jueces y no por una ley. Pese a ello, como lo hemos visto, los posclásicos y el mismo Justiniano empleará esta denominación. Luego, los comentadores hablarán pura y simplemente de «la legítima».

V. La «legítima»

El estudio de la «legítima» merece el análisis de las principales cuestiones que están vinculadas con su ejercicio y con sus efectos. Para ello iremos viendo las disposiciones vigentes en la época clásica y posclásica antes de producidas las reformas de Justiniano y luego las innovaciones producidas por este emperador.

V. 1. ¿Cómo se calcula el monto de la legítima? Para determinar lo que le corresponde por esta «cuarta parte legítima», había que establecer primero el patrimonio neto del testador en el momento de su fallecimiento (Cód., 3.28.6).

- (a) Para el cómputo del patrimonio del testador, hay que computar todos los bienes. Se incluían los créditos, incluso los sometidos a condición por lo menos mientras no se decida el hecho condicional. Los bienes que han sido legados o donados *mortis causa* se incluyen en la masa hereditaria, puesto que hasta ese momento están dentro del patrimonio del testador (Cód., 8.50.5-12; 8.57.2).

Había que descontar las deudas que pesan sobre la herencia y los gastos funerarios. Pero también se descuentan el valor de los esclavos manumitidos por testamento (Ulpiano, Dig., 5.2.8.9).

- (b) Una vez calculado el monto de la masa hereditaria, hay que ver cómo se calcula la «cuarta parte». Había que computar todo aquello que el heredero que se querellaba hubiera recibido por causa de muerte, ya como heredero, como legatario, como fideicomisario o por una donación *mortis causa* (Inst. Just., 2.18.6; Cód. Just., 3.28.36.1). En efecto, con ello este heredero obtenía bienes respecto de los cuales no podía aducir que el testador había incumplido el *officium pietatis*.

Como se ve, sin entrar en mayores detalles, esta cuarta parte se calcula como la *quarta Falcidia*.

- (c) Para el supuesto de que hubiera varios legitimarios en el mismo grado, la *quarta pars* se debía dividir entre ellos. De este modo, si el testador dejó dos hijos y los desheredó injustamente, la «legítima» de cada uno es 1/8 (Inst. Just., 2.18.6 (7)). Esta «legítima» no puede variar con posterioridad, ya es personal. Así, si uno de los hijos renuncia a la *querella* o es vencido en esta, el otro no puede pedir el acrecentamiento (Ulpiano, Dig. 5.2.8.8).

V. 2. La *querella inofficiosi donationis*. Las donaciones realizadas *inter vivos*, en principio, no entran en el cómputo de la masa hereditaria puesto que los bienes

donados no estaban en el patrimonio del testador al momento de su muerte. Pero ya desde la época de Alejandro Severo (Paulo, Dig., 31.87.3) se admitió el tomarlas en consideración. El caso consistía en que, una abuela, para impedir la *querella inofficiosi testamenti* consumió su patrimonio en las donaciones hechas a su nieto. Y contestó la consulta que se le efectuara decidiendo que «exige la razón que se revoque respecto de la mitad de lo que donó».

Este precedente va a ser completada por la legislación posterior (Fragm. Vaticana, §§ 270-271; 280-282; Cód., 3.29). De este modo, se va conformando una *querella* especial, a semejanza de la *querella inofficiosi testamenti* (Emp. Constancio, Cód., 3.29.9, año 361), y que será conocida como *querella inofficiosae donationis*. En general, si bien los textos de las constituciones del Código no resultan del todo claros, aquellos que tienen derecho a la «legítima» pueden dirigirse contra los beneficiados por las donaciones realizadas por el testador *inter vivos*, a los efectos de poder defender su *portio legitima*. De este modo, no se trataba de provocar la nulidad de dichas donaciones, sino simplemente revocarlas reduciéndolas hasta un monto que asegure la «legítima» (Diocleciano y Maximiano, Cód. 3.29.7-8).

Igualmente si el *páter*, cuando hizo la donación *inter vivos* declaró que lo hacía para que se computara a la «legítima», entonces el monto de lo donado se imputaba a esta (Ulpiano, Dig., 5.2.25 pr.). Esta solución será confirmada por Justiniano (Cód., 3.28.35.2; año 530). Se establecerá el principio general de que toda liberalidad concedida en vida debe ser colacionada. Indudablemente juega acá el principio de considerarlas como adelanto de la herencia (Inst. Just., 2.18.6; Cód. 6.20.20). Así, aparte de las propiamente donaciones, lo mismo ocurría si el *páter* había donado *inter vivos* una suma de dinero para que comprara un empleo imperial o un grado militar (*ad militiam emenda*; Just., Cód. 3.28.30.2). Se ve, por ello, que ciertos cargos resultaban venales.

V. 3. La *querella inofficiosi dotis*. A su vez, la dote dada a una hija no era computable para la *quarta pars*, porque ella entraba en el patrimonio de su marido. Pero el emperador Zenón permitió imputar sobre la «legítima» la dote constituida a una hija y la donación *propter nuptias* hecha a un hijo (Cód. 3.28.29, año 479). Para ello se empleaba una *querella inofficiosi dotis*.

VI. Requisitos del ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*.

VI. 1. La *querella inofficiosi testamenti* se debe interponer contra al heredero testamentario dentro de un plazo de cinco años desde el día en que el heredero aceptó la herencia. Se interpreta que pasado ese lapso cabe presumir por parte del familiar allegado un perdón de la ofensa recibida en contra del *officium pietatis*. Sin embargo, si existiera “una causa grande y justa” (*magna et iusta causa*), el plazo podía ampliarse (Ulpiano, Dig., 5.2.8.17).

Los menores de 25 años (*minores*) resultaron protegidos por una constitución de los emperadores Valeriano y Galiano, Cód., 3.28.16; Cód., 2.40.2), de tal modo que el plazo de cinco años se computaba a partir de que alcanzaran la mayoría de edad, es decir luego de haber cumplido los 25 años.

VI. 2. Si el heredero perjudicado ha muerto antes de ejercer la *querella inofficiosi testamenti*, se interpreta que ha perdonado la ofensa del *officium pietatis*, y por lo

tanto, el derecho a ejercitarla no pasa a sus herederos. Pero si el querellante la había intentado antes de morir, o hubiese preparado su ejercicio con una intimación al heredero, la *querella* podía ser continuada por sus herederos (Ulpiano, Dig. 5.2.6.2; Paulo, Dig., *id.*, 7).

VI. 3. La *querella inofficiosi testamenti* se extinguía también en otros supuestos, además de la pérdida del plazo de cinco años para iniciarla, o la muerte del querellante, con las variantes ya vistas:

- (a) Si el heredero que quería iniciarla había reconocido, ya de manera directa o indirecta la validez del testamento. Así, p.ej., si el desheredado compró al heredero instituido cosas de la herencia, sabiendo que lo eran o tomó en arrendamiento campos hereditarios, o le pagó deudas debidas al testador. Se entendía que con ello aceptaba la voluntad expresada en el testamento (Paulo, Dig. 5.2.23.1). Igualmente, si aceptaba un legado (Paulo, Dig. 5.2.31.3; Dig., *id.* 32 pr. y 1).
- (b) Si el querellante transigió con los herederos instituidos, el pacto resultaba válido. Pero si el heredero instituido en el testamento no respeta los términos de la transacción arribada, queda íntegro el derecho a la otra parte para proseguir la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig. 5.2.27 pr.; Cód., 3.28.35.2; Paulo, *Sent.* 4.5.8).
- (b) Si el querellante desiste del juicio (Ulpiano, Dig. 5.2.8.1).

VI. 4. Un caso especial se daba si el testador había dejado a sus hijos legados o donaciones *mortis causa* imputables a la «legítima», añadiendo que, si fueran inferiores al monto de esta, quería que la legítima fuera «completada» según «el arbitraje de un varón honrado» (*boni viri arbitratu*).

Según una constitución de Constantino (Cód. Theod., 2.19.14, año 361) los legitimarios debían en este caso aceptar la voluntad del testador, no pudiendo pedir la *querella*, pero concediéndoseles una *actio ad supplendam legitimam*, que era una *actio in personam* para pedir dicho suplemento. En caso de perder el juicio, no pierden la liberalidad otorgada, como ocurría si eran vencidos con la *querella inofficiosi testamenti*.

VII. Efectos de la *querella inofficiosi testamenti*.

VII. 1. El principio genérico es que la *querella inofficiosi testamenti*, en caso de ser admitida judicialmente produce la rescisión del testamento. Así lo dice Ulpiano: «queda rescindido de pleno derecho» (Dig. 5.2.8.16; *ipso iure rescissum est*). Y también lo indica para el caso de que la *querella* hubiese sido iniciada por alguien que no derecho a la parte legítima y por error del juez la misma es admitida. En este caso, la victoria no le aprovecha a él, sino a aquellos que tienen derecho a la herencia intestada, «porque hace intestado al *paterfamilias*» (Ulpiano, Dig. 5.2.6.1).

- (a) Este principio no ocasiona ninguna duda para el supuesto de que el heredero legitimario sea p. ej. un hijo único. Al vencer en la *querella*, caído el testamento obtendrá como heredero *ab intestato*, la totalidad de la herencia. (Paulo, Dig. 5.2.21.2). Llama la atención de que el querellante no obtiene, como se podría suponer la *quarta legitima*, sino más que ello toda la porción que le hubiera correspondido *ab intestato*. Ello es por efecto de la rescisión del testamento.

- (b) Supongamos ahora que no se trata de un hijo único, sino de dos (A) y (B). Si ambos inician la *querella*, p. ej., contra un heredero extraño, por haber sido desheredados injustamente, y vencen, el testamento cae y la herencia se reparte en una mitad para (A) y la otra mitad para (B). Pero, dentro de esta hipótesis, si ocurriera que (A) ejercitara la *querella* y venciera en la misma, y (B) no la peticionara, ¿este último tiene derecho a su parte *ab intestato*? La solución en una primera época nos es desconocida, pero en el texto de Ulpiano (Dig. 5.2.8.8), se nos dice que Papiniano respondió que el querellante solo tiene derecho a su cuota parte *ab intestato*, es decir que (A) solo puede pedir la mitad, correspondiendo la otra mitad a (B), a pesar de que no se querelló. Indudablemente esta solución parte de la idea de que al haber quedado rescindido el testamento, se abre la herencia *ab intestato*.
- (c) Dentro del mismo supuesto, si fuesen dos hijos los desheredados y ambos se querellaron por inoficiosidad del testamento, pero después determinó uno de ellos no proseguir la *querella*, el que la continuó no obtiene solamente su parte *ab intestato*, sino que la acrece con la otra mitad de su hermano desistente de la *querella* (Paulo, Dig.5.2.23.2).

VII. 2. Hasta ahora hemos hablado de que los efectos de la *querella inofficiosi testamenti* ocasionaban la rescisión total del testamento. Pero excepcionalmente podía ocurrir que el testamento fuera rescindido en forma parcial, de tal modo que por un lado se satisface en parte la pretensión del querellante, por el otro se continúa manteniendo algún derecho por parte del heredero instituido. Esto, evidentemente iba en contra de la regla hereditaria romana de que *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Sin embargo, llevados por la justicia y la equidad de ciertos casos, los juristas no se hicieron ningún problema en admitir estas excepciones:

- (a) Supongamos que el hijo (A) ha sido desheredado injustamente, existiendo dos herederos instituidos (B) y (C). Inicia la *querella* solamente contra uno de ellos, p. ej. contra (B), pero no contra (C). En caso de triunfar la rescisión del testamento se producirá en forma parcial en lo que hace al heredero instituido demandado, pero se seguirá considerando válido el testamento en lo que hace al heredero instituido no demandado (C); Ulpiano (Dig. 5.2.25.1).

Lo mismo ocurrirá, siguiendo la misma hipótesis, si el hijo (A) ha demandado a ambos herederos instituidos, es decir a (B) y a (C). Pero ocurre que las sentencias son diversas por parte de los jueces, ya que venció en la *querella* contra (B), pero perdió en la llevada a cabo contra (C). En la parte que venció el hijo es declarado heredero legítimo en cuanto a una parte, quedando la otra parte en el testamento, que continúa siendo parcialmente válido, para el heredero instituido (C). Papiniano (Dig. 5.2.15.2) frente a este caso termina diciendo que “no parece absurdo que se considere que en parte hay un intestado”.

- (b) La rescisión parcial también ocurría cuando el hermano se querellaba contra los herederos instituidos, siendo que uno de ellos era una persona honrada y el otro uno de condición deshonrosa. Como solo podía demandar por la *querella* al primero de ellos, demostrada su condición infame, tendrá éxito parcial contra él, de tal modo que “se entenderá que (el causante) murió en parte testado y en parte intestado” (Ulpiano, Dig. 5.2.24).
- (c) En otros casos, la rescisión parcial se efectuaba para proteger a determinados herederos *ab intestato*. Así, el caso que plantea Paulo (Dig., 5.2.19), texto muy difícil

y muy discutido. Se trata del supuesto del testamento de una madre que instituyó heredero por las 3/4 partes a un heredero extraño, a su hija (A) por la cuarta parte restante, habiendo preterido a su otra hija (B). Sucede que dicha hija preterida inicia contra el heredero extraño la *querella* y triunfa. En principio, el testamento queda rescindido, pero se plantea la cuestión de qué parte le corresponderá a la hija preterida. Podría parecer que por haber aceptado la herencia testamentaria la hija (A), los efectos de la rescisión la alcanzan también a ella, de tal modo que toda la herencia le va a su hermana. La solución que se da es que “no se invalida por completo el testamento, sino que se hace en parte intestada a la difunta a pesar de que se desestima su última voluntad como si se tratase de una loca”. De este modo, la hermana (B) solo podrá obtener la mitad de la herencia desplazando al heredero extraño, yendo la otra mitad a la hermana instituida (A).

Si bien Paulo habla acá de rescisión parcial del testamento, por cuanto la hija (A) había sido instituida heredera, lo cual se mantiene, nos dice también que a la misma solución se llega considerando toda la herencia *ab intestato*. En efecto, esta hija (A) puede reclamar su parte en la herencia intestada. “porque también se entiende que la que adió la herencia en virtud del testamento, que estima válido, no se considera que repudió la herencia legítima (es decir la *ab intestato*), que ciertamente ignora que le ha sido deferida, como quiera que tampoco a aquellos que lo conozcan pierdan su derecho eligiendo aquello que creen que les compete”.

- (d) También ocurre una rescisión parcial cuando la porción intestada del querellante no abarca la totalidad de la herencia, al existir herederos instituidos que son al mismo tiempo herederos *ab intestato*. Así, el caso que presenta Papiniano: Una madre instituyó heredero a su hijo (A), desheredando a su otro hijo (B) y a su hija (C). (B) se querella con su hermano (A). La herencia irá la mitad a (A), instituido heredero y la otra mitad a (B). En cuanto a la hija (C) queda excluida si no se querelló o no ganó el litigio (Dig. 5.2.16 pr.).

VII. 3. Como hemos visto la rescisión del testamento declarado inoficioso podía ser total o parcial. Esto tendrá efectos en cuanto a los legados y otras liberalidades ordenadas por el testador.

- (a) Cuando la rescisión es total los legados caen y no son debidos. Si hubiera ocurrido que ellos hubiesen sido pagados, se otorga al querellante victorioso una *actio utilis* para repetirlos, ya contra el que los pagó, ya contra el que los percibió. Pero por un rescripto imperial de Adriano y de Antonino Pío, cuando se hubieran pagado antes de promovida la *querella inofficiosi testamenti*, la acción de repetición se debe dirigir contra el que los recibió (Ulpiano, Dig. 5.2.8.16).

En cuanto a las manumisiones, estas resultaban nulas *ipso iure* (Ulpiano, Dig. *ibidem*; Modestino, Dig. 5.2.9). Pero en el caso excepcional en que la *querella* se hubiera promovido existiendo «una grande y justa causa» después de transcurrido los cinco años que era el plazo normal para iniciarla, no se revocaban las manumisiones que competieron o se dieron, si bien los esclavos manumitidos debían pagar al querellante veinte áureos por cada una de ellas (Ulpiano, Dig. 5.2.8.17).

En lo que se refiere a los fideicomisos, la situación estaba debatida. Escévola pensaba que si la manda fideicomisaria estaba «a cargo de aquellos que alguien crea que le han de suceder *ab intestato* o como *bonorum possessores*, puede dejar fideicomisos», por lo que estos debían ser cumplidos. Paulo, en cambio, censuraba este *responsum*, estableciendo que, por el contrario, ni se deben los fideicomisos

dejados *ab intestato*, «como si lo hubieran sido (ordenados) por un demente» (Escévola, Dig. 5.2.13). El mismo Paulo pensaba, sin embargo, que las manumisiones dejadas por fideicomiso, eran válidas, «bien entendido que también en este caso se han de pagar veinte áureos por cada una de ellas» (Modestino, Dig. 5.2.9).

- (b) La regla general de que los legados y las manumisiones caían con el testamento declarado inoficioso, tenía algunas excepciones. Así, si en la *querella* el heredero instituido no se hubiera presentado respondiendo procesalmente a la misma, y se hubiera pronunciado sentencia en favor del actor presente, las manumisiones y los legados quedaban válidos. Paulo establece el fundamento “en que en este caso no se cree que se establece el *ius* por la sentencia del juez”, sino por negligencia del heredero instituido (Paulo, Dig. 5.2.17.1). Esta solución fue confirmada por decisión imperial (Paulo, Dig. 5.2.18).

Otra excepción similar ocurría cuando el heredero instituido fuera querellado interviniendo en el juicio, pero actuando en colusión con el actor, permitiendo que se efectuaran los legados y las manumisiones (Dig. 49.1.5.1; decisión de Antonino Pío).

- (c) A su vez, si la rescisión del testamento inoficioso era solamente parcial, los legados impuestos sobre la parte no rescindida continúan siendo válidos y por supuesto a su cargo. En cambio resultan nulos los establecidos sobre la parte rescindida. En cuanto a las manumisiones, según se lee en una constitución del emperador Gordiano, las mismas competen en ambos casos, debiéndose efectuar las manumisiones directas y deban darse las fideicomisarias (Cód. 3.28.13; año 239).

VII. 4. Si el legitimario que inició la *querella inofficiosi testamenti* fuera vencido y obtuviera una sentencia desfavorable, el testamento queda como válido. Pero como el actor perdidoso ha injuriado la memoria del testador, se lo considera indigno. Por esta razón pierde toda liberalidad que le hubiese sido conferida en el testamento, quedando dichos beneficios en favor del Fisco (Ulpiano, Dig. 5.2.8.14).

- (a) Pero solo le es quitado lo que se le dio en el testamento al que hubiere perseverado en el pleito injusto hasta la sentencia. Pero si desistió de la *querella* o falleció antes de la sentencia, no se le quita lo que se le dio. Incluso si se hallaba ausente se fallase en favor del que está presente, no se le quita lo que ya recibió (Ulpiano, Dig. *ibidem*).
- (b) Si el querellante había sido instituido heredero fiduciario, habiéndosele rogado que restituyera la herencia a otro, y después no venció en la *querella inofficiosi testamenti*, pierde solamente la *quarta pars* que le hubiera correspondido por la ley Falcidia (Papiniano-Ulpiano, Dig., *ibidem*).
- (c) En el supuesto de que el tutor hubiese intentado la *querella*, en nombre de su pupilo a quien nada se le ha dejado, y es vencido, no por ello pierde el legado que le ha sido hecho en el mismo testamento (Inst. Just., 2.18.5).

VIII. Reformas de Justiniano

El emperador Justiniano, recogiendo algunas particularidades del derecho posclásico, establecerá mayores precisiones en lo que hace a la *querella inofficiosi testamenti*, así como también en la regulación de la «legítima». Por ello dictará diversas constituciones que figuran en el Código (3.28.30-37). Y luego, sobre la

base de la Novela 18 (año 537) y principalmente de la Novela 115 (año 541) trata de establecer un sistema unificado, que tendrá algunas modificaciones importantes en lo que se refiere a la sucesión contra el testamento. Como veremos, el sistema establecido por Justiniano no resulta completo. Por el contrario nos deja algunas zonas oscuras. Y además, dado el laconismo de la redacción hay muchos puntos que provocan dudas y controversias.

VIII. 1. *Actio ad supplendam legitimam*. Entre las leyes que figuran en el Código, tiene importancia la implantación definitiva de la *actio ad supplendam legitimam*. Tal como habíamos ya señalado, existía el antecedente de la constitución de Constancio y de Juliano (Cód. Theod., 2,19, 4; año 361) que contemplaba el caso del *páter* que había dejado ciertas liberalidades a sus hijos, añadiendo que si las mismas resultaban inferiores a la «legítima», quería que fueran completadas «según el arbitrio de un hombre honrado». En este caso se dispuso que los herederos debían cumplir la voluntad del testador, no pudiendo iniciar la *querella inofficiosi testamenti*, debiendo acudir a la solución indicada en el testamento, es decir a pedir que se le completara la «legítima».

Justiniano, en el año 528 dispone que a fin de evitar la proliferación de querellas contra el testamento, que la *actio ad supplendam legitimam* pudiera ser ejercitada por aquellos herederos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la "legítima", ya fuere que se haya dicho en el testamento que se debía completarla o ya fuere que no. De este modo se les impide pedir la rescisión del testamento por la vía de la *querella*, debiendo emplear esta acción de suplemento para alcanzar la *pars legitima*. Esto ocurría así siempre y cuando que el testador no hubiera dicho en el testamento que se les dejaba una porción menor debido a que los consideraba «ingratos» (Cód. 3.28.30 pr.).

VIII. 2. Modificación del monto de la «legítima». En la Novela 18 (cap. 1; año 536) Justiniano, luego de haber expresado en el prefacio su interés en los hijos, y pareciéndole reducida la antigua *quarta pars*, decide aumentar el monto de la «legítima». De este modo, si el *páter* o la madre tiene hasta cuatro hijos, la *pars debita* ascendía a 1/3 de lo que le hubiera correspondido *ab intestato*; si, en cambio el número de hijos era de cinco, la «legítima» se debía calcular en 1/2., también calculada respecto de lo que hubiera recibido *ab intestato*.

- (a) Para computar el número de los hijos, había que computar a todos los existentes llamados a la sucesión *ab intestato*, incluso aquellos que no resultaban legitimarios, como p.ej., un hijo debidamente desheredado. Así, p.ej.: existen cinco hijos y uno de ellos fue justamente desheredado. Acá se cuenta a este último en el número de hijos. La «legítima» admitida en la Novela 18 es la de 1/2 de la porción intestada, por lo que cada uno de los cuatro hijos se considera legitimario por 1/10 parte (es decir 1/2 dividido por cinco). Si en cambio no se lo computara al hijo desheredado, como quedarían solo cuatro hijos, se debe calcular sobre la base de 1/3, por lo que a cada uno le correspondería una «legítima» de 1/12 (es decir 1/3 dividido por cuatro). De allí el brocado que luego será utilizado de que «*exheredatus numerum facit ad augendam legitimam*» (El desheredado hace número para aumentar la legítima).
- (b) El cálculo de la "legítima" efectuado en la Novela 18 resulta ilógico en alguna circunstancia. Así, si hay cuatro hijos, sus legítimas en total era 1/3 de la porción

intestada, por lo que cada uno recibía 1/12 (es decir, las doce onzas que componen la herencia, dividida primero por 3, para obtener el 1/3 y luego por 4 para ver lo que le correspondía en particular a cada uno. Pero si eran cinco hijos, por ser la legítima total 1/2, la legítima de cada uno era de 1/10, es decir una porción mayor.

Parecería que en el espíritu de la Novela 18, Justiniano estaría pensando que si se trataba de una porción *ab intestato* más relevante, le correspondía una *pars legitima* más pequeña. Y en cambio, si la porción *ab intestato* era menos relevante, la legítima debía ser mayor.

- (c) Tal como lo dijimos, el laconismo empleado en la redacción de la Novela 18 planteaba varias dudas y consiguientes controversias. Una de ellas está referida a si el nuevo cálculo de la legítima era aplicable o no a los otros legitimarios de acuerdo con el derecho anterior, principalmente a los ascendientes, hermanos y hermanas germanas o medio hermanos o hermanas consanguíneas, no los uterinos.

Curiosamente no se dice nada expresamente acerca de ellos. Más bien, ya en el prefacio de esta Novela la preocupación estaba primordialmente centrada en aumentar la legítima de los hijos. Cabría suponer, como lo piensan algunos, que se seguía manteniendo el monto de la *quarta pars*. Quienes piensan lo contrario se apoyan en el párrafo final del capítulo 1 de la Novela 18 que establece que: «Debiéndose observar esto (es decir las nuevas proporciones otorgadas a los hijos) respecto de todas las personas en cuanto a las que se decretó desde un principio por la ley sobre el testamento inoficioso la porción de la antigua *quarta*».

- (d) Tampoco se habla de los nietos o nietas para el supuesto de que concurran por «derecho de representación» por su padre premuerto. Parecería que no hay dudas de que la agrupación de los nietos hay que realizarla *per stirpes*. ¿Pero cómo se debe calcular la legítima de cada uno? ¿Había que computar la que correspondía al padre premuerto, o por el contrario había que hacer el cálculo como si estuvieran en primer grado? La respuesta a este interrogante resulta muy ardua, sobre todo ante el silencio legal que nada dice al respecto.

VIII. 3. Las justas causas de desheredación (o de preterición). Una reforma importante surge de la Novela 115 (año 542). Se determina en la misma que los ascendientes no pueden ni preterir ni desheredar a los descendientes, y viceversa estos a aquellos, sin haber mencionado una causa justa de exclusión de la herencia (cap. 3 pr.; cap. 4 pr.).

Esto significa que mientras en el sistema anterior a esta Novela estos herederos mencionados podían atacar al testamento por medio de la *querella inofficiosi testamenti*, o por los otros medios otorgados por el *ius civile* o el *ius praetorium*, buscando obtener su “parte legítima”, ahora la Novela 115 les reconoce que no solo pueden venir a petitionar la «legítima», sino algo más de fondo: el derecho expreso a ser herederos, por lo menos por esa *pars debita*, y siempre y cuando no hubieran sido tachados por alguna de las causas, ahora legales, de exclusión.

De este modo, estos herederos deben ser o «instituidos» por lo menos hasta el monto de la «legítima», no pudiendo ser ni «preteridos» ni «desheredados» sin haber expresado en el testamento alguna de las cláusulas justas de exclusión.

Sobre las formas de cómo se debía operar la *exhereditio* nada dice el texto de la Novela, y pese a que sobre ello, dada también la redacción lacónica observada, cabe pensar que en la práctica lo normal es que fuera «nominativa» (*nominatim*), ya que en ambos casos —ahora muy cercanos— la causa de exclusión, que era personal debía ser expresada en el testamento.

VIII. 3. 1. Estos herederos legitimarios, deben ser instituidos como herederos en el testamento, no bastando ahora que por otros medios, es decir por un legado, una donación o un fideicomiso la *pars debita* (cap. 3). Es necesaria la institución, dejándole por lo menos alguna suma de dinero o alguna cosa. Con ello bastaba para no invalidar el testamento (cap. 5).

Si se le hubiera dejado una porción inferior a su legítima, el testamento era válido y el heredero debía recurrir a la *actio ad supplendam legitimam*, tal como se había dispuesto por Justiniano en la ley del Código (3.28.30).

VIII. 3. 2. Tal como dijimos, Justiniano procede a enumerar las causas de ingratitud que permitían que fueran excluidos como herederos, las cuales debían quedar expresamente determinadas en el mismo testamento.

(a) Las causales que podían tener los ascendientes aparecen mencionadas en el mismo capítulo 3.

Allí figuraban: (§ 1) Haber maltratado a los ascendientes poniéndoles las manos encima; (§ 2) El haberles inferido injuria grave y deshonrosa; (§ 3) El haberlos acusado criminalmente, salvo en las causas contra el Príncipe o la *res publica*; (§ 4) El practicar la hechicería (*maleficus*) conviviendo con hechiceros; (§ 5) El haber atentado contra la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo; (§ 6) El haber tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina del padre; (§ 7) El haberlos delatado y con su delación hubiese hecho que ellos soportaran graves perjuicios; (§ 8) No salir de fiador de sus ascendientes que estaban presos; (§ 9) El haberles impedido que hicieren testamento; (§ 10) El haberse asociado, contra la voluntad de sus ascendientes con mímicos o con gladiadores, a menos que los ascendientes fueran de la misma condición; (§ 11) Si la hija o la nieta menor de 25 años, a quien sus padres querían casarla o dotarla, en lugar de celebrar el matrimonio lleva vida licenciosa; (§ 12) Si los descendientes desatendieran a su padre demente, y luego este sanara, los podía justamente desheredar; (§ 13) No redimirlo estando cautivo; (§ 14) El haberse hecho hereje.

Esta enumeración es taxativa, de tal modo que ahora son las únicas causales que se podían invocar. Hay que advertir que bastando una sola de estas causas, al existir una tan genérica como la de injuria grave y deshonrosa (§ 2), se puede considerar bastante amplio el espectro.

(b) Las causales que pueden hacer valer los descendientes contra los ascendientes están enumeradas en el capítulo 4 de la Novela 115. Son las siguientes: (§ 1) Acusar a los descendientes por un crimen que implique la pena capital, salvo caso de crimen contra el Príncipe o la *res publica*; (§ 2) El haber atentado los ascendientes contra la vida de un descendiente, ya con venenos, maleficios o de otro modo; (§ 3) Si el padre hubiera tenido comercio ilícito con su nuera o la concubina de su hijo; (§ 4) Si los padres les hubieran prohibido hacer testamento; (§ 5) Si el padre atentó contra la vida de la madre de los ascendientes, y viceversa; (§ 6) Si los padres no

atendieran y cuidaran al hijo demente, y luego este sanara e hiciera testamento; (§ 7) El haber redimido al hijo cautivo; y (8) El ser herejes y no pertenecer a la fe católica.

A modo de aclaración, y esto es válido tanto para los ascendientes como para los descendientes, la causal de no atención y cuidado del demente podía provocar que si este no sanaba y era recogido por un particular extraño, Justiniano permite que este pueda interpelar mediante un escrito testimoniado a los herederos del demente, para que se apresuren a cuidarlo. Y si no lo hicieron y se prueba que el extraño cuidó de él hasta el fin de sus días, tenía derecho sucesorio en la herencia del *furiosus*, quedando invalidadas las instituciones de los herederos negligentes (cap. 3, § 12; cap. 4, § 6).

Igualmente para el supuesto de que el ascendiente o el descendiente hubieran caído en cautiverio, si recobraba la libertad podía excluirlos de la herencia. Pero si muriere estando cautivo, y esto hubiere ocurrido por negligencia o desprecio de los descendientes o ascendientes, estos pierden la herencia que va a parar a la iglesia del lugar de donde es oriundo el cautivo muerto. Y si había hecho testamento antes de caer cautivo, ocurría lo mismo respecto de los herederos instituidos que no lo redimieron (cap. 3, § 13; cap. 4, § 7).

Finalmente, hay también que anotar respecto de la causal de herejía, que para el caso de haber muerto intestado ya en el caso de descendientes o ascendientes, se producía una especie de causal *ex lege*, en virtud de la cual los herejes no podían heredar y los bienes pasaban al patrimonio privado del emperador (cap. 3, § 14; cap. 4, § 8). La razón que da es una muestra del césaropapismo de Justiniano: «Porque si nos preocupamos de los negocios materiales, ¿con cuanta más razón no se ha de aplicar la previsión de nuestra solicitud a la salvación de las almas».

VIII. 3. 3. Si se probaban las causas de preterición o de desheredación expuestas por el testador (bastaba una sola de ellas), el testamento era válido. Caso contrario, el testamento es nulo, pero solamente en cuanto a la institución de herederos, yendo los bienes a los descendientes o ascendientes en el orden *ab intestato*. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en la *querella inofficiosi testamenti* del derecho anterior, el resto del testamento no caía, permaneciendo válidos los legados, los fideicomisos, las manumisiones, las daciones de tutor, etc. (cap. 3, § 14 *in fine*; cap. 4, § 9).

VIII. 3. 4. La Novela 115 produce estas importantes modificaciones en las herencias de los ascendientes respecto de los descendientes y viceversa. En cambio, no habla de los otros legitimarios que son los hermanos o hermanas bilaterales y unilaterales consanguíneos (no los uterinos), para el caso haber sido pospuestos por personas de calidad deshonrosa. Por lo tanto, estos solo podían actuar por la *querella inofficiosi testamenti* del derecho anterior o por medio de la *actio ad supplendam legitimam*, para completar la parte de su legítima.

Respecto de los hermanos, la desheredación se debe producir por alguno de los motivos expresados anteriormente por el mismo Justiniano en la Novela 22.47. Eran considerados ingratos solamente: el que atentó contra la muerte del hermano, el de que dedujo una acusación criminal y el que le ocasionó una pérdida importante de sus bienes.

VIII. 3. 5. De este modo, en lo que respecta a las herencias testamentarias de los ascendientes, y viceversa de los descendientes ha modificado de manera

sustancial los derechos que éstos tenían con anterioridad. El testador que tiene herederos legitimarios debe ahora o instituirlos herederos o desheredarlos o preterirlos con una de las causas justas expresamente admitidas. Este deber ya no o tiene solamente el padre, sino también la madre respecto de todos los descendientes, ya sean estos *sui heredes* conforme al *ius civile* o como en el caso del hijo emancipado fueran admitidos por el derecho pretorio; se trate de descendientes por la línea masculina o femenina. Todos resultan asimilados con la denominación de “descendientes”. Y lo mismo ocurre con el padre o la madre, o en su caso el abuelo o la abuela, el bisabuelo o la bisabuela, todos igualmente comprendidos en la denominación de «ascendientes».

Esta reforma es tan importante que muchos autores prefieren, para denominar la posibilidad de los legitimarios de actuar contra el testamento, hablar de *querella* o también *actio nullitatis ex iure novo*. Si bien el tema estuvo desde antiguo muy discutido, del derecho antiguo ya no quedan las viejas reglas formales de la desheredación, como la que hablaba de que la preterición de un “heredero suyo”, es decir varón, producía la nulidad *ab initio* del testamento. Creemos que de acuerdo con la letra y el espíritu de la Novela 115, la única forma de preterición o de desheredación debe ser *ex iusta causa*, y en caso de no ser así, la única manera de remediarlo era atacar el testamento por el *remedium ex Novella 115*. El único caso que queda fuera de este sistema es el de los hermanos bilaterales o unilaterales consanguíneos, que al no estar comprendidos en la Novela debían recurrir a la *querella inofficiosi testamenti ex iure antiquo*. A su vez, la *bonorum possessio contra tabulas* carece ahora de sentido y desaparece con la Novela 115. Incluso, si bien la denominación formalmente continúa y podemos leer en las «Basilicas» el título *De bonorum possessionis contra tabulas* (61.7), a su lado figura un escolio que dice «este título, que se contiene para la época del *ius vetus*, es inútil» (escol. 2).

IX Conclusiones

La experiencia romana en materia de legítima es verdaderamente muy importante. Resumiendo las diversas etapas, podemos ver como en un principio rigió el principio de la total libertad del *páter* de instituir herederos o desheredar a los descendientes. Esto que parece un principio absolutamente liberal, lo es solo si lo consideramos formalmente. Para apreciarlo, hay que incardinarlo dentro de la constitución sociológico-económica que tenía la familia romana primitiva. Tal como lo dijimos esta era una verdadera unidad cuasi política, gobernada autoritativamente por el *páter* (=“jefe de familia”). La libertad testamentaria era, en la práctica, un modo de organizar para el “mañana” la administración de los bienes familiares. Más que en pensar que la idea era la exclusión de los *sui heredes* por herederos extraños, la costumbre por el contrario era la de individualizar alguno o algunos de los hijos para que continuara con la explotación de los bienes familiares, dejando por otros medios (p. ej., legados, donaciones, etc.) una subsistencia para aquellos miembros que quedaban apartados por la desheredación. Era, pues, una libertad de testar determinada en lo que el *páter* entendía como lo correcto para el futuro de la familia en el momento de su muerte.

El segundo momento está representado por la vieja interpretación de los juristas republicanos, que interpretaron, sin llegar a atacar las instituciones

de herederos o desheredaciones, que el *páter* debía acordarse de ellos y no preterirlos. Esto prontamente fue extendido, no solo a los agnados, sino también a los cognados, por medio de la medida pretoriana de la *bonorum possessio contra tabulas*. De este modo, basado en argumentaciones de tipo formal, lograban en el fondo proteger la herencia de los descendientes.

La aparición de la *querella inofficiosi testamenti* representó una profundización de estos primeros remedios. Determinados herederos cercanos, ascendientes o descendientes y en su caso los hermanos, podían quejarse de que el testador no se acordó de ellos al no otorgarles una determinada porción de lo que les hubiera correspondido *ab intestato*. Es de aquí que comienza a presentarse la noción de la "legítima". Continuaban las viejas reglas, pero el considerado legitimario podía reclamar una porción de la herencia. Hasta que finalmente con la Novela 115 de Justiniano, se reconoce de una manera franca y abierta algo que estuvo desde hacía tiempo subyacente, esto es que los descendientes y ascendientes tienen un "derecho de herencia" sobre una parte del patrimonio del ascendiente o descendiente que testaba.

Obsérvese que siempre, en todas las épocas que recorrió el derecho romano, estuvo en juego el interés familiar, ya sea en la primera familia monolítica de los tiempos antiguos, como en aquella posterior, en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución representada por la voluntad del *páter*, con los intereses individuales de los familiares más próximos. Los romanos, en esto fueron siempre consecuentes con la consideración socio-económica de la familia en cada una de las épocas. Algo análogo sucedió con la idea del patrimonio familiar único, al cual todos aportaban y era propiedad del *paterfamilias*, idea que se conjuga con que la familia es considerada siempre como único centro de intereses, y la lenta evolución de los peculios, es decir de distintas sumas de bienes o capitales que estaban bajo el control directo de los *filiifamiliae*. Esto significaba, no desmembrar a los integrantes de la familia, sino reconocer que si bien sigue subsistiendo el interés colectivo familiar, también existen intereses individuales de los hijos. Y así como la armonía de lo colectivo y de lo individual se mantuvo perfectamente armónico en el ámbito de la propiedad, algo análogo sucedió con el interés del testador, jefe y responsable de su familia, y el interés de los familiares más próximos.

Hoy día, se escuchan algunas voces innovadoras, que verían con alegría la desaparición de esta institución de la «legítima», mantenida muy sabiamente por Vélez en nuestro Código Civil. Quienes piensen de esta manera, para pasar a un nuevo principio de amplia libertad de testar a quien se quiera, sin derechos reservatorios para los familiares cercanos, en el fondo está imbuidos de la idea bien modernista del «individualismo jurídico», el cual no es lo mismo, como ya lo dijimos del sentido que tenía la amplia libertad de testar del *paterfamilias* primitivo. Ahora se trataría de un derecho de testar ignorando a la familia. Pero precisamente de eso trata la discusión: ¿cómo queremos organizar la sociedad? Si la respuesta es solamente a partir de la célula fundamental de la familia, la consecuencia lógica es la perseverancia de la legítima. Si en cambio la respuesta es que la célula fundamental es el individuo, este tendrá derecho a hacer lo que quiera para después de su muerte. Esto es testar sin estar obligado a reservar alguna porción de bienes a nadie. Si la historia es *magistra vitae*, lo que mejor podemos ofrecer a nuestros juristas, es la experiencia medular que los romanos tuvieron acerca de este tema, y que a

lo largo de los catorce siglos, desde la fundación (mediados s. VIII a.C.) hasta la recopilación justiniana (mediados s. VI d.C.) y aun después de ella, recorrieron todas las vicisitudes jurídicas de este problema. La principal diferencia es que ellos partieron del principio de la más amplia libertad de testar para terminar reconociendo la existencia de los derechos sucesorios de los familiares más cercanos en la herencia. Resulta curioso y paradójico que para algunos haya que transitar el camino inverso.



El problema Posesorio en los Interdictos que Protegen las Servidumbres-Prolegómenos al Estudio de la *quasi possessio* y la *Possessio iuris* en el Derecho Romano

Patricio Lazo González^{1*}

I. Introducción

El tema de la posesión de los derechos o cuasiposesión suele ser un tema sobre el que frecuentemente vuelven los manuales de la civilística chilena. A pesar de tratarse de un tema que sigue sin tener una doctrina que pudiéramos llamar pacífica, pocas veces el hincapié que se hace en los precedentes romanos de tales nociones aclara suficientemente el contexto en que ellas vieron la luz. Pretendemos, por tanto, dar una rápida mirada a las fuentes romanas, con el fin de contribuir al esclarecimiento de las situaciones a partir de las cuales la terminología de la cuasiposesión (*quasi possessio*) y posesión de derechos (*possessio iuris*) encuentra sus primeras manifestaciones, a la vez que intentaremos dar alguna explicación a las contradicciones que el uso de tal terminología acarrea en el derecho romano, siempre con vistas a situar históricamente un problema que sigue aquejando a la civilística chilena.

Es sabido que para la jurisprudencia romana de la época clásica (desde mediados del Siglo II a.C. hasta mediados del S. II d.C.) ni el usufructuario ni el titular de una servidumbre eran considerados poseedores del fundo usufructuado, en el primer caso, o dominante, en el segundo. El problema que nos interesa lo vemos surgir al constatar que tanto el usufructuario como el titular de una servidumbre estaban legitimados activamente al ejercicio de ciertos interdictos, los cuales son caracterizados en la compilación justiniana como posesorios. La pregunta que surge de inmediato es sencilla: dada la situación descrita ¿cuál es el fundamento del carácter posesorio de los interdictos destinados a proteger el objeto de su disfrute? Como se verá, el examen de esta cuestión nos llevará de inmediato a otro, que viene a estar en la base de la

¹ * Publicado en INTERDICTOS. <http://www.pandectasperu.org/revista/no200108/plazo.htm> Enero 24, 2011.

explicación que se quiera ofrecer: el tema de la *quasi possessio* y de la *possessio iuris*, conceptos estos que en época posclásica (desde mediados del s.II hasta la edición oficial del Digesto, en 533) sirvieron para explicar la situación del usufructuario y del titular de una servidumbre. De ahí que el problema que nos proponemos abordar consista en saber en qué medida tales conceptos provienen del derecho clásico y si fueron precisamente los juristas de esta etapa quienes en primer lugar se sirvieron de tales ideas, con las consecuencias institucionales que ya conocemos. Un análisis por separado de la protección interdictal del usufructuario y de la del titular de una servidumbre permitirá aclarar algunos puntos.

II. Los interdictos del usufructuario

El usufructuario disponía para la defensa de su derecho de una serie de recursos procesales; así, p. ej., de la *vindicatio ususfructus*, también conocida en el derecho posclásico como *actio confessoria*, la *actio ex stipulatu*, derivada a su turno de una *cautio damni infecti*, y de acciones de carácter penal, como la *actio legis Aquiliae*, la *actio furti* y la *actio servi corrupti*. Sin embargo, su situación era protegida, además, por medio de interdictos, los que podían servir además de trámite previo del ejercicio de alguna acción. Entre estos, podemos mencionar el *quem usumfructum*, vinculado estrechamente a la indefensión del demandado en una *vindicatio ususfructus*, por el cual se perseguía la restitución del mueble o del inmueble, en su caso, al usufructuario para que este pudiera gozar de su derecho. Aunque no cabe, de momento, hacer un análisis de los mismos, ha de mencionarse el interdicto *si uti frui prohibitus esse dicitur*, contra el que le impide su instalación en el fundo (si bien, su calidad de usufructuario no se discute por quien realiza la acción impeditiva); el interdicto *de itinere actuque privato*, que analizaremos en sede de servidumbres prediales, previsto para casos en los que el usufructuario lo es de un fundo dominante de una servidumbre de senda o de paso de ganado; el interdicto *quod vi aut clam*, cuando pelagra la cosa sobre la cual ostenta la calidad de usufructuario; el interdicto *de arboribus caedendis*, para que no se le impida cortar o podar el árbol inclinado sobre el fundo objeto del usufructo y, finalmente, el interdicto *de glande legenda*, para que no se le impida la recolección de los frutos del árbol vecino que caen en su predio.

Sin embargo, los interdictos que han llamado nuestra atención, de cara al tema de su fundamento son otros: concretamente, el usufructuario tiene a su favor el interdicto *uti possidetis utile* y casi con toda seguridad, el interdicto *unde vi*. Examinaremos a cada uno de ellos, veremos sus particularidades y ofreceremos nuestra opinión.

1. El interdicto *Uti Possidetis Utile*.

a) **Fuentes.** Si bien la historia del interdicto *uti possidetis* aún presenta ciertas lagunas que llevan a elaborar conjeturas sobre su primitivo carácter, podemos saber algo de su primitiva fórmula a partir de diversas fuentes. Si bien una primera noticia de ella nos la entrega Festo², la fórmula que recoge el Digesto es ligeramente distinta:

Ulp. 69 *ad ed.* D.43,17,1pr.: *Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto rell.* (Dice el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que sigáis poseyendo la casa de que se trata tal como la poseéis sin violencia ni clandestinidad, ni en precario el uno del otro *rell.*").³

Como se puede ver, Ulpiano se refiere a una edificación, en tanto Festo habla de un fundo (*fundum*), modificación esta que lleva a pensar en el origen del interdicto

en la protección de los terrenos del *ager publicus*, que eran entregados a ciertas personas, como se ha admitido por la romanística desde hace ya tiempo. La efectividad del recurso pretorio habría posibilitado su extensión a otros supuestos, como la edificación, el cual habría abarcado ya al fondo. Ello es una muestra no solo de la eficacia del recurso, sino que es expresión de su adaptación a supuestos nuevos.

Como ya se dijo, siendo este interdicto *retinendae possessionis* su presupuesto básico y esencial es el de ser poseedor. Dentro del elenco de los poseedores legitimados activamente al interdicto básico *Uti possidetis* no se encuentra el usufructuario y la razón para ello radica en que su situación jurídica no es entendida como posesión, ni siquiera como posesión anómala. Sin embargo, sabemos por FV. 90 que le fue extendida esta protección interdictal por medio del interdicto *uti possidetis utile*. Con todo, a la legitimación activa y pasiva del usufructuario a este interdicto, se refiere otro pasaje de Ulpiano, en el que da cuenta de esta posibilidad, aunque sin referir el carácter de útil del interdicto en cuestión:

Ulp.70 ad ed. D.43, 17,4: *In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit, perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum* (En fin, creo que debe decirse que también ha de darse este interdicto entre los usufructuarios, aunque uno de ellos reclame el usufructo y el otro la tenencia posesoria; y lo mismo debe aprobarse si uno reclama la posesión del uso, como escribe Pomponio en consecuencia si uno defiende el uso y el otro el usufructo, también debe dárseles este interdicto).

Antes de examinar la probable *conceptio interdicti*, es necesario referirse, aunque sea brevemente, a la noción de *utile interdictum*. En este punto, encontramos un buen apoyo en la definición de los mismos que da García Garrido para quien los interdictos útiles «son aquellos que se conceden en razón a las ⁵ personas o a las cosas, tomando analógicamente como modelo aquellos interdictos otorgados en supuestos análogos». Desde este punto de vista, entonces, un interdicto útil siempre supone uno anterior, situación que es clara en el caso del interdicto *uti possidetis utile*, donde entendemos que la mención a la posesión ha sido modificado y se ha puesto en su lugar la mención al usufructo.

- b) *Fórmula del interdicto*. Si tomamos en cuenta el carácter *dúplex* de nuestro interdicto, habremos de concluir que, de acuerdo con las noticias de Ulpiano, debieron ser dos las fórmulas: una que permitiera el enfrentamiento entre usufructuario y el poseedor del fondo; lo cual supone ya una diferenciación clara entre ambas calidades y otra, que permitiera enfrentarse a dos cusufructuarios, y entonces, evidentemente, la fórmula habría seguido dando cuenta de la imposible asimilación entre usufructuario y poseedor.⁷

De esta guisa, la *conceptio interdicti* del *uti possidetis utile* habría sido redactada en alguno los siguientes términos:

Uti eum fundum (locum, eas aedes) nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis utimini fruimini quominus ita possideatis utamini fruamini, vim fieri veto .⁸

Uti eo fundo (loco, aedibus) quo de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, vim fieri veto .⁹

Así, mientras la primera fórmula habría servido para que el usufructuario se enfrentara con el poseedor del fundo, la segunda habría permitido el enfrentamiento entre usufructuarios.

Estas reconstrucciones nos parecen acertadas, aun cuando pudiera no existir unanimidad. Si FV.90 nos informa sobre la concesión del interdicto en calidad de útil, Ulpiano es pródigo en informarnos acerca de las partes legitimadas activa y pasivamente en el interdicto. El problema, con todo, no radica aquí; sino, como hemos dicho, en que un interdicto característicamente posesorio sea utilizado por el usufructuario, si bien, con modificación de la fórmula básica. La romanística se encuentra hasta el día de hoy dividida en sus explicaciones sobre este punto.

- c) *El discutido carácter posesorio.* Hemos adelantado que el tema del carácter posesorio o no de nuestro interdicto no es, hasta el momento, doctrina pacífica.

Podemos decir que el sector mayoritario de la romanística actual, coincide en estimar que la legitimación activa del usufructuario al interdicto *uti possidetis utile* no supuso una extensión de la protección posesoria, ni su fundamento ha de recabarse en sede de posesión. En esta posición estuvieron Albertario, Riccobono, Bonfante, d'Ors, Guzmán y García Garrido. La idea que unifica el pensamiento de estos autores puede sintetizarse diciendo que al usufructuario nunca le fue reconocida en el derecho clásico la calidad de poseedor. Por el contrario, para los juristas clásicos habría sido muy clara su calidad de detentador del fundo sobre el cual tenía un usufructo. Esta situación de exclusión del usufructuario de la calidad de poseedor vendría expresada en numerosos pasajes, tanto de Gayo, del Digesto; así como de los mismos FV. 90, 91 y 93. De ahí que lo que testimonia el pasaje antes transcrito de FV. 90 no sea otra cosa que la aceptación, de que, al aprovechar el usufructuario las facultades de *uti frui*, su situación en términos de apariencia la hace ver como similar, solo en los hechos, a la del verdadero poseedor. Pero esto no significa confundir conceptos ni atribuirle una calidad que no puede tener.

Para otro sector de la romanística, en cambio, la concesión de nuestro interdicto como útil al usufructuario, tuvo un trasfondo posesorio. En esta posición podemos encontrar a Sohm, Monier, Arias Ramos, Burdese, Albanese y Marrone. La doctrina de estos autores puede sintetizarse como sigue: la extensión por vía útil del interdicto *uti possidetis* al usufructuario, o bien, al que de hecho ejercitara las facultades propias del usufructo tenía como fundamento ver en el usufructuario a un poseedor, o más bien, un *quasi possessor*; la *quasi possessio* de que puede ser objeto el usufructo es distinta de la idea de la posesión natural (*possessio naturalis*), que sería una expresión justiniana; los juristas clásicos habrían hablado solo de *quasi possessio*, expresión esta que, con todo, solo tendría un desarrollo dogmático durante la época posclásica.

2. El interdicto *unde vi*

- a) *Fuentes.* La concesión de este interdicto plantea menos problemas que el anterior, a pesar de que, como ocurre con el *utile uti possidetis*, su fuente de conocimiento es nuevamente FV.90, en el texto que hemos examinado con anterioridad y también en FV.91.
- b) *Fórmula del interdicto.* El problema que anteriormente se nos había presentado vuelve a aparecer, esto es, el de la reconstrucción de la fórmula. La *conceptio interdicti* del *unde vi (non armata)* básico o edictal se nos conserva en Ulp. 69 ad ed.D.43,16,1pr.:

Praetor ait: «Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium» . (Dice el pretor: «Restituirás al demandante en el fundo de donde lo has expulsado, tú o tu servidumbre, y en todo lo que en ese momento él tenía allí»)

En esta reconstrucción de la fórmula se puede apreciar cómo se reproduce la cláusula de posesión viciosa con el efecto relativo (*alter ab altero*) y no en relación con terceros. Sin embargo, una opinión distinta ha venido postulando A. d'Ors²⁷, para quien la fórmula básica de este interdicto no hacía mención a la *possessio*. Si nos atenemos a esta última posición, resulta entonces que el interdicto en cuestión no habría sido dado como útil, como pudiera pensarse, sino de manera directa, esto es, no siendo necesario un cambio en su fórmula; su extensión al usufructuario habría resultado una consecuencia directa de haber sido este legitimado al interdicto *uti possidetis*.

- c) *Carácter posesorio*. Pensamos que la noticia que nos refiere el compilador de los FV. 90-93, acerca de la concesión del interdicto *unde vi (non armata)* resulta menos agobiante en cuanto a su fundamentación. En efecto, si nos atenemos a la posición de d'Ors antes señalada, en cuanto a la inexistencia de la mención de la *possessio* en su fórmula, habremos de remitirnos primero a las razones que motivaron su concesión a los poseedores:

Ulp. 69 ad ed D.43,16,1,3: *Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur*. (Este interdicto no se refiere a todo tipo de violencia, sino a los que son expulsados de la posesión).

La fórmula, aunque carece de referencia a la *possessio* es interpretada por Ulpiano, en el sentido de que compete el interdicto a los poseedores. Otra manera de decirlo es la siguiente: el poseedor, podía utilizar tanto el interdicto *unde vi*, como el *uti possidetis*, dependiendo de la forma que hubiese adoptado su desposesión. Si se interpreta analógicamente, si quien estaba legitimado al *uti possidetis* básico, lo estaba igualmente, *de iure*, para el *unde vi*, no había razón para negar la concesión de este interdicto al usufructuario, desde el momento en que este ya lo estaba para el *utile uti possidetis*. Cabe, eso sí, preguntarse si se opera sobre la base de la pura equiparación; es decir, si acaso no hay algo más. Y a nuestro juicio sí lo hay: el compilador además entiende que el usufructuario es poseedor, por eso no se requiere de cambio alguno en la fórmula. De ahí que este interdicto pueda servir de indicio del carácter posesorio que se habría atribuido al *uti possidetis utile*.

3. La doctrina de la *quasi possessio*

Ya hemos visto, que la situación del usufructuario expresada en FV.90-93 y en cuanto legitimado al ejercicio del interdicto *uti possidetis utile*, dio lugar a un interesante debate doctrinal tendente a aclarar el carácter posesorio o no de su protección. El tema puede reconducirse a la doctrina de la *quasi possessio*, ampliamente admitida en el derecho justiniano. Si bien el origen de esta doctrina recibe un fuerte impulso con la situación del usufructuario, tampoco puede decirse que haya sido suficiente para crear por sí sola una doctrina acerca de la *quasi possessio*; para ello debieron los compiladores servirse de no pocos pasajes del Digesto que se referían al poseedor del usufructo, o hablaban de una *quasi possessio*. Citaremos algunos de aquellos en que se habla de la posesión del usufructo:

lul.7 dig. D.7, 6,3: *Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint.* (El que dejó de usar un usufructo <simplemente> entregado a causa de un fideicomiso, y durante tanto tiempo que en caso de haberlo adquirido civilmente, lo habría perdido no debe tener acción para que se le restituya, pues es absurdo que tengan más derechos aquellos que solamente obtuvieron la posesión del usufructo, no el dominio).

Ulp.17 ad ed. D.7,6,5pr.: *Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest eius suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de uso iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullus ius habeant.* (Solo el que tiene el derecho de usar y percibir los frutos puede pretender que tiene el usufructo. Mas el dueño del fundo no puede pretenderlo, porque el que tiene la propiedad no tiene por separado el derecho de usar y percibir los frutos. Pues no puede tener una servidumbre sobre su propio fundo y cada cual debe esgrimir su propio derecho, no el derecho ajeno. Pues aunque competa al propietario la acción negatoria, se considera que demanda más bien por el derecho propio que por el ajeno, cuando afirma que no tiene el usufructuario derecho de usar contra su voluntad o que él tiene derecho a prohibirlo. Pero si el que demanda no es el titular de la propiedad, el usufructuario, aunque no tenga derecho de usar, prevalecerá por el principio de que los poseedores son preferidos aunque no tengan ningún derecho).

Los dos pasajes transcritos son expresivos de una cierta tendencia de la jurisprudencia clásica a ver en la figura del usufructuario a un poseedor. No debe perderse de vista, en todo caso, la fuerte crítica a que la redacción de ambos pasajes fue dirigida por la romanística hipercrítica ²⁹.

Existen además, pasajes en los cuales se habla de una *quasi possessio* del usufructo:

Ulp.12 ad ed. D.4, 6, 23,2 *Ítem ei qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio e usu fructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.* (Dice Papiniano que se ha de auxiliar también al que, por estar cautivo, perdió la posesión de un fundo o la cuasi posesión de un usufructo, y considera justo que también deban devolverse al cautivo los frutos del fundo en usufructo percibidos por otro durante el tiempo intermedio).

Gai. 4,139. *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae utem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.* (En determinados casos el pretor o el procónsul imponen su autoridad para poner fin a la controversia, principalmente, cuando la controversia es sobre la posesión o la cuasiposesión; se concreta en mandar o prohibir que se haga algo. Las fórmulas y redacciones que emplean para ello se llaman interdictos o decretos).

Finalmente, existen otros varios pasajes en los cuales se distingue perfectamente entre el poseedor y el titular de un usufructo, de los que hemos hablado más arriba.

Todo lo anterior nos plantea el problema de los orígenes, de la doctrina de la *quasi possessio*; es decir, si acaso ella fue un producto de elaboración doctrinal posclásica, o bien puede ya encontrarse en los juristas clásicos una cierta forma de expresarse respecto de la situación del usufructuario en términos de considerarlo *quasi possessor*.

Puede decirse que el origen de esta situación bien puede remontarse al período arcaico. Tanto el usufructo, como las servidumbres tuvieron un carácter material, asociado fuertemente a los objetos sobre los cuales ellos recaían. No fue sino hasta la *lex Scribonia* (c.50aC.) en que comenzaron a perder tal carácter al prohibirse su *usucapio*. Esto debió suponer un cambio no menor dentro de los conceptos con que se manejaba la jurisprudencia; si ya no eran usucapibles, entonces su asimilación a las cosas corporales debió aparecérselos como equívoca, lo que los habría movido a separar y distinguir la calidad de usufructuario de la de poseedor. Pero estando aún muy presente esa imagen en la mente de los juristas, no pudieron menos que recurrir a una noción técnica, proveniente de las ideas sobre la posesión. Es así como puede ser explicado el uso de la expresión *quasi possessio*, al interior de la jurisprudencia republicana, esto es, sin pretensiones de extraer consecuencias dogmáticas, sino más bien de mantener, sobre todo en los *responsa* que daban a quienes se los solicitase, una imagen que hasta hace poco tiempo mantenían de los derechos reales sobre cosa ajena, pero que después de la *lex Scribonia* ya se veían obligados a cambiar. La expresión *quasi possessio* carecía de otras consecuencias que la de ser una alusión expresiva a la situación de quien aprovechaba los frutos y usaba del inmueble ajeno, pero que se encontraba lejos de pretender esbozar la idea de la posesión de derechos.

III. La protección interdictal de las servidumbres

- a) *De itinere actuque privato* (D.43,19). El título interdictal de que tratamos conserva dos interdictos, cuyas fórmulas han sido extraídas del libro 70 de comentarios de Ulpiano al edicto pretorio. Para los efectos de este estudio, interesa solo el primero de ellos.

Ulp. 70 ad ed. D.43, 19,1pr.: *Praetor ait: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*. (Dice el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que puedas usar la senda³⁰ o paso de ganado de que se trata, o del camino, que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad o en precario, respecto a la otra parte").

Como se aprecia, la primera fórmula (y la única a que por el momento nos referiremos) contiene el interdicto en su aspecto sustantivo, esto es, en defensa de una servidumbre de paso de ganado. Para la legitimación activa al interdicto, la fórmula es lacónica, en cuanto es suficiente haber usado durante el último año el paso de ganado de que se trata sin violencia, clandestinidad ni precario respecto de la otra parte.

La servidumbre rústica de senda o paso de ganado privados es aquella sobre la cual recae la protección concedida por estos interdictos.

- b) *De aqua cottidiana et aestiva* (D.43,20). Contiene este título interdictal tres interdictos, de los cuales dos son relevantes para el examen que acometemos. Todos los interdictos de este título son prohibitorios y básicos (o directos). Examinaremos por ahora solo las fórmulas de aquellos interdictos que afectan a nuestro estudio:

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43, 20,1pr.: Ait praetor: “*Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto*”. (Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que puedas traer el agua de que se trata como lo has hecho en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto de la otra parte”).

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43,20,1,29: *Deinde ait praetore: “Uti priore aestate aquam qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas,, vim fieri veto. rell.* (Dice luego el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia que traigas el agua tal como la has traído en el estío pasado sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto de la otra parte”. *rell.*)

Los supuestos de ambos interdictos difieren en muy poco, concretamente en el tipo de agua. Mientras en primero el agua es cotidiana, en el segundo es estival. La diferencia entre ambos tipos de agua radica en que el agua cotidiana es aquella que se suele traer constantemente, aunque no tenga ello lugar todos los días y que se trae tanto en invierno como en verano, aunque pueda dejar de traerse³¹. A su turno, el agua estival es la que solo interesa traer en verano, según la servidumbre³². Lo común a ambos interdictos es que el legitimado activamente a ellos es quien ha «traído» el agua, en ejercicio de una servidumbre predial rústica de acueducto; incluso, se extiende la legitimación activa al que ha llevado el agua hasta su fundo por error³⁴.

- c) *De rivis* (D.43, 21). Este título conserva solo un interdicto³⁵, cuya *conceptio interdicti* se halla redactada en los siguientes términos:

Ulp. 70 *ad ed.* 43,21,1pr.: *Praetor ait: “Rivos specum septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate vel hoc anno non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto*”. (Dice el pretor: “Prohíbo que se impida por la violencia, al que trae el agua sin violencia o clandestinidad, ni en precario, como la traía el verano anterior, el reparar o limpiar las acequias, canales cubiertos y presas a causa de una servidumbre de acueducto).

Este interdicto de reparación de acequias permite la protección de la servidumbre de acueducto. En cuanto a su función, puede equipararse este interdicto al de *itinere actuque reficiendo*. En efecto, el interdicto *de rivis*, que ahora nos ocupa, tiene una función complementaria respecto de quien ejercita la servidumbre de acueducto y que necesita purgar y reparar las acequias de la fuente de la cual extrae las aguas³⁶.

En lo que se refiere a la legitimación activa al interdicto, ella corresponde no solo al titular del predio dominante, sino también a quien haya usado del agua de que se trata. Es decir, para reclamar de la conducta impeditiva que a través del interdicto se trata de prohibir, habrá que probar haber hecho uso del agua, en los términos de una servidumbre de acueducto para, sin más, obtener la legitimación al interdicto.

- d) *De fonte* (D.43,20). En este título interdictal se contienen dos interdictos, ambos prohibitorios, que tutelan la servidumbre de *aquae haustus*. Nuevamente, Ulpiano es la fuente de la cual los compiladores justinianeos extraen las fórmulas interdictales.

Son las siguientes:

- Ulp. 70 *ad ed.* D.43, 22,1pr.: *Praetor ait: "Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aquam nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri vetus"*. (Dice el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que sigas usando el agua de la fuente de que se trata, tal como en el último año has venido usando de ella sin violencia o clandestinidad ni en precario, respecto a tu adversario").
- Ulp. 70 *ad ed.* D.43, 22, 1,6: *Deinde ait praetor: "Quo minus fontem, quo de agitur, urges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti ho anno vi non clam non precario, ab illo usus es, vim fieri veto"*. Dice además el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que sigas limpiando la fuente y haciendo las reparaciones necesarias para poder contener el agua siempre que lo hagas como lo has venido haciendo en el último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a tu adversario").

De nuevo, la protección concedida por estos interdictos lo es a un uso de la servidumbre de una cierta manera. En el primero, la acción prohibida consiste en impedir que quien ha usado del agua de la fuente de que se trata lo siga haciendo; en tanto que en el segundo, y en una función claramente complementaria o accesorio, la acción prohibida es aquella que impide limpiar y reparar la fuente para contener el agua. El segundo es, por tanto, un interdicto de reparación de la fuente de la que se ha usado durante el tiempo especificado.

Es necesario poner en relación este título con el anterior, dado que se trata de servidumbres distintas, aunque ellas tienen como objeto la utilización del agua. Mientras en el título anterior el agua puede ser conducida, en este caso, solo puede ser extraída. Es decir, la servidumbre se constituirá sobre lagos, piscinas y pozos, aunque su fuente debe ser perenne, lo que excluye el agua de cisternas.

- e) *El problema posesorio de los interdictos*. Como hemos podido observar, en todos estos casos no se ha planteado el problema de tratarse de interdictos útiles. Aquí, todos los interdictos son directos o básicos; es decir, se encuentran previstos, lo mismo que su fórmula en el edicto pretorio. La cuestión acerca del carácter posesorio de estos interdictos deriva de otra situación; se trata, en efecto, de la amplitud de los términos que se refieren a la legitimación activa a los interdictos. Así, hemos podido ver cómo en los interdictos *de itinere actuque privato* y en el interdicto *de fonte* se utiliza la expresión *ab illo usus es* a su turno, en los interdicto de *aqua cottidiana et aestiva*, bajo la expresión *ab illo duxisti* no parece expresarse más exigencia que haber conducido el agua, se tuviese o no derecho para hacerlo; finalmente el interdicto de reparación de la fuente se redacta de tal modo que es inequívoco concluir que solo es necesario haber usado de la fuente que ahora, con reparaciones se quiere contener.

Todas estas redacciones han sugerido una protección de carácter posesorio. Así lo han visto visto Sohm, Arias Ramos, Canatta, Burdese y Corbino, quienes han fortalecido la hipótesis de que si quienes ejercitaban estos interdictos no necesariamente eran titulares de servidumbres, entonces necesariamente tenían que ser poseedores de tal derecho, de donde recababan en definitiva su legitimación activa.

En abono de esta hipótesis puede agregarse que en algunos interdictos la calidad de titular de la servidumbre es condición básica para la legitimación activa a tales interdictos. Así, dentro del mismo título interdictal *De itinere actuque privato* hay un segundo interdicto, cuya fórmula está redactada en los siguientes términos:

Ulp.70 ad ed. D.43,19,3,11: *Ait praetor: "Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto". rell.*(Dice el pretor: "Prohíbo que se te impida por la violencia que puedas hacer reparaciones como tengas derecho a hacerlas, en la senda o paso de ganado que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a la otra parte". rell.)

La diferencia con el que estudiamos a propósito de este mismo título salta a la vista. En efecto, en este caso, se utiliza la expresión *ut tibi ius esset*, con lo cual se deja claro que la legitimación activa a este interdicto exige tener derecho a realizar las reparaciones en el paso del ganado.

Otro ejemplo se puede apreciar en el título interdictal *De aqua cottidiana et aestiva*, en el cual se encuentra un tercer interdicto, el de *aqua ex castello*, formulado en los siguientes términos:

Ulp. 70 ad ed... D.43, 20, 1,38: *Ait praetor: "Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto". rell* (Dice el pretor: "Prohíbo que se impida por la violencia que traiga el agua de tal depósito aquel a quien la persona competente le permitió hacerlo, y en la forma que se le permitió" rell.)

En este caso, y a diferencia de los otros dos interdictos que se encuentran en el mismo título, de los cuales nos hemos ocupado ya, quien reclama porque se le impide llevar agua desde un depósito público, debe haber estado previamente autorizado a hacerlo (*permissum est*) por el poder competente para ello. Es decir, no bastará alegar que se viene haciendo uso de la servidumbre durante algún tiempo, aun sin los vicios característicos, sino que habrá de alegarse que se tiene la autorización para conducir el agua.

Todo ello no ha hecho sino poner de relieve el tema de la posesión de las servidumbres, es decir, el de la *possessio iuris*, en los términos de los compiladores justinianos.

f) *La doctrina de la quasi possessio y possessio iuris*. En los textos de los juristas clásicos, numerosos pasajes se refieren a la posesión de las servidumbres, en tanto otros parecen negarla. Un texto de Paulo que pareciera no dejar lugar a dudas:

Paul. 15 ad Sab. D.8,1,14pr.: *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo non usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* (Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporan a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapión; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos).

La doctrina aquí expuesta parece adaptarse a todos los cánones de la concepción clásica: i) las servidumbres son cosas incorporales; ii) no son por este motivo susceptibles de una posesión cierta y continuada y iii) no son, por tanto, usucapibles.

Sin embargo, otros sí han dado pie a la conjetura de haber existido entre los juristas clásicos una cierta aceptación de la noción de la posesión de las servidumbres.

Paul.5 *ad Sab.* D.8,2,20pr.: *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immisum habuero, hoc, ut immisum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. idem eveniet et si menianum in tuum immisum habuero aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo.* (Las servidumbres que se constituyen sobre las edificaciones se retienen por la posesión, porque si hubiese yo apoyado en tu casa una viga de la mía, al tenerla empotrada, en virtud de la misma viga sigo poseyendo la costumbre de tenerla. Lo mismo ocurrirá si yo tuviese un balcón que sobresale por encima de tu finca o sobre ella vertiese las gotas de agua de mi tejado, porque uso de algo en lo tuyo y poseo como si fuera por mi propia actuación).

Si en el texto anterior, Paulo nos hablaba de la imposibilidad de poseer las servidumbres y, por tanto, de usucapirlas, en este pasaje el mismo Paulo utiliza una expresión contradictoria con aquella postura. En efecto, al decirnos que las servidumbres que sobre edificaciones se retienen por la posesión, parece entrar en contradicción consigo mismo. Hay además una mención a la «posesión de la costumbre de tenerla» (se entiende: la viga empotrada). Podemos analizar mejor esta situación si comparamos esta regla con la que fundamenta la solución de D.8,2,27, a través de la comparación de casos ⁴⁶. Designaremos A al caso planteado en D.8,2,20 y B, al de D.8,2,27.

Pomp. 33 *ad Sab.* D.8,2,27pr. *Sed si inter te et me communes sunt Titianae aedes et ex his liquid non iure in alias aedes meas proprias immisum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere. idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum.*

(Pero si la casa Ticiania es tuya y mía en común, y sin existir servidumbre se hubiese apoyado alguna viga de esta en una casa de mi propiedad, puedo reclamar <por ello> contra ti, o <dividir> la cosa. Lo mismo sucederá si de tu propia casa se hubiese avanzado algo sobre la casa que nos es común a ti y a mí, porque solo yo tengo acción contra ti).

Partamos por señalar una coincidencia entre ambos casos. En uno y en otro, una de las partes ha colocado su viga en la edificación que corresponde al otro. Es esto lo que permite la comparación. Sin embargo, hay diferencias. Siendo el caso de A un *responsum*, habremos de entender que su supuesto de hecho es la consulta acerca de si las servidumbres son susceptibles de posesión. La cuestión del caso B es acerca de cuál es la acción apropiada para remediar lo hecho. Es decir, a nuestro juicio no resulta descaminado pensar que el cuadro es el mismo, pero visto uno (el A) desde la óptica de quien se quiere beneficiar con una servidumbre, y el otro (B), desde el punto de vista de quien padece la intromisión. En ambos casos se ha planteado la misma cuestión: una persona decide constituir una servidumbre a su favor sin convenirla con el dueño de la edificación sirviente. La respuesta que da Paulo en el caso A es de suyo elocuente: en tanto se siga manteniendo la servidumbre, unilateralmente constituida, nada podrá impedirle su uso. En cambio, la solución aportada por Pomponio mira a la manera de ponerle fin al estado de indefensión de la ahora edificación sirviente. Si observamos con cuidado vemos que la solución pauliana, particularmente su noción de *consuetudinis possessio*, gira en torno a la idea de uso, una cuestión de hecho; es decir, la expresión *possessio* se viene utilizando en un sentido impropio, más cercano al de uso. Pero, con ello no es posible aún deducir que de seguir tal posesión, el dueño de la edificación afectada no podría reclamar o ejercitar la correspondiente *actio negatoria*. La respuesta de Pomponio, en ningún caso se pone en la

hipótesis de que se hubiera podido usucapir la servidumbre y por ello no haber intentado acción alguna. Que su solución se incline por el ejercicio de la *actio communi dividundo* es solo expresión de la relación de copropiedad que entre los litigantes existe en el caso B. Pensamos que los casos no son contradictorios, a lo más, se refieren a diferentes ópticas del asunto y, desde esa perspectiva, apuntan a soluciones diversas.

Sin duda, podrían colocarse más ejemplos de pasajes en los cuales se hable de posesión de las servidumbres; pero de la misma manera, otros tantos que la negaran. Lo que importa es poner de relieve cómo en ocasiones, en la jurisprudencia clásica, la expresión *possessio* se utiliza de una manera técnica. A nuestro juicio, la idea del uso como fundamento de la protección interdicial, según hemos podido ver, estaba relacionada exclusivamente con la apariencia jurídica que este tipo de recurso parajurisdiccional estaba llamado a tutelar con el objeto de mantener la paz en las relaciones privadas. Cosa distinta es que el pretor haya entendido que con ello innovaba en la concepción clásica de las servidumbres, y participaba de la reforma del derecho. Pero el carácter atécnico con que se emplea el término *possessio* las obras de los juristas clásicos, en este caso Paulo, pudo provocar que, unido a la falta de un minucioso examen casuístico (motivado posiblemente por el trabajo separado de las comisiones), los juristas posclásicos o bien los compiladores justinianos, hubieran supuesto una cierta posesión de servidumbres y, con ello, de derechos. En otras palabras, los posclásicos se dejaron seducir por las apariencias, y se aventuraron a hipotizar sobre nuevas instituciones; de ahí pudiera explicarse, a nuestro juicio, el desarrollo de la teoría de la *possessio iuris*.

IV. Conclusiones

Del estudio presentado, pensamos que es posible colegir las conclusiones que a continuación exponemos:

- 1 Tanto las fuentes clásicas como posclásicas hacen referencia al usufructuario y a la protección pretoria que podía impetrar a través del interdicto *uti possidetis utile*.
- 2 Esta tutela pretoria sirvió como impulso para la consolidación, expresada en la compilación justiniana, de la teoría de la *quasi possessio*, fundada ella en la posesión del derecho de usufructo, y gracias a la cual el usufructuario fue tenido en el derecho posclásico como un poseedor, si bien no del fondo sobre el cual ejercitaba su actividad cuasi posesoria, sí al menos del derecho de que hacía uso, con el ánimo de ser usufructuario; todo ello en perfecta consonancia con la nueva interpretación de los elementos de la posesión, *corpus et animus*.
- 3 La situación en el Derecho clásico distaba, sin embargo, de ser la misma. En efecto, los juristas clásicos comenzaron a utilizar la palabra *quasi possessio* para referirse a la situación del usufructuario, a causa de la *lex Scribonia*, a partir de la cual perdió todo sentido entender tanto al usufructo como a las servidumbres como cosas corporales. La utilización de la expresión *quasi possessio* fue en este período atécnica.
- 4 A su turno, los interdictos que resguardaban las servidumbres prediales y que no exigían para su legitimación activa, ayudaron también a la conformación de la teoría de la *possessio iuris*, similar en todo momento a la de la *quasi possessio*, pero referida a las servidumbres.
- 5 Sin embargo, la explicación que cabía dar dentro del derecho clásico a esa situación tenía que ver más bien con la protección a la apariencia jurídica, sin que ello supusiera necesariamente prejuzgar acerca de la existencia de las servidumbres. Solo en época posclásica tal situación podría ser vista como la posesión de un derecho.

- 6 Cabe, por otra parte, poner de relieve cómo, a nuestro juicio, no puede imputarse los juristas clásicos el origen de la doctrina de la *quasi possessio* y de la *possessio iuris*. Sin duda, los juristas posclásicos que trabajaron sobre sus obras encontraron toda una serie de expresiones que asimilaron de manera distinta al sentido que habían tenido dentro de la jurisprudencia clásica; pero que la terminología haya existido ya entre los juristas clásicos no es indicio suficiente para estimarlos como autores de una doctrina por la cual seguramente no habrían manifestado mucho aprecio. Si la labor de los juristas postclásicos obró en el sentido no solo de adaptar las reglas jurisprudenciales a su realidad, sino también de canonizar ciertas reglas para facilitar la labor de los juristas funcionarios que juzgaban al interior de la *cognitio extraordinem*; en la interpretación y aplicación extensiva de estas reglas utilizaron pasajes clásicos que, ahora con nueva significación, operaron un cambio importante en el derecho de su época y en el posterior.
- 7 No ha estado dentro de los objetivos de este trabajo el examen de las doctrinas en el derecho común y, principalmente, el medieval español reflejado en las Siete Partidas, aunque pensamos que una investigación sobre la materia podría abrir nuevos cauces en la comprensión de ciertas discusiones todavía vigentes, relativas a la posesión de⁴⁷ derechos, la cual esperamos emprender en un futuro cercano.

Citas:

- 1 CAPOGROSSI-COLOGNESI, s.v. Interdetti, en Enciclopedia del Diritto 21 (1971) 918 ss.
- 2 Festo, de verborum significatu s.v. possessio, 233:Uti nunc eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto. Esta fórmula fue aceptada por RUDORFF, De iuris dictione edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt (=EP [Lipsiae 1869; reimpr. Navarra 1997]) § 247 I de fundo locove. LENEL, Das 'Edictum Perpetuum' (= EP3 [Leipzig 1927]) 470 n. 7, pensaba, en cambio, que esta fórmula había sido abandonada).
- 3 Para todos los pasajes del Digesto nos serviremos de la traducción de D'ORS et al., 3 vols. (Pamplona 1968-1975).
- 4 FV.90 Ulp. lib Ide interdicit.> Libro I de interdicitissub Título'ineumquilegatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum psio data erit, possidebit'. Si usufructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdicitum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdicitum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur unde vi, quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: 'quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris'.
- 5 Vid. GARCIA GARRIDO, s.v. Interdicta utilia, en Diccionario de jurisprudencia romana3 (Madrid 1993)
- 6 . Vid. RICCOBONO, s.v. Interdicta, en Novissimo Digesto Italiano 8 (1957) 794: «Interdicta utilia...sono quelli che contengono un'estensione di un presupposto formulato nell'editto sia in riferimento alla persona, che viene in considerazione come convenuto, sia in riferimento all'oggetto, alla protezione del quale serve l'interdictum stesso, sia infine rispetto agli stessi presupposti reali sotto i quali l'interdictum di solito vien dato». Una sistematización de los diversos criterios empleados por la romanística para identificar y definir los interdictos útiles

- puede verse en BETANCOURT, Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles, en Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors (Pamplona 1987) 249 ss.; vid. asimismo, HEUMANN-SECKEL, s.v. Utilis, en Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts (Jena 1907) que no ofrece un concepto, aunque sí una enumeración de pasajes relativos a la expresión *utile interdictum*. Vid. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* (Leipzig 1853; reimp. Leipzig 1970)
- 7 Vid. la reconstrucción ambas fórmulas que ofrece BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla 1995) 384.
 - 8 RUDORFF, EP § 248
 - 9 RUDORFF, EP § 248; LENEL, EP3 § 247.
 - 10 Vid. GUZMÁN, *Derecho privado romano I* (=DPR. [Santiago de Chile 1996]) 613. Aunque no propone una reconstrucción de la fórmula del interdicto, considera que esta habría mantenido la cláusula de posesión viciosa, lo cual implica una aceptar la primera de las construcciones propuestas, no así la segunda, toda vez que la referencia a la *possessio* habría hecho alusión a la *possessio naturalis*.
 - 11 ALBERTARIO, *Il possesso dell usufrutto, dell'uso, della habitatio*, en *Studi di diritto romano II. Cose - Diritti reali - Possesso* (Milano 1941) 307 ss.
 - 12 RICCOBONO, *Interdicta cit.*, 792 ss.
 - 13 BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1972) 156.
 - 14 D'ORS, *Derecho privado romano* (= DPR. [Pamplona 1989]) 260.
 - 15 Cfr. GUZMÁN, DPR. I, 614.
 - 16 GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁸ (= DPR. [Madrid 1999]) § 142; ID., *Diccionario*³, s.v. *Ususfructus*:17 Aunque no se consideraba al usufructuario como poseedor, el pretor le concede los interdictos posesorios *uti possidetis* y *unde vi*, con el carácter de útiles».
 - 17 Gai. 2,93: *Sed bonae fidei possessor cum ususcepit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi acquirere potest. usufructuarius vero usucapere non potest; primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi; deinde quia scit alienum servum esse. (Pero cuando el poseedor de buena fe llega a usucapir el esclavo, como lo hace suyo, puede adquirir para sí, por mediación del esclavo, todo lo que este adquiere por cualquier causa que sea. El usufructuario, en cambio, no puede usucapir; en primer lugar, porque no posee, sino que tiene solamente un derecho de usar y disfrutar; en segundo lugar, porque sabe que el esclavo no le pertenece).*
 - 18 Por ejemplo, Ulp. 24 ad ed.D.10,4,5,1.: *Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur* (Escribe Juliano que queda obligado por la acción exhibitoria quien se halla en posesión concedida con el fin de conservar determinadas cosas o legados y quien también tenga la cosa en razón de usufructo,

aunque tampoco sea realmente un poseedor. De ahí que Juliano se pregunte cómo deben estos hacer la exhibición y dice que el primero de modo que el demandante pueda tener la posesión, y el demandado siga en posesión con el fin de conservar la cosa; el que tiene el usufructo, de modo que el demandante pueda poseer la cosa y el demandado siga usando y percibiendo los frutos de la misma).

- 19 SOHM, Instituciones de Derecho romano. Historia y Sistema (trad. Madrid 1936) 305.
- 20 MONIER, Manuel élémentaire de droit romain (Paris 1947) 444.
- 21 ARIAS RAMOS, Derecho romano I. Parte general (Madrid 1966) 38.
- 22 BURDESE, s.v. Possesso, en Enciclopedia del Diritto 34 (1985) 465.
- 23 ALBANESE, Le situazioni possessorie nel diritto privato romano (Palermo 1985) 149 ss. passim.
- 24 MARRONE, Istituzioni di diritto romano (Palermo 1996) 413.
- 25 Posición que mantienen MARRONE, Istituzioni cit., 413 y ALBANESE, Situazione possessorie cit., s.
- 26 Post pauca sub Título supra scripto. Restitutus ex hoc interdicto usufructus intellegitur, cum petitor in fundum admisus, sine periculo interdicti unde vi ad eum rem propositi, depelli non potest
- 27 Según X. D'ORS, El interdicto fraudatorio (Roma/Madrid 1974) 77 n. 10, en este texto se aprecia, cómo existe una confusión de la cláusula edictal con la fórmula interdictal. Vid. RUDORFF, EP § 241; LENEL, EP3 § 245.
- 28 Cfr. D'ORS, DPR § 201.
- 29 Vid. Index Interpolationum, ad leg.
- 30 Vid. RICCOBONO, Interdicta cit., 796.
- 31 Ulp.70 ad ed D.43,20,1,2 ...qua quis cottidie possit uti, si vellet...
- 32 Ulp.70 ad ed D.43,20,1,3...quae duci adsidue solet vel aestivo tempore vel hiberno, etiamsi aliquando ducta non est...
- 33 Ulp.70 ad ed.D.43,20,1,3: aestiva autem ea est, qua aestate sola uti expedit...quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate sola uti expedit...
- 34 Ulp.70 ad ed.D.43,20,1,10...sed in facto erravit...ut interdicto uti possit...
- 35 BISCARDI, Interdicto de rivis, en Novissimo Digesto Italiano 8 (1957) 803 ss.; Cic. pro Caec. 13,36.
- 36 BISCARDI, Interdicto de rivis cit., 803; en el mismo sentido, LENEL, EP3 § 251.
- 37 Como se verá más adelante, se trata de una diferencia no menor con el interdicto de itinere actuque reficiendo.
- 38 Ulp.70 ad ed.D.43,22,1pr.(i.f.): de lacu puteo piscina item interdicam.
- 39 Ulp. 70 ad ed. D.43,22,1,4: Hoc interdicto de cisterna non competit: nam cisterna non habet
perpetuam causam nec vivam aquam.
- 40 En el liber Florentinus aparece la expresión est. Mommsen, ad leg., consideró más correcta la expresión es, colocándola en su lugar.

- 41 SOHM, *Instituciones...*, cit., 305.
- 42 ARIAS RAMOS, *Derecho romano* cit. p. 38.
- 43 CANNATA, s.v. *Possesso*, en *Novissimo Digesto Italiano* 13 (1968) 329.
- 44 BURDESE, s.v. *Servitù prediali (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano* 17 (1970) 124
- 45 CORBINO, s.v. *Servitù (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* 42 (1990) 260.
- 46 Paul. 5 epit.D.8,2,33; vid. GARCIA GARRIDO, *Responsa. Casos prácticos de derecho romano planteados y resueltos* (Madrid 1999) 187 ss.
- 47 En efecto los hay, y los que hemos analizado no son sino una parte. También el problema de la *possessio iuris* puede ser visto desde la perspectiva de las instituciones hereditarias, sobre lo cual vid. CALONGE, *Los «iuris possessores» legitimados pasivos a la «hereditatis petitio»*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 29 ss. y GARCIA GARRIDO, *Posesión civilísima y legado*, en la misma colectánea, 159 ss.)

Poder, Derecho y Ética en Roma

Juan Carlos Valdivia Cano^{1*}

INTRODUCCIÓN:

Creo que aunque no hubiera razones para defender la importancia del Derecho romano, personalmente no podría decir que el Derecho romano es inútil, porque gracias a él pude husmear un poco en la vida de este pueblo increíblemente fuerte y sano que fue Roma, durante un periodo milenario. Y no solo conocerlo sino, además, por una vía privilegiada; porque si hay un punto de vista privilegiado en Roma ese es el punto de vista del Derecho romano.

Por alabar el espíritu práctico de los romanos, enemigo de la abstracción, dice Michel Vellej, eminente romanista francés, no se tiene en cuenta los principios en los cuales se basan. Y, sobre todo, que el derecho romano es una manera de concebir el mundo, sus personas, sus cosas, desde el ángulo del Derecho. Es de esta concepción de la que me quiero ocupar. Y el que no sea explícita esta concepción y sus respectivos paradigmas, no quiere decir que no exista. Se expresa a través de su práctica jurídica, política y ética, especialmente en el periodo clásico de la república.

Tal vez consciente de este asunto, Juan Iglesias, en su libro sobre Derecho romano, nos anuncia que se propone «iluminar y poner en movimiento los datos y los hechos que hoy se nos presentan como partes o fracciones, como muñones o restos, y que en otro tiempo dotaron de unidad superior, íntegra y eficiente a una formación u ordenamiento...»

Muchas fuerzas y valores han concurrido a la constitución del grandioso Derecho romano. Aquí queremos ocuparnos de dos de ellos que, a nuestro modo de ver, conforman la sustancia del derecho: la ética y la política romana, y el papel del poder en ese derecho que, según el mismo Michel Vellej, estaba hecho para utilidad, bienestar

¹ * Abogado, Profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

y seguridad de los hombres. Y no los hombres para utilidad, bienestar y seguridad del derecho. Un derecho que, según él, se propuso abrir el campo de la protección de la justicia al mayor número, que promocionó la buena fe, el cultivo de la palabra dada y el humanismo.

HUMANISMO:

El humanismo original (no único) corresponde al período clásico de las culturas greco latinas. Es decir al período pre cristiano de la cultura occidental. Son las llamadas culturas paganas. Aunque hay un uso algo peyorativo de la palabra «pagano», pagana es una cultura que tiene como principio de vida y principal valor la libertad, y que admira al hombre ante todos los seres y cosas, ante los dioses y la naturaleza. Eso no se ve solamente en las fiestas orgiásticas o eleusinas, sino en la organización política y social y la relación entre ciudadanos y sus costumbres. Sófocles, citado por Fernando Savater decía: «De todas las cosas dignas de admiración que hay en el mundo, ninguna es tan admirable como el hombre. Por ello «los griegos inventaron la polis, según Savater, la comunidad ciudadana en cuyo espacio antropocéntrico no gobierna la necesidad de la naturaleza ni la voluntad enigmática de los dioses, sino la libertad de los hombres...». («Política para Amador», Ariel)

DOS FORMAS DE PODER:

Hay que tener en cuenta dos sentidos de la palabra «poder». «*Potentia*», en un primer sentido, como la capacidad intrínseca de afectar y ser afectado por aquello que aumenta o disminuye la capacidad de actuar, de producir, de crear. Y «*potestas*» como el poder jurídico político externo que se adquiere por elección, nombramiento, contrato. Cuando hablamos de Roma hablamos en este caso de su «*potentia*». Fueron expertos en acumular y aumentar su poder, de lo cual el derecho es su mayor expresión. La palabra *potentia* es latina.

Ese aumento y esa acumulación implican un régimen de la vida y de conducta, en el cual la libertad era un medio para la realización y el desarrollo integral de las potencialidades humanas. Las libertades cuasi absolutas solo eran permitidas en ciertos periodos del año, como un desfogue a las tensiones de la civilización. Hasta la época de Julio César el romano era un tipo de hombre frugal y simple: se trataba de hacer lo que conviene, de no hacer lo que no conviene y saber qué tipo de relaciones entablar según el aumento o la pérdida de salud, de fuerza, de energía, es decir, de poder.

Creo que hay que diferenciar, aunque sea a título de hipótesis de trabajo, la ética pagana de la moral cristiana, para entender a los romanos y su derecho. La ética pagana es un régimen de conducta que pretende el aumento del poder o salud, en sentido muy amplio: «*mens sane in corpore sane*». No pretender hacer buenos a los hombres según una idea de pecado o salvar el alma desde el punto de vista cristiano. Son normas de tipo facultativo, es decir, basadas en la libertad y en los intereses, y conveniencias de los seres humanos de carne y hueso.

DERECHO ETERNO:

El Derecho romano posee este algo de inmortalidad que ha sido descrito tan magistralmente por Von Ihering: «Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres veces ha servido de nexo entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después, por la unidad de la Iglesia, a raíz de la caída del imperio y, finalmente, por la unidad del Derecho al

apoderarse de este durante la Edad Media. (Introducción a «El espíritu del Derecho Romano») ¿Dónde radica el secreto de Roma, el misterio del poder subsistente después de más de dos milenios?

Roma es conocida como creadora del Derecho occidental. ¿Cómo interpretar esto?, ¿Qué mérito tiene? En general se acostumbra a describir las instituciones y la práctica del Derecho romano sin dar cuenta clara de la explicación de ese hecho fundador. Juan Iglesias dice que «el Derecho hay que estudiarlo en su propio asiento histórico, esto es en sentido entero de la vida romana (...) Debajo del ropaje con que se aparecen a nosotros estas o las otras instituciones, hay un fondo silencioso y hondo en que se asienta su vida original. Tras el diseño jurídico vibra siempre la creencia social de donde todo arranca (...). Por desgracia, tal fondo suele quedar oculto a nuestra interpretación, sofocada por nociones o categorías obedientes a una juricidad, enajenada del mundo vasto y complejo que es la naturaleza humana», («Derecho romano»).

¿Por qué Roma? ¿Por qué no los etruscos o los cartaginenses? Mi interés por Roma parte de un dato de Isaac Asimov, a propósito de Roma: «Fue la única época en la historia en que todo Occidente civilizado se halló bajo un solo gobierno», (*La república romana*). Una respuesta posible a aquella pregunta, es que los romanos eran expertos creadores de instituciones, (aunque esto sea tal vez una causa). ¿Qué significa crear instituciones? Para Friedrich Nietzsche (sugestivo interprete de los romanos) la respuesta es clara: «Para que haya instituciones tiene que haber una especie de voluntad, de instinto de imperativo que sea antiliberal hasta la maldad; una voluntad de tradición, de responsabilidad para con los siglos futuros, de solidaridad entre cadenas generacionales, futuras y pasadas in infinitum. Si esa voluntad existe se fundan cosas como el Imperium Romanum» («La genealogía de la moral», Alianza - Barcelona, 1992). La palabra clave es responsabilidad con el futuro. Y tal vez sea la mejor medida para distinguir la categoría de los pueblos e individuos: su responsabilidad frente a esa cadena generacional infinita.

Roma conquista por la voluntad, dispone por la política, regula por el derecho. Roma es un arquetipo de potencia. El mismo concepto de «imperium» (concentración de potencia) también es romano probablemente. Tal vez por aquí se puede dar cuenta de su grandeza milenaria, interpretándola y definiéndola por su potencia y a través del concepto de «potencia»: la capacidad de afectar y también la de ser afectado, como lo ha redescubierto una tradición spinozista y nietzscheana sobre el problema del poder, que llega hasta Michel Foucault en el Colegio de Francia.

Roma no solo muestra en su historia una gran capacidad de afectar, sino también de ser afectada por otras culturas, por otros pueblos, (basta que se trate de aumento de poder). Por ejemplo con relación a los griegos, sostiene Michel Velly, que esa influencia consistió en una adaptación consciente de la filosofía griega a las condiciones romanas, que según el produjo «un afinamiento general de la inteligencia» romana.

Los romanos no se hacen problemas y dejan de creer en el santo valor de los mitos del derecho quirritario, a pesar de su famoso respeto por la tradición. En suma, adaptan la filosofía griega a la creación del derecho, declarando la guerra al formalismo y, de cierto modo, al respeto por la tradición, cuando la tradición dejaba de ser saludable. Tampoco se hace problemas de originalidad cuando se trata de algo valioso o útil para ellos.

De ser una pequeña aldea del latium itálico (700 km. 20,000 habitantes en el siglo V antes de Cristo), Roma se extendió por el norte hasta la Gran Bretaña, por el oeste

hasta el océano Atlántico, por el este hasta el Mar Caspio y por el sur hasta el río Nilo. Logro una estabilidad que duró aproximadamente 1,000 años (la «pax romana») y hasta ahora vive en las entrañas de la enorme cantidad de pueblos donde su derecho se ha instalado como propio, en toda la cultura romanizada, de la cual nosotros somos parte. ¿Cómo es posible tanto poder? ¿No es la potencia misma la pregunta, el enigma, el tema de investigación?

La hipótesis es que si la grandeza de Roma es indesligable de su potencia, de su «voluntad de poder», la reflexión sobre el Derecho romano podría empezar por la interpretación del poder mismo. «No se trata de un nuevo principio que pone en cuestión los valores establecidos y propugna un cambio de valores, sino un cambio en el elemento del cual deriva el valor de todos los valores, un nuevo principio o fundamento a partir del cual determinar los valores»: ese principio es el poder que aumenta con la libertad. Este principio es distinto si no opuesto al de los cristianos. Esto produce consecuencias en la comprensión de las perspectivas de valor, algunas extrapolaciones, que aquí tratamos de tener en cuenta y evitar.

Creemos que solo con un examen de los paradigmas éticos o morales y religiosos de los romanos podemos conocerlos y explicar su poder, sin extrapolar nuestras categorías y sentimientos cristianos, que no hacen sino distorsionar las perspectivas. Hay que replantear y dilucidar este viejo choque. «Roma contra Judea, Judea contra Roma».

El papel de lo que llamamos religión es tan decisivo en la vida de los romanos, que casi se les puede entender completamente entendiendo este aspecto de su vida. Sin embargo, esto no es sencillo. En primer lugar, porque la palabra «religión» no es la más adecuada para esclarecer dicho aspecto entre ellos tal vez. Lo cual puede decirse también de ciertas concepciones o prácticas, como el budismo Zen, por ejemplo. ¿Es una religión o más bien una filosofía? ¿O ninguna de ellas? ¿O ambas? Probablemente ninguno de los términos se acomode suficientemente al fenómeno del budismo Zen. Y algo así ocurre con los romanos. ¿En qué sentido se puede decir que los romanos tuvieron «religión?»

André Clerici e Antoine Olivesi (el primero fue alguna vez inspector general de la Educación Nacional en Francia y le segundo profesor de la Universidad de Provenza), tienen un libro que se llama «La república romana» donde se lee lo siguiente: «Todos sus actos están impregnados de religión, una religión que no tiene nada de mística, que busca menos explicar el mundo que favorecer la existencia humana (...) Es por eso que la mentalidad religiosa romana conservara la religión etrusca, pero sobre todo en el dominio de la práctica y del sacerdocio y no en el de la espiritualidad. Además, contra el sentimiento de angustia unificante o unificatriz que evoca claramente la palabra «religión», contra el pesimismo mediterráneo, Roma reaccionara gracias al poder del rito que da seguridad y libera del terror».

Más allá de la angustia y del pesimismo, los romanos buscan aumentar la potencia que produce una seguridad sicología intrínseca, basada en la autovaloración, en la opinión y en el respeto que cada uno tiene de sí mismo.

Y en cuanto a la vigencia o la necesidad del Derecho romano solo hay que recordar a Juan Iglesias cuando afirma que no cabe hablar de crisis del derecho romano porque los estudios sobre ese derecho siempre florecen en todas las latitudes, porque no se han agotado sus esencias y sus posibilidades. En estas posibilidades están los estudios del derecho romano dentro de su contexto cultural, como lo intentamos aquí.

Si Iglesias acierta y si el derecho es, como él dice, un producto del espíritu, y la historia del derecho la historia de una forma de espíritu, el derecho romano no puede morir porque está en nosotros, junto a la filosofía griega y la religión cristiana porque son los pilares de nuestra cultura, de nuestro innegable espíritu católico occidental que tal vez haya que revisar.

El *Ius Fetiale* como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos

Elvira Méndez Chang^{1*}

Para los juristas latinoamericanos, el estudio del antecedente romano resulta indispensable tanto para conocer nuestro Derecho como para la crítica del mismo: Gayo (D.1.2.1) señalaba que se debe ir al inicio para conocer mejor lo que hoy existe. Así, al explorarse algunos planteamientos relativos a un derecho supranacional y soluciones creativas para regular las relaciones entre los pueblos, el *ius fetiale* en Roma resulta sumamente interesante por sus elementos jurídico-religiosos.

A continuación, se buscará presentar los principales aspectos del *ius fetiale*, que cubría una esfera de relaciones de Roma con otros pueblos, para establecer su concepto, fuentes y sujetos. A partir de ello, se comprobará su pertenencia al sistema jurídico romano y su diferencia con el Derecho Internacional Público moderno (1).

1. INTRODUCCIÓN: EL COLEGIO DE LOS FETIALES Y SUS FUNCIONES

El *ius fetiale* se refería a una esfera de actos que cubrían tanto las relaciones de Roma con otros pueblos como las relaciones al interior del *populus Romanus*. La realización de estos actos estaba a cargo de los *fetiales*.

En Roma, los *fetiales* eran sacerdotes, formaban parte de un colegio religioso y estaban presididos por el *paterpatrus*. Sus principales funciones (2) (Cicerón. *De legibus*, 2.9.11 y Varrón, *De lingua latina*, 5.86) (3) eran: ser jueces y mensajeros de acuerdos (*foedera*) de paz y de guerra; ser *publici legati* y *nuntii* (representantes del *populus romanus*) en las relaciones externas de Roma con otros pueblos, tomar determinaciones en relación a la guerra; llevar a cabo el rito de celebración del acuerdo (*foedus*), la *rerum repetitio* (pedido de reparación que precedía la declaración de guerra)

1 * En: *Revista Civil and Commercial Law Review, Pekin, China (1999)*.

y declarar la *bellum iustum piumque* (declaración de guerra). Varrón subraya que los *fetiales* eran llamados así porque estaban encargados de la fe pública (*fides publica*) entre los pueblos. Es importante esta referencia a la *fides* (4) en las relaciones de Roma con otras comunidades, pues no se hace referencia a un ordenamiento basado en acuerdos «internacionales».

La descripción de las funciones de los *fetiales* ha llevado a algunos autores a encontrar un paralelo entre estas y las que hoy realizan los órganos del Estado competentes para las relaciones internacionales, tales como la celebración de tratados (en las que participa el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo) y el planteamiento de reclamos por la violación del Derecho Internacional (5). Sin embargo, la similitud que encuentran entre las funciones de los *fetiales* y los actos regidos por el Derecho Internacional Público no es tal, si se tienen presentes el concepto y alcances del *ius fetiale*.

2. LAS FUENTES DEL IUS FETIALE: LA RELIGIÓN «ROMANA», CUYO VÉRTICE ES JÚPITER.

Al referirnos a los *fetiales*, se ha podido observar que estos eran sacerdotes y que las funciones que realizaban tenían un importante componente religioso. Ello puede generar sorpresa pues, en algunos sectores de la doctrina, se asume que en Roma existió aislamiento entre el derecho y la religión, para efectos de que el primero no «sufría» desmedro en cuanto a su consistencia jurídica (6). Sin embargo, esta posición ha sido rechazada, comprobándose que el sistema jurídico romano no diferenció el aspecto religioso del jurídico, sino que los concibió de manera unitaria (7). De modo que nada impide referirnos al *ius fetiale* y apreciar en él la fusión de los elementos religiosos y jurídicos. El rol de la religión en Roma y su proyección en las relaciones de esta con otros pueblos es un punto de diferencia sustancial con el Derecho Internacional Público, laico y sin carácter supranacional.

2.1. El rechazo a la tesis de la hostilidad natural en el pensamiento jurídico-religioso romano

Un tema importante a considerar es la actitud de Roma ante los pueblos con los que entraba en contacto. En otras palabras, establecer si era o no necesaria la celebración de acuerdos para efectos de establecer reglas aplicables a pueblos e individuos extranjeros.

Theodor Mommsen (8) planteó la teoría de la Hostilidad Natural, la cual fue aceptada por un sector de la doctrina romanista y afirmó que, en la antigüedad, el estado originario y natural de la vida de los pueblos era la guerra. Excepcionalmente, esta hostilidad permanente podía limitarse a través de la celebración de acuerdos (a los que denomina «tratados», utilizando categorías modernas). Como consecuencia de esta teoría, las relaciones entre los pueblos se basaban solo en los acuerdos celebrados entre ellos; no había *a priori* un respeto y defensa de los derechos de los extranjeros.

Sin embargo, la teoría de la hostilidad natural ha contado con detractores (9) que han comprobado, a la luz de las fuentes romanas, que las relaciones de Roma con los pueblos no estuvo fundada solo en la celebración de acuerdos. Es más, hubo numerosos casos en los que la ausencia de acuerdos no limitó el reconocimiento de derechos ni evitó la concesión de atribuciones a pueblos e individuos extranjeros. Por ejemplo, se aplicó el *ius fetiale* a pueblos con los cuales no había un acuerdo previamente contraído (10) en las *repetitiones* contra los etruscos de Veio (Livio,

4.30.1314) en el 427 a. C., en la *repetitio* contra los Falisci (Livio, 7.16.2) en 357 a. C. y en la declaración de guerra contra Antíoco III (Livio, 36.3.7 ss) en 191 a. C. La participación de los *fetiales* en tales actos permite comprobar que, para que se pudiera aplicar el *ius fetiale* a un pueblo extranjero, no era necesarios acuerdos previamente celebrados que daban derechos y deberes a las partes pues, como veremos más adelante, los pueblos eran ya sujetos del *ius fetiale*.

2.2. El *ius fetiale* y la religión romana.

En la medida que el pensamiento jurídico romano no aceptó la teoría de la Hostilidad Natural, las relaciones que Roma establecía con los demás pueblos no estaba regida por normas que emanaran de acuerdos (*foedera*) previamente celebrados. Por consiguiente, el *ius fetiale* no tiene un fundamento contractualista o voluntarista estatal, que sí está presente en los planteamientos de un sector de la doctrina internacionalista.

En primer lugar, se afirma que el *ius fetiale* contiene elementos de naturaleza jurídico-religiosa (11). Esta precisión es importante, pues conlleva, de un lado, a resaltar que en el *ius fetiale* no hay un aislamiento entre el aspecto religioso y el jurídico laico; en el rito de la celebración de los *foedera*, el elemento religioso que se encontraba presente en las normas y actos no era superfluo, sino consustancial a los mismos. Por ello, se afirma que, sin la sanción religiosa de los actos realizados por los *fetiales*, estos no eran válidos ni vinculantes para el pueblo romano ni para los demás pueblos. La participación de los dioses en los actos del *ius fetiale*, como en la celebración de acuerdos (*foedera*), tiene como fundamento la convicción existente en el pensamiento romano que todos los pueblos tenían y respetaban a sus divinidades (12), dado el marcado espíritu religioso de los mismos. Los romanos advirtieron que Júpiter, ubicado en el vértice de la religión romana, tenía sus pares en los dioses de los otros pueblos y, tanto él como las otras divinidades, estaban llamados a castigar a los violadores del juramento, sea al pueblo en su conjunto o a los individuos. Entonces, Júpiter era el dios que vigila el cumplimiento del *ius fetiale* dentro del sistema jurídico romano; pero se reconoce un rol similar a las divinidades locales de los otros pueblos. Asimismo, se unían tanto elementos religiosos como jurídicos, vinculados al tema de la paz (13). La paz también era entendida como una dimensión de las relaciones con todos los dioses, romano y extranjeros y, por ello, es que se habla de la *pax deorum* como el valor supremo en el que se reconoce la norma fundamental del sistema supranacional romano.

Lo anteriormente mencionado subraya la gran permeabilidad en el *ius fetiale* para la participación de divinidades extranjeras. Con el devenir histórico, la expansión romana consolidó el planteamiento por el cual la religión romana no era propia o exclusiva de la *civitas*, sino que pertenecía a una comunidad jurídico-religiosa compartida por otros pueblos, que también se fundaban en Júpiter y la *pax deorum*, superando de este modo las barreras territoriales y de ciudadanía; de modo que Júpiter se ubicaba en el vértice de esta religión y confirmaba su posición de vigilante de todos los actos del *ius fetiale*, dentro de los cuales que se ubican los acuerdos. De allí que las fuentes romanas no establezcan *a priori* una exclusión o limitación a los pueblos e individuos extranjeros a participar en las formas o actos solemnes de naturaleza religiosa, pues su participación está fundada en esta religión común.

En segundo lugar, el *ius fetiale* pertenece al sistema jurídico romano; es decir, es parte del *ius* vigente en Roma. Dado que el *ius fetiale* no surge de un acuerdo «interestatal»,

sus normas no surgen de lo que establezcan los pueblos que se relacionan entre sí. Por consiguiente, su fuente estaba fuera de los acuerdos (*foedera*).

En *De off.* 3.29.108, Cicerón (14) afirmó técnicamente que el *ius fetiale* era un complejo de normas jurídico-religiosas típicamente romanas que se encontraba vigente para los extranjeros (15) (inclusive, aplicable a los *hostes*), tal como se señala en el caso de Atilio Régulo. Esto último abona a favor del rechazo de la teoría de la hostilidad natural, pues son normas entendidas vigentes en los pueblos. Cabe resaltar que la universalidad romana no debe entenderse como mera tolerancia, sino como permeabilidad, pues reconoce la validez de las otras creencias y las incorpora dentro de un sistema. Sobre este punto y como se verá al referirnos al rito de celebración de acuerdos, los pueblos extranjeros juraban por sus propios dioses. De lo anteriormente señalado, podemos afirmar que el *ius fetiale* tiene vocación universal (16) y rige las relaciones de Roma con otros pueblos, considerado por los romanos como virtualmente válido y vigente para todos los pueblos.

Cicerón (*De off.* 3.29.108) también afirma la existencia de *multa communia iura*; es decir, normas comunes vigentes en los diversos pueblos que los romanos conocían. Estos *communia iura* se entendían como *ius gentium* (*De off.* 3.69), donde el *ius civile* (es decir, el conjunto del *ius* de la *civitas* y no el *ius* propio exclusivamente de los ciudadanos) debe tratar de conformarse al *ius gentium*. El *ius civile* se encuentra en parte en los *communia iura*; entonces, en la medida que los *multa communia iura* estaban comprendidos en parte en el *ius civile*, también se encuentran en el *ius fetiale* (17). Por consiguiente, frente a todos los pueblos extranjeros, incluso los enemigos, estaba vigente el *ius fetiale* del *populus romanus*, con validez universal.

Ello lleva a considerar que el *ius fetiale* contenía ciertas normas pertenecientes al *ius gentium*; pero no había una identidad entre *ius fetiale* y *ius gentium*. Gráficamente, ambos se pueden presentar como círculos intersecados, en los que el sector de intersección sería el conjunto de normas que ambos comparten. De allí que se pueda afirmar que el *ius fetiale*, que pertenece al sistema jurídico romano, no cubre todo el complejo aspecto jurídico de las relaciones externas de Roma ni se refiere solo a las relaciones de Roma con los pueblos extranjeros.

El *ius fetiale*, perteneciente al sistema jurídico romano y que incluía en parte los *multa communia iura*, no exigía ni la celebración de acuerdos (*foedera*) ni la reciprocidad para la aplicación de sus normas (18). Por eso, el *ius fetiale* existía sin reconocimiento o consenso del otro pueblo ni dependía de su efectividad. Es decir, la efectividad del *ius fetiale* en los pueblos extranjeros no condicionaba ni limitaba su aplicación, ya que el pensamiento jurídico romano lo colocaba como un derecho supranacional, en la medida que es superior a los ordenamientos internos de los pueblos. De allí que se aplique tanto a los sujetos (*rex, populus, homines*) y al territorio romano como a aquellos fuera de Roma. Esta última afirmación se funda en el carácter supranacional del *ius fetiale*, basado en la religión.

Habiendo establecido que el *ius fetiale* era un conjunto de normas jurídico-religiosas que pertenecían al sistema jurídico romano pero de validez supranacional y universal, debe rechazarse su asimilación con el Derecho Internacional Público.

3. LOS SUJETOS DEL IUS FETIALE: TODOS LOS PUEBLOS (POPULI) Y HOMINES.

Habiendo precisado el concepto y fuentes del *ius fetiale*, se puede establecer cuáles eran sus sujetos.

En primer lugar, debe excluirse que el *ius fetiale* se aplicara a Estados, toda vez que tal concepto no estuvo presente en el pensamiento jurídico antiguo (19). En las fuentes, encontramos mencionados los pueblos como sujetos del *ius fetiale* (Varrón, *De ling. Lat.*, 5.86: «...quod fidei publicae inter populos praeerant...»). Se alude a todos los pueblos, sin establecer limitaciones o exclusiones *a priori* debido al origen, estirpe o tipo organización pues -en la óptica romana- todos participan de un mismo *ius*, del cual también es parte el *ius fetiale*.

No obstante, un sector de la doctrina insiste en restringir la aplicación del *ius fetiales* solo a los pueblos latinos o a los de origen itálico (20), debido a que estos contaban con un colegio sacerdotal similar al de los *fetiales* para realizar actos jurídico-religiosos que permitían el establecimiento de vínculos entre los pueblos. Ellos argumentan que el *ius fetiale* se aplicaba solo a aquellos pueblos que tenían dioses y colegios sacerdotales homologables a las divinidades romanas y a los *fetiales*. Sin embargo, la aplicación del *ius fetiale* al primer tratado de Roma con Cartago (21), a los etruscos de Veio (Livio, 4.30.13-14) y la declaración de guerra contra Antíoco III de Siria (Livio 36.3.7 ss) testimonian claramente a favor de que los sujetos del *ius fetiale* eran todos los pueblos. Asimismo, debemos recordar que, en las fuentes, no hay testimonios que permitan afirmar *a priori* que los actos formales, solemnes, de carácter religioso, solo se producían en el ámbito de la *civitas*; nada impedía que los extranjeros participen en ellos y que estos actos se refieran a divinidades, personas y lugares extranjeros.

Otro tema importante a considerar es que el *ius fetiale*, por su pertenencia al sistema jurídico romano, también se aplicaba al interior de la *civitas*, a los miembros del *populus Romanus*. Livio (4.6.7) (22) narra un episodio ocurrido en la República en el que se hace alusión a un acuerdo (*foedus*) entre patricios y plebeyos (23). En el siglo IV a. C., había surgido una discusión entre patricios y plebeyos debido al planteamiento de elegir un cónsul plebeyo. En la asamblea, se había generado un áspero intercambio entre miembros de ambos grupos; en particular, se trató de justificar la negativa a aceptar la elección de un cónsul plebeyo, fundada en una aparente falta de auspicios de los plebeyos. Los plebeyos respondieron con argumentos religiosos, señalando que los dioses no los «odiaban» como para privarlos de auspicios. Ante la posibilidad planteada por C. Claudia que el patriciado tome las armas y ataque a los tribunos de la plebe, se presentó gran oposición, afirmando la existencia de un acuerdo solemne (*foedus*) contraído con la plebe con ritos y regido por el *ius fetiale*, que debía ser inviolable (24). Por consiguiente, también eran sujetos del *ius fetiale* los miembros del *populus Romanus* (25). En época más reciente, se ha señalado que la constitución de los *municipia* pudo tener origen en un *foedus* (26), lo que corrobora que el *ius fetiale* también era aplicado a grupos en el sistema jurídico romano.

Los *omines* (hombres) eran sujetos del *ius fetiale*. Hemos visto que el *ius fetiale* está referido a los pueblos. Pero la definición de *populus* incidía en el *coetus* (Cicerón, *De republica*, 6.13.13: «*concilia coetusque hominum iure sociati, quae civitates appellantur*»); es decir, el *populus* estaba compuesto por una muchedumbre de hombres. De ahí que los hombres también participaban directamente del *ius fetiale*. Los actos que realizaban los *fetiales* podían ser realizados por los *homines* extranjeros frente a los romanos. Asimismo, los hombres podían realizar individualmente ofensas contra Roma, incluso sin que actúen formalmente a nombre del pueblo al que pertenecen. En las fuentes, encontramos algunos casos en los que, ante una ofensa realizada por un individuo, que caía dentro de la esfera jurídico-religiosa del *ius fetiale*, se produjo la *deditio* (abandono) (27) del mismo: la entrega de un ciudadano hostil a otro pueblo (Livio, 23.10.3-13) y la

entrega de quien cometió un ilícito a la comunidad ofendida (Cicerón, *Caec.* 98; *de orat.* 1.181; D.50.7.17) (28). La causa y justificación de la *deditio* era un ilícito cometido por el *deditus*, que podía ser contra *foedus* o contra *ius gentium*, con lo cual se vuelve al campo de aplicación del *ius fetiale*. El pueblo podía entregar (*deditio*) a quien realizó la ofensa y liberarse de la responsabilidad surgida por el daño causado.

De allí que se pueda concluir que los sujetos del *ius fetiale* eran los pueblos y los hombres, independientemente de la celebración de acuerdos (*foedera*), en base a la naturaleza jurídica-religiosa y supranacional del *ius fetiale*.

4. EL FOEDUS Y SUS EFECTOS RESPECTO A TODO EL POPULUS.

La celebración de acuerdos (*foedera*) que vinculaban en el plano religioso y jurídico a los grupos contrayentes estaba regulada por el *ius fetiale* y era llevado a cabo por los *fetiales*. Algunos tratadistas han entendido estos *foedera* como similares en cuanto a concepto, contenido y efectos a los tratados que celebran los Estados contemporáneamente (29). Sin embargo, su ubicación en el pensamiento jurídico romano permite advertir las diferencias existentes respecto al llamado Derecho de los Tratados.

Es menester hacer algunas precisiones en cuanto al uso del término *foedus* en las fuentes. En general, *foedus* significa acuerdo, sin aludir a una formalidad en particular. Así, Cicerón habla del acuerdo entre los cómplices de Catilina (Cic. *Cat.* 1.33: «*latrones Italiae scelerum foedere inter se ac nefaria societates coniunctos*»); pero no se tomará en cuenta el uso no técnico de *foedus* en estas reflexiones.

Para Ernout-Meillet, *foedus* es el acuerdo público o privado, que designaba un acto que vinculaba por la fe (30). Técnicamente, el *foedus* era un acuerdo formal por el cual el *populus romanus* se comprometía frente a otro grupo, a través de un sacrificio y juramento que se hacía ante los dioses tutelares de los pueblos que lo contraían, el cual adquiría un carácter sagrado e inviolable (*sacrosanctum*). La celebración de un *foedus* implicaba la rigurosa observancia de formalidades preestablecidas, de marcada raíz religiosa, y estaba regido por el *ius fetiale*.

En la república (31), al referirse a la celebración de acuerdos entre Roma y otros pueblos, la doctrina romanista afirma que el derecho de celebrar tratados o declarar la guerra era del pueblo (32); mientras la formalidad y la consagración religiosa de los *foedera* pertenecían al *ius fetiale*. Ello se encuentra comprobado en las fuentes, siendo un claro ejemplo el caso de la *Pax Caudina* (Livio, 9.8.4-10) (33) en el 321 a. C. Mommsen (34) afirmaba que, aunque se dieran los actos formales de conclusión del acuerdo, para que este tenga fuerza jurídica vinculante, requería el consenso implícito o expreso del *populus*. Sin este mandato (*iussum populi*), no podría exigirse al pueblo el cumplimiento de lo acordado pues no se habría expresado el consentimiento necesario para obligarse en el plano jurídico-religioso.

En el caso del rito fecial para la celebración del *foedus*, se advierte en las fuentes que los *fetiales* participaban de conformidad a ese consenso del *populus* y era este el que permitía vincular al pueblo romano por el acuerdo (*foedus*) concluido. Un testimonio sobre la forma de celebración de acuerdos (*foedera*) se encuentra en Livio (1.24.3-9) (35), quien describe el rito de conclusión de un *foedus* entre Roma y Alba, antes de la lucha de los Horacios y Curacios, en el que participaron los *fetiales* de ambas partes, cumpliendo actos de naturaleza jurídico-religiosa. Si bien el episodio de la celebración del *foedus*

entre Roma y Alba pudiera hacer dudar sobre el rito realizado, en cuanto se podría pensar que se trataba de una formalidad excepcional, dada la antigüedad e importancia del acuerdo, el mismo Livio elimina esta duda al señalar claramente que, si bien los términos de un acuerdo pueden diferir de los términos de otro, el procedimiento de celebración empleado es el mismo (Livio, 1.24.3: «*Foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt*»).

Conviene resaltar que el rito se inicia con la interrogación de *fetiales* al rey de Roma, en cuanto a establecer si este ordena («*lubesne me, rex*») celebrar el acuerdo. Esta orden es más que una simple autorización y, al investirlo de la calidad de mensajero y representante del pueblo («*facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium*»), expresa la voluntad del pueblo romano en vincularse a través del *foedus* (ya que este era formalmente un acto jurídico que creaba un *vinculum iuris*). Como hemos visto en Livio, 9.8.5, el derecho se celebrar el acuerdo es del *populus* y el mandato del *rex* expresa la voluntad que surge del pueblo Romano. Esta vinculación se hará efectiva posteriormente con el juramento ante los dioses, lo cual hará al pueblo colectivamente responsable de cualquier incumplimiento o violación del acuerdo. La oralidad era importante en el rito: el acuerdo se concluye al intercambiarse solemnemente pregunta y respuesta, mediante el juramento.

Los elementos religiosos-formales presentes en el rito son significativos (36): se solicita y se toma la hierba sagrada (verbena) y se designa el *páter patratus* quien, a través del juramento, concluirá solemnemente el acuerdo, teniendo presente las fórmulas sagradas que Livio no reproduce en este pasaje («*multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit*»). Pero el momento de mayor importancia y tensión religiosa es aquel en que se pronuncia la invocación al dios Júpiter, cuya «presencia» se solicita para que escuche el juramento («*Audi, Iuppiter*») (37), del mismo modo que se solicita la presencia y participación *páter patratus* de Alba y del pueblo albano («*audi, páter patratus populi Albani, audi tu, populus Albanus*»). A continuación, se hace el sacrificio de un cerdo con un puñal sagrado, lo que vincula definitivamente al pueblo romano frente a Alba y a los dioses de Roma, de los cuales Júpiter es el más importante. Este sacrificio reviste singular importancia toda vez que se señala expresamente que el pueblo romano honrará el acuerdo, bajo pena que una violación del mismo implique, como consecuencias en el campo jurídico-religioso, el castigo de los dioses. El juramento de Roma tiene su contraparte en la invocación y juramento de Alba, a través de sus *fetiales*, con los mismos efectos. Debe tenerse presente que la celebración se lleva a cabo por dos *páters patrati* de pueblos distintos pero con una base religiosa-jurídica común. Todo ello servía para consagrar los juramentos de los representantes de los pueblos ante sus respectivas divinidades quienes se convertían en testigos y garantes del *foedus* y, en caso de violación de los mismos, castigaban al que lo incumplía (38). Por ello, se afirma que el *foedus* era un acto *sacrosanctum* (sacrosanto): el acuerdo es inviolable y su violación implicaba un castigo que alcanzaba colectivamente al pueblo (Livio, 1.24) que se vinculó; es decir, la responsabilidad abarcaba a todos los individuos que formaban parte de ese pueblo. Con el fin de evitar que el castigo se produzca sobre todo el pueblo, el *ius fetiale* admitía, como ya se señaló al referirnos a la *deditio* (Livio 8.39.10-15), que se entregue a quien realizó tal violación del acuerdo o perpetró una ofensa contra el otro pueblo, liberándose así el pueblo de la responsabilidad por el incumplimiento.

El rito fecial para la celebración de acuerdos (*foedera*) ha sido usado desde tiempos remotos y se encuentran referidos en las fuentes desde los primeros años de Roma. Hay relatos de la realización de tales ritos ante el templo de Bellona en tiempos de Augusto

(Cassius Dio, 50.4.4), en su declaratoria de guerra contra Antonio y Cleopatra; con Claudio (Suetonio, Claudius, 25.5); y también con Marco Aurelio (178 d.C.), en la guerra contra los Marcomanni (Cassius Dio, 72.33.2) (39).

Lo anteriormente señalado lleva a establecer que, en materia de *foedus*, el pueblo romano contraía un acuerdo definitivo frente a otro pueblo cuando los *fetiales* lo concluían y consagraban oficialmente con el rito solemne, contando con el mandato del pueblo romano (*iussum populi*) (40). La conclusión de un *foedus* cumplía con la formalidad religiosa (que no es particularidad de Roma) (41), subrayando la visión romana que conjugaba la religión y el Derecho, con lo que se reafirma el carácter jurídico-religioso, supranacional y universal del *ius fetiale*.

5. LA SPONSIO Y SUS EFECTOS PERSONALES RESPECTO A QUIEN LA CONTRAE

En el sistema jurídico romano, además de los *foedera*, había otras formas de establecer acuerdos entre pueblos. En la doctrina, la *sponsio* es una de las figuras con la que suele ser comparado el *foedus*.

En la República, se dieron numerosas campañas militares en las que se permitían a los comandantes llevar a cabo negociaciones con los pueblos extranjeros que daban lugar a acuerdos. Estos comandantes militares solían ser magistrados o legados del senado de Roma, quienes negociaban con los jefes o comandantes de otros pueblos y concluían acuerdos con miras a vincular al *populus Romanus*; este tipo de acuerdo se denominaba *sponsio*.

Según Magdelain (42), las raíces griegas e hititas de *spondeo* (de donde proviene *sponsio*) designan el rito de la libación, accesorio a un sacrificio. En Roma, la *sponsio* consistía en la pronunciación de cierta fórmula religiosa o juramento ante los dioses, que implicaba preguntas y respuestas, con la que se contraía una obligación (43). Generalmente, había un sacrificio y *precatio* (fórmula por la cual quien viola el acuerdo es dejado para que lo castiguen los dioses que son guardianes del acuerdo) (44) con la que se concluía el acuerdo (Virgilio, *Aened.* 9.296).

Esta práctica de negociación y de conclusión de acuerdos entre pueblos, sometida a formas solemnes y con la protección y vigilancia de los dioses, contenía los elementos jurídico-religiosos que hemos observado en el *foedus*. Pero, en la *sponsio*, no había la participación de los *fetiales* ni se hacía uso del rito fecial; el juramento era personal y vinculaba a quien lo pronunciaba (45), no al pueblo romano.

La celebración de la *sponsio* por el comandante estuvo promovida por la necesidad de soluciones pragmáticas y rápidas cuando, en situaciones particulares, era menester llegar a un acuerdo y era difícil contar efectivamente con el mandato del pueblo romano. Sin embargo, la *sponsio* tenía como problema principal que, debido a la celeridad de la actuación de quienes la celebraban y, no al no actuar los comandantes con el mandato del pueblo, no vinculaba automáticamente al *populus*. Para que le sea obligatoria, debía contarse luego con el consentimiento del *populus* en obligarse por dicho acuerdo. De este modo, en el pensamiento jurídico romano, no se desconoció el derecho del *populus Romanus* a expresar su voluntad de vincularse por tales acuerdos (*iussum populi*), lo cual ya fue claramente señalado por Livio (9.8.5). Por consiguiente, el magistrado o legado que, en su calidad de comandante militar, celebraba un acuerdo a nombre de Roma con un pueblo extranjero, salvo que tenga el mandato del *populus romanus*, era considerado

personalmente responsable de la *sponsio* concluida. En la medida que la *sponsio* no obligaba al *populus* sino vinculaba solo personalmente a quien la realizaba, se afirma que la finalidad de su celebración era prometer que el *populus* expresaría su consentimiento en obligarse o celebraría un *foedus* (46). Garantizar este resultado excedía la posibilidad de decisión del comandante militar ya que, como se ha señalado reiteradamente, es necesario el mandato del *populus romanus*. Por ello, en caso de no lograrse que el *populus* se vincule, el incumplimiento del acuerdo recaía íntegra y personalmente en quien realizó el juramento. El pueblo, para evitar cualquier responsabilidad en caso de pretender defender a quien celebró la *sponsio*, lo entregaba al pueblo ofendido (*deditio*) para que asuma las consecuencias del incumplimiento de su juramento.

Un ejemplo de la *sponsio* de un magistrado y sus efectos ha sido relatado por Livio (9.8-10), al referirse al caso de la *Pax Caudina* (321 a. C.): debido a una maniobra de los Samnitas, el ejército romano se encontró atrapado en un desfiladero en una lamentable situación, donde se corría el riesgo que todos murieran aniquilados por el enemigo. Los cónsules, tratando de evitar una masacre, celebraron una *sponsio* que deshonraba al pueblo romano. Los Samnitas estimaron que este acuerdo era vinculante para Roma pero no así el *populus romanus*, pues los cónsules habían actuado sin mandato (*iussum populi*) y esto genera una responsabilidad personal (Livio, 9.8.4-10) (47), que dio lugar a un castigo efectivo en ellos mismos (*corpora nostra*) con su *deditio*, liberando al *populus romanus* de cualquier obstáculo para la reanudación de la guerra y para la celebración de un *foedus*, de conformidad con el *ius fetiale*. Un caso similar se dio con la Paz Numantina (48). El cónsul C. Hostilio Mancino, tras el asedio de Numancia, fue derrotado y celebró una *sponsio* paz con Numancia, considerada infamante. El senado no consideró válido este acuerdo y lo dio como *deditus* a los enemigos; como no lo quisieron recibir, regresó a Roma (D.50.7.17; Aulio Gelio, 6.9.12). También se tiene la referencia del caso del acuerdo con Cádiz (*foedus Gaditanorum*) al cual hace referencia Cicerón (*Pro Balbo*, 15: «...*quod publica religione sanciri potuit, id abest, populus enim se nusquam obligavit.*»), en el que se reitera el derecho del *populus* de expresar su voluntad para ser obligado por el acuerdo. Así, la *sponsio* no obligaba al *populus Romanus* cuando que quien la celebraba no contaba con el mandato del pueblo.

Tras habernos referido a la *sponsio* y los efectos personales en quien la realiza, podemos encontrar semejanzas y diferencias entre el *foedus* y la *sponsio*. Como semejanzas, tenemos:

- 70 Ambos son tipos de acuerdos que se pueden celebrar entre pueblos.
- 71 Implican preguntas y respuestas que se dan según formas solemnes, de naturaleza jurídico-religiosa.

Las diferencias que se encuentran entre ellos son:

- 72 En cuanto a la causa, el *foedus* requería el *iussum populi*; en la *sponsio*, bastaba la voluntad del comandante militar.
- 73 En cuanto a la forma de celebración, el *foedus* contaba con la ceremonia solemne del rito fecial y la participación de los fetiales; en la *sponsio*, bastaba cumplir las formas religiosas y el juramento respectivo del comandante militar, sin que sea necesaria la participación de los fetiales. La *precatio* en estos supuestos era distinta tanto en la naturaleza como en sus fines. En cuanto a la suscripción del acuerdo en sí mismo, en el *foedus* lo realizaban los dos fetiales que participaban en la ceremonia; en la

sponsio, la suscribían todos los sponsors, quienes solían ser numerosos y debían garantizar personalmente el cumplimiento de lo acordado.

- 74 En cuanto a sus efectos jurídicos, el foedus obligaba a todo el pueblo, propugnaba la «pia et aeterna pax»; en la sponsio, el vínculo es personal, pues no se obliga al populus. Mientras el foedus vincula al pueblo en su conjunto, en la medida que el rito de celebración implica iniciar con el otorgamiento del mandato del pueblo (iussu populi) a los fetiales, la sponsio se produce sin necesidad de que se cuente con el mandato del populus, por lo cual sus efectos se dan personalmente en quien la realiza.

A partir de las semejanzas y diferencias anteriormente presentadas, se puede afirmar que el foedus y la sponsio eran dos formas distintas por las cuales se podía celebrar un acuerdo que podía generar efectos para el pueblo romano.

En relación a la sponsio, hay otro tema que es necesario precisar qué implica su pertenencia al *ius civile* y su aplicación a los acuerdos entre pueblos. En doctrina(49), se ha planteado que, en la medida que la sponsio era del *ius civile* y era exclusiva de los *cives* romanos, se producía al interior de la *civitas* y se diferenciaba de una figura excepcional: la sponsio «internacional», que celebraban los caudillos militares y vinculaba a los pueblos.

La discusión surge a partir de las Instituciones de Gayo, quien presenta a la sponsio como una institución de *ius civile* (Gai., 3.93) (50); luego, el mismo Gayo (Gai., 3.94) (51) se refiere al caso de la sponsio del imperator y/o princeps peregrinos, cuando se hace la interrogación que implica una fórmula de paz.

En primer término, se debe tener presente que este texto gayano fue redactado durante el imperio y presenta una práctica que se hace más frecuente este período: que el princeps negocie y celebre acuerdos (52), ya que el populus lo ha investido del poder para actuar en su nombre, quien a su vez era considerado uno de los fetiales que celebraba el rito de celebración de los tratados (53).

En segundo lugar, aparentemente se ha perdido de vista la unidad que existía en el sistema jurídico-religioso romano, al cual pertenecía el *ius fetiale* y en el que participaban todos los pueblos, incluido el *populus Romanus*. Si tenemos presente el contenido jurídico religioso que tenía la sponsio y recordamos que no había una exclusión de los pueblos extranjeros y de los individuos no romanos para actuar en esta esfera, veremos que antiguamente no se trataba de una excepción, sino de la aplicación de las normas propias de este derecho supranacional (54). Lo que sucede es que el contexto varió en el imperio, se estableció el Cristianismo y todo ello llevó a desligar instituciones de naturaleza jurídico-religiosa de sus raíces, con la consecuente aparente «excepcionalidad» de su empleo.

En general, la forma de la sponsio celebrada con miras a vincular pueblos no es sustancialmente distinta de la adoptada entre ciudadanos romano; si bien Gayo la ubica dentro del *ius civile*, es también una institución de *ius gentium*, que puede ser aplicada a pueblos e individuos extranjeros.

Al afirmar que la sponsio pertenecía al *ius gentium*, resulta más clara que no se trataba de un uso excepcional el referido por Gayo. Por el contrario, en atención que el *ius* incluía los *multa iura communia*, vemos que la sponsio se encontraba dentro del sistema jurídico romano y dentro del *ius fetiale* que, como ya se analizó en el texto de Cicerón (*De off.* 3.29.108), también incluye normas de los *iura communia*. Por

consiguiente, en cuanto a la formalidad, juramento y efectos que ingresan en una esfera de naturaleza jurídico-religiosa del *ius*, podemos decir que la *sponsio* también estaba regida por el *ius fetiale*. No obstante, debe recordarse que la *sponsio* necesita que el *populus* quiera vincularse para que resulte obligatoria pues, de lo contrario, solo acarrea la responsabilidad personal de quien la celebra. De este modo, no hay contradicción entre la opinión de Livio, 9.10.10 y *Gai.* 3.94.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En Roma, el derecho aplicable a las relaciones entre los pueblos y a los individuos no ciudadanos no surgió de los acuerdos previamente celebrados pero estaba dentro del sistema jurídico romano.

El *ius fetiale*, con su fundamento religioso, se proyectaba más allá de las fronteras del territorio romano y abrazaba una esfera jurídico-religiosa en la que se reconocían los ritos, lugares y divinidades extranjeras; por ello, fue considerado supranacional, teniendo a Júpiter, supremo vigilante de los acuerdos y del cumplimiento del *ius fetiale*, vértice de la religión. Este derecho supranacional, a partir de la interpretación de Cicerón (*De off.* 3.29.108), se coloca en una esfera que abarca una parte de los *multa iura communia* (que técnicamente constituyen el *ius gentium* en ese período) y otra parte es referida a las normas propiamente de la ciudad. A partir de las normas comunes (*multa iura communia*), el *ius fetiale* es exigible a todos los pueblos pues alude a aquello que no es privativo de cada ciudad, sino que es común a todos en cuanto a las relaciones entre los pueblos y en el tratamiento de los extranjeros. Ello se plasma en lo referido a la celebración de los *foedera*, a la *sponsio* y sus efectos, así como a la *deditio*, entre otros.

Por consiguiente, se puede afirmar que el derecho aplicable a las relaciones entre los pueblos y a los individuos no tenía una base contractualista o voluntaria en el *ius fetiale*, no pudiendo ser entendido como similar al Derecho Internacional Público contemporáneo.

Notas:

- 1 Se afirma que Hugo Grocio, al conceptualizar y sistematizar dogmáticamente el Derecho Internacional, tuvo presente las fuentes romanas relativas al *ius fetiale*, depurado de sus aspectos religiosos. CERAMI, Pietro. *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*. Torino: Giappichelli, 1987. p. 44
- 2 Sobre las funciones de los *fetiales*, véase: Ibíd., p. 38; WILLEMS, P. *Le droit public romain*. 7a. ed. Louvain: Imprimerie-Librairie Charles Peeters, 1910. p. 343; BONGERT, Ivonne. «*Recherches sur la recipitatio internationale*.» En: *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, 1953. vol. 2, p. 325
- 3 Cicerón. *De legibus*, 2.9.11: «*Foederum pacis belli indotiarum oratorum fetiales iudices nontii sunt; bella disceptant.*» Varrón, *De lingua latina*, 5.86: «*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praerant, nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum, et inde desitum, ut f<0>edere fides pacis constitueretur. Ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent, et per hos etiam nunc fit foedus, quod fidus Ennius scribit dictum.*»
- 4 De Visscher afirma que «...Fides est un numen...a...son siège consacré dans la main droite...» (Livio 1.21.4). DE VISSCHER, Fernand. «*Pactes et Religio*.» En: *Études de Droit Romain Public et Privé*. 3a. serie. Milano: Giuffrè, 1966. p. 415. Calderone le da dos

- valores semánticos: garantía (dada), valor activo; confianza (inspirada), valor pasivo. CALDERONE. *Pistis-Fides. Ricerche di storia e di diritto internazionale nell'antichità*. (Roma: 1964). Messina: Università degli Studi di Messina, s/a. p. 110
- 5 Sobre el carácter «internacional» de las funciones realizadas por los *fetiales*, véase: BONGERT, Ivonne, op. cit., vol. 2, p. 325; FERRARI, Gennaro. «*Fetialis*.» En: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1957. Tomo VII, p. 255; RICH, J. W. *Declaring War in the Roman Republic in the Period of Transmarine Expansion*. Bruxelles: Latomus, 1976. (Revue d'Études Latines, vol. 149). p. 58
 - 6 En el siglo XIX, la doctrina dividía las relaciones de naturaleza religiosa (FUSINATO, Guido. *Dei feziali e del diritto feziale. Contributo all storia del diritto pubblico esterno di Roma*. Roma: Salviucci, 1884. 142 p.) de las relaciones jurídicas (BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei Romani*. Modena: Archivio Giuridico «Filippo Serafini», 1898. 158 p.).
 - 7 Coincidimos con Catalano cuando afirma que el pensamiento romano elaboró dentro de un sistema unitario los conceptos jurídicos y religiosos juntos (*ius, mos, religio, populus, patres, dii*, etc.). En: COMITATO CATTOLICO DOCENTI UNIVERSITARI. *La Pace come dimensione dello spirito*. (Atti del Convegno di studio tenutosi a Roma nei giorni 26 e 27 maggio 1967). Bologna: Società Editrice il Mulino, s/a. p. 160
 - 8 MOMMSEN, Teodoro. *Disegno del Diritto Pubblico Romano*. Traduzione di Pietro Bonfante, a cura di Vincenzo Arangio-Ruiz. Ristampa anastatica della seconda edizione (Milano, 1943). Milano: CELUC, 1973. p. 346; también MOMMSEN Théodore. *Le Droit Public Romain*. Traducido del alemán por Paul Frédéric Girard. París: Ernest Thorin, 1889. Tomo 6, Vol. 2, p. 215-216. Afirma que no hay paz sin pacto: FUSINATO, Guido, op. cit., p. 8. Para Ilari, la teoría de la hostilidad natural llega a un planteamiento extremo con Täubler, quien afirma que la prisión de guerra y la sumisión del vencido por un pacto (*deditio*) era el origen de las relaciones internacionales. ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale. Diritto Romano*.» En: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, 1992, vol. XLIV, p. 1335. Por su parte, Frezza refuta la teoría de Mommsem de hostilidad natural pero acepta la tesis del mismo sobre la carencia de calificación jurídica del extranjero («posición neutra»): FREZZA, Paolo. «*Ius Gentium*.» En: *RIDA (Revue Internationale des droits de l'antiquité)*, 2(1949), p. 259-308. Sobre la teoría de la hostilidad natural, véase los comentarios en: ARIAS, José. *Manual de Derecho Romano*. 2ª ed. Buenos Aires: Kraft, 1949. p. 162; COULANGES, Fustel de, op. cit., p. 173; HUVELIN, Paul. *Études d'histoire du droit commercial Romain*. (Histoire externe - Droit Maritime). Publicado después de la muerte del autor por Henri Levy -Bruhl. París: SIREY, 1929. p. 7-8; LÉVY -BRUHL, Henri. «La condition du Romain à l'étranger». En: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Bologna e Roma 17 - 27 abril 1933). Pavia: Istituto di Studi Romani, 1935. Vol. 2 (Roma), p. 471-493; KASER, Max. *Storia del Diritto Romano*. Traducción de Remo Martini de la 2ª ed. (1967) del *Romische Rechtsgeschichte*. Milano: Cisalpino - Goliardica, 1977. p. 139-140
 - 9 La fundamentación y desarrollo de los planteamientos que refutan la teoría de la Hostilidad Natural pueden ser profundizados consultando la siguiente bibliografía: CATALANO, Pierangelo. *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli, 1965. p. 15; CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino: Giappichelli, 1974. p. 141 y en su intervención en COMITATO CATTOLICO DOCENTI UNIVERSITARI, op. cit., p. 159; BIERZANEK, Remigiusz, «*Quelque remarques sur le statut juridique de étrangers à Rome*.» En: *IVRA* (Rivista Internazionale di Diritto

- Romano e Antico), Nº 13 (1962), p. 89-109; BELLO, Andrés. «*Derecho Romano*». En: Obras completas de Andrés Bello - Comisión. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p. 259; DE MARTINO, Francesco. Storia della Costituzione Romana. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1973. vol. II, p. 39 y ss.; GROSSO, Giuseppe. Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967. p. 62 y ss.; ILARI, Virgilio. L'interpretazione storica del diritto di guerra romano tra tradizione romanística e Giusnaturalismo. Milano: Giuffrè, 1981; IMBERT, Jean; SAUTEL, Gerard et BOULET-SAUTEL, Marguerite. Histoire des institutions et des faits sociaux (Des origines au X siècle). Collection dirigée par Maurice Duverger. Paris: Presses Universitaires de France, 1947; SINI, Francesco. Bellum nefandum. Virgilio e il problema del «diritto internazionale antico». Sassari: Librería Dessì Editrice, 1991. p. 34. También: CRIFÓ, Giuliano. «*Recensione a Dieter Nörr: Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*». En: Studia et Documenta Historiae et Juris. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, vol. LVII, 1991, p. 522; MÉNDEZ CHANG, Elvira. BASES ROMANISTAS PARA LA IGUALDAD DE TRATO DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO (PERSONA NATURAL) EN EL PERU. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995. p. 65-69
- 10 CATALANO, Pierangelo. Linee..., op. cit., p. 17; CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano. Torino: Giappichelli, 1990. p. 18-20
- 11 Existen tratadistas que no lo consideran «verdaderamente» jurídico; véase las referencias, comentarios y bibliografía en: CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone..., op. cit., p. 32-33. Por su parte, Crifò admite el elemento religioso en caso de «violaciones al Derecho Internacional»: CRIFÓ, Giuliano, op. cit., p. 522
- 12 Citando a Taube, Paradisi afirma que en el antiguo oriente, los tratados encontraban la razón de su validez en un común fundamento jurídico, un principio superior religioso, siendo representado por los dioses de las partes: PARADISI, Bruno. «*Pace e Impero alla fine del mondo antico*». En: Civitas Máxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale. Firenze: Leo Olschki, 1974. Tomo 1, p. 218 y PARADISI, Bruno. «*Studi e opinioni recenti sulla storia del diritto internazionale*». En: Civitas Maxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale. Firenze: Leo Olschki, 1974. Tomo 2, p. 562; en esa línea: BONGERT, Ivonne, op. cit., vol. 2, p. 325. Sobre formalismo y religión, véase: FREZZA, Paolo. «*A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale*». En: Studia et Documenta Historiae et Juris. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, vol. LVII, 1991, p. 299
- 13 PUGLIESE, Giovanni. «*Appunti sulla <<deditio>> dell'accusato di illeciti internazionali*». En: Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (RISG). Milano: Giuffrè, Serie III, Año XXVIII (de la fundación, Año LXXXI), 1974, vol. 18 (de la entera colección, vol. CI), p. 20; SINI, Francesco. Bellum nefandum. Virgilio e il problema del «diritto internazionale antico». Sassari: Librería Dessì Editrice, 1991. p. 26-27
- 14 Cicerón, *De off.* 3.29.108: «*Regulus vero non debuit condiciones pactionesque bellicas et hostiles perturbare periurio. Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia. Quod ni ita esset, numquam claros viros senatus vinctos hostibus dedidisset.*»

- 15 CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone..., op. cit., p. 7-8; 42-43; también CATALANO, Pierangelo. Linee..., op. cit., p. 5; 41-42
- 16 CERAMI, Pietro, op. cit., p. 38. Por el contrario, Según Ilari, la interpretación histórica del *ius fetiale* era típicamente romana pero opina que no tuvo la validez universal o supranacional que Catalano le da a partir de Cicerón, *De off.* 3.29.108: ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1336-1337
- 17 CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone..., op. cit., p. 7-8; 42-43; también CATALANO, Pierangelo. Linee..., op. cit., p. 5; 41-42. Por el contrario, Ilari opina que el *ius fetiale* no cubre todo el complejo aspecto jurídico de las relaciones externas de Roma y que es distinto al *ius gentium* pues Cicerón (*De off.* 3.29.108) distinguió *ius fetiale* de los *multa iura communia*. ILARI, Virgilio. L'interpretazione storica del diritto de guerra romano fra tradizione romanista e giusnaturalismo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 10
- 18 Un caso en el cual no se exigió la reciprocidad para realizar negociaciones entre los pueblos fue cuando Escipión Africano respetó los embajadores cartagineses aunque en Cartago no habían sido respetados los embajadores romanos (Polibio, 15.4). Por ello, discrepamos de la posición de Watson, quien afirma originariamente era necesaria la reciprocidad para la actuación de los *fetiales*: WATSON, Alan. International Law in Archaic Rome - War and Religion. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1993. p. 7
- 19 No obstante, existen autores que insisten en hablar de los Estados como sujetos del *ius fetiale*: BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 77; FABBRINI, Fabrizio. L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale. Milano: Giuffrè, 1974. p. 122; RICH, J. W., op. cit., p. 58. Afirmer la existencia de Estados en el mundo antiguo desconoce el contexto histórico y la inexistencia de una personalidad jurídica atribuida al pueblo, por encima de sus integrantes. Para una fundamentación de la falta de una idea de Estado en el pensamiento jurídico romano, véase: CATALANO, Pierangelo. Populus Romanus Quirites. Torino: Giappichelli, 1974.
- 20 Restringen la aplicación del *ius fetiale* a los pueblos latinos: FERRARI, Gennaro, op. cit., p. 255; PARADISI, Bruno. «*Due aspetti...*», op. cit., Tomo 1, p. 150-152; p. 167-169. En esta misma línea, Watson argumenta que los fetiales pertenecían a la unidad latina, que se expresaba en la presencia de divinidades como Júpiter Feretrius (cerca de Alba Longa), Diana Nemorensis (del Lago de Nemi) y Venus de Lavinium. Magdelain señala que era aplicable solo a los pueblos itálicos: MAGDELAIN, André, op. cit., p. 13
- 21 Se estima que el primer tratado de Roma con Cartago se celebró el 509 a. C. Al respecto, véase: CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi. «*In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine*.» En: Studi in onore di Edoardo Volterra. Milano: Giuffrè, 1971. vol. V, p. 171-189. Por su parte, Masi también hace referencia a la celebración de *foedera* entre Roma y pueblos que se encontraban fuera de Italia. MASI, Antonio. «*Foedus*.» En: Novissimo Digesto Italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1957. Tomo VII, p. 420-421
- 22 Livio, 4.6.7: «*C. Claudii sententia consules armabat in tribunos; Quinctiorum, Cincinnatique et Capitolini, sententiae abhorrebant a caede violandisque quos foedere icto cum plebe sacrosanctos accepissent.*»
- 23 Estamos en desacuerdo con Franklin y Serafini, quienes señalan que, en ese momento histórico, los patricios consideraban a los plebeyos como extranjeros y,

- por consiguiente, sin derechos. Sea que se coloque este argumento al inicio de la ciudad, este planteamiento resulta anacrónico frente a la situación planteada por Livio, 4.6.7 en la República. Véase: FRANKLIN, Mitchell. «*The conflicting significance of Hegel and Savigny in the development of a romanist theory of Private International Law.*» En: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Torino: Giappichelli, 1968. Tomo 2, p. 425; SERAFINI, Enrico. *Il Diritto Pubblico Romano*. Pisa: Tipografía-Editrice del Cav. F. Mariotti, 1896. Vol. 1, p. 396
- 24 Posteriormente, Livio (7.6.11) afirmará, en este contexto de lucha patricio-plebeya, que los *iura gentium* se turbaron al manipularse las reglas que los dioses daban sobre las elecciones.
- 25 En la Compilación Justiniana (I.1.2.4), se precisa que el *populus Romanus* comprendía tanto patricios como plebeyos.
- 26 Esta opinión de De Martino es referida por MASI, Antonio, op. cit., p. 421
- 27 Teniendo en cuenta la fórmula que pronuncia el fecial a Júpiter (Livio, 1.32.7: «*Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me numquam siris esse*»), Pugliese afirma que *dedere*, *deditio* tienen un amplio significado pues podía referirse a una persona e, incluso, a una *res*. Véase: PUGLIESE, Giovanni. «*Appunti sulla <<deditio>>...*», op. cit., p. 6. Sobre la naturaleza y efectos de la *deditio*, véase: CRIFÓ, Giuliano, op. cit., p. 519; DE VISSCHER, Fernand. «*Affaire des Corches Caudinas et la 'deditio' du droit des gens.*» En: *Studi in onore di Salvatore Riccobono*. Palermo: Arte Granice G. Castalia, 1936. Vol. 2, p. 14
- 28 Un análisis de diversos supuestos de *deditio* lo encontramos en: PUGLIESE, Giovanni. «*Appunti sulla <<deditio>>...*», op. cit., p. 7
- 29 «*Il foedus romano è sostanzialmente identico al trattato moderno e como il moderno ha lo stesso scopo*»: BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 152. Panebianco, al aludir a las colecciones de tratados, señala que la formación del sistema «europeo» de tratados entre Estados tras la caída del Imperio Romano sucedió al sistema «mediterráneo» de «tratados antiguos». PANEBIANCO, Massimo. «*Trattato internazionale. B) Diritto Intermedio.*» En: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, 1992, vol. XLIV, p. 1353. También hay discusión en la doctrina sobre las clases de «tratados» que se celebraban por el *populus Romanus*. Mommsen sostuvo que el *foedus*, regulado por el *ius fetiale*, era un tipo particular de tratado, que existía junto con otros tipos (*amicitia*, *societas*, *indutiae*, *hospitium*). Véase: ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1335. En esta misma línea, SERAFINI, Enrico, op. cit., Vol. 1, p. 419-421; HELLEGOUARC'H, J. *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*. Paris: Les Belles Lettres, 1963. p. 49
- 30 ERNOUT, A. Y MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*. 4ème. édition revue, corrigée et augmentée d'un Index. Paris: Librairie C. Klincksiek, 1959. p. 243; también MAGDELAIN, André, op. cit., p. 5. Hay consenso en que el sustantivo *foedus* se encuentra en relación con *fides*; véase: pero solo externa, de forma. HELLEGOUARC'H, J., op. cit., p. 38
- 31 Masi presenta las diversas posiciones sobre quién tenía el derecho para celebrar acuerdos en Roma. Si bien se admite que inicialmente este derecho correspondía al *rex* y que luego pasó al senado concurrentemente con el magistrado supremo, el principio «*iniussu populi foedus fieri non posse*» (Livio, 9.5.1) ya se afirmó a partir del

- 321 a. C. con la *pax Caudina*. Véase: MASI, Antonio, op. cit., p. 420-421
- 32 ABBOTT, Frank Frost. *A History and description of Roman political institutions*. 3a. de. New York: Biblo and Tammen, 1963. p. 179; BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 52; BRYCE, James. «*The nature of sovereignty*.» En: *Studies in History and Jurisprudence*. Reprint of the Edition Oxford 1901. Aalen: Scientia Verlag, 1980. vol. 2, p. 75; DE VISSCHER, Fernand. «*L'affaire des Fourches Caudines...*», op. cit., Vol. 2, p. 17; MAGDELAIN, André, op. cit., p. 7; MOMMSEN, Teodoro. *Disegno...*, op. cit., p. 348; SERAFINI, Enrico, op. cit., Vol. 1, p. 426
- 33 Livio, 9.8.5: «*...qua tamen, quando iussu populi facta est, non tenetur populus Romanus, nec quicquam ex ea praeterquam corpora nostra debentur Samnitibus.*»
- 34 MOMMSEN, Teodoro. *Disegno...*, op. cit., p. 348.
- 35 Livio, 1.24.3-4-7-8: «3. *Priusquam dimicarent, foedus ictum inter Romanos et Albanos est his legibus, ut cuiusque populi cives eo certamine vicissent, is alteri populo cum bona pace imperitaret. Foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. 4. Tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est. (...) 7. Legibus deinde recitatis «Audi,» inquit, «Iuppiter, audi, pater patrate populi Albani, audi tu, populus Albanus. Ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. 8. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum tu ille Diespiter populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito quanto magis potes pollesque.*»
- 36 BUCKLAND, W. W. «*Ritual acts and words in Roman Law.*» En: *Festschrift Paul Koschaker*. Weimar: Verlag Hermann Böhlaus Nachf., 1939. Vol. 1, p. 16; LONIS, Raoul. *Les usages de la guerre entre grecs et barbares*. Paris: 1969. (Annales Littéraires de l'Université de Besançon, vol. 104). p. 132
- 37 Por lo cual, Ilari afirma que la promesa es hecha a Júpiter, no respecto al otro contrayente, teniendo como fundamento la *fides romana* (Livio, 6.29.2): ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1338-1339
- 38 La invocación y juramento a los dioses en la celebración de acuerdos en la antigüedad no es privativo de Roma; Egger señala que en los tratados antiguos de la Liga Anfictiónica tenían como «vengadores» a los dioses Apolo, Artemisa, Latona y Atenea del Pronaos. EGGER, E. *Études historiques sur les traités publics chez les grecs et chez les romains*. 9a. ed. Paris: A. Durand, Libraire-Éditeur, 1866. p. 22-23. Refiriéndose a Roma, véase: BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 51; FERRARI, Gennaro, op. cit., p. 255; LONIS, Raoul, op. cit., p. 127; MASI, Antonio, op. cit., p. 421; PUGLIESE, Giovanni. «*Appunti sulla <<deditio>>...*», op. cit., p. 20. Comentando la plegaria fecial de Livio, 1.32.10, Watson dice que los dioses no eran llamados a ser testigos o a castigar al ofensor sino a ser jueces: *ego vos testor*. Al respecto, véase: WATSON, Alan, op. cit., p. 10-11
- 39 Para Masi, en la época de Varrón, los *foedera* se concluían por los *fetiales* (Varrón, *De ling. lat.* 5.86: «*per hos etiam nunc fit foedus, quod fides Ennius scribit dictum*»): MASI, Antonio, op. cit., p. 421. Pero la escasez de referencia en las fuentes a ritos feciales realizados en época imperial corrobora, para Watson, el carácter obsoleto de tales ritos. WATSON, Alan, op. cit., p. 59

- 40 ABBOTT, Frank Frost, op. cit., p. 235; BAVIERA, Giovanni, op. cit., p. 52; BRYCE, James. «*The nature...*», op. cit., vol. 2, p. 75; DE VISSCHER, Fernand. «*L'affaire des Fourches Caudines...*», op. cit., Vol. 2, p. 17; MAGDELAIN, André, op. cit., p. 7; MOMMSEN, Teodoro. Disegno..., op. cit., p. 348; SERAFINI, Enrico, op. cit., Vol. 1, p. 426
- 41 BUCKLAND, W. W., op. cit, Vol. 1, p. 16; PARADISI, Bruno. «*Studi e opinioni recenti sulla storia del diritto internazionale*» En: Civitas Maxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale. Firenze: Leo Olschki, 1974. Tomo 2, p. 562
- 42 MAGDELAIN, André, op. cit., p. 82
- 43 Comentando *Gai*. 3.92-93, Buckland afirma que la *sponsio* es un diálogo ritual. BUCKLAND, W. W., op. cit., Vol. 1, p. 25; LONIS, Raoul, op. cit., p. 132
- 44 Magdelain fundamenta su interpretación de la formalidad de la *sponsio* en base a la moneda sobre *Pax Caudina* del 125 a. C. Véase: MAGDELAIN, André, op. cit., p. 80; también están de acuerdo con el empleo de un diálogo ritual: BUCKLAND, W. W., op. cit., Vol. 1, p. 25; HUVELIN, Paul, op. cit., p. 291.
- 45 MAGDELAIN, André, op. cit., p. 54; 83-84; WATSON, Alan, op. cit., p. 35; también ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 13
- 46 Para que la *sponsio* sea obligatoria para el *populus*, era necesaria la celebración de un *foedus* con el rito fecial, o la ratificación expresa o tácita del contenido de la *sponsio*. Véase: FUSINATO, Guido, op. cit., p. 102
- 47 Livio, 9.8.5-6: «5. *qua tamen, quando iussu populi facta est, non tenetus populus Romanus, nec quicquam ex ea praeterquam corpora nostra debentur Samnitibus. 6. Dedamur per fetiales nudi vinctique; exsolvamus religione populum, si qua obligavimus, ne quid divini humanive obstat quo minus iustum piumque de integro ineatur bellum.*»
- 48 MAGDELAIN, André, op. cit., p. 5; PUGLIESE, Giovanni. «*Appunti sulla <<deditio>>...*», op. cit., p. 37
- 49 Defienden esta posición: ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1339; MAGDELAIN, André, op. cit., p. 75
- 50 *Gai*, 3.93: «Sin embargo, la obligación que se contrae por las palabras: *DARI SPONDES? -SPONDEO*, es propia de los ciudadanos romanos; en cambio, las otras son del *ius gentium* y por tanto tiene valor entre todos los hombres, sean ciudadanos romanos o extranjeros. [...] Pero respecto a la obligación contraída por las palabras «*DARI SPONDES? — SPONDEO*», es de tal modo propia de los ciudadanos Romanos que no puede ni aun ser traducida propiamente en griego, no obstante que, según dice, dicha palabra deriva de un voz griega».
- 51 *Gai*, 3.94: «Se dice que solo en un caso un extranjero puede resultar obligado por esta fórmula y es cuando nuestro «*imperator*» interroga al príncipe de un pueblo

extranjero acerca de la paz, de este modo: «*PACEM FUTURAM SPONDES?*» (¿Prometes solemnemente guardar la paz en el futuro, o bien cuando fuese nuestro «*imperator*» interrogado del mismo modo. Pero todo esto no es sino una nimia sutiliza (sic), ya que si se infringiere lo pactado, no se ejercería la «*actio stipulatu*» sino que se «vindicaría» las cosas de acuerdo con el derecho de la guerra (*ius belli*).»

- 52 En relación a *Gai.* 3.94, Ilari opina que en la figura del *princeps* se confundió el poder legislativo y el de estipular tratados, probablemente delegado de los poderes comiciales (*Lex de imperio Vespasiani*, lin. 1-2: «*foedusve cum quibus volet facere liceat ita, uti licuit divo Aug(usto)*»). ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1343
- 53 Fueron *fetiales*: Augusto (Cassius Dio, 50.4.4; *res gestae lat.* 1.46; *gr.* 4.5), Claudio (Suetonio, *Claudius*, 25), Nerón (CIL VI, 913) y Marco Aurelio (Cassius Dio, 72.33.2), quienes realizaron actos dentro del *ius fetiale*: ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1343. Fusinato hace referencia a la actividad de los *fetiales* desde finales de la república al imperio: FUSINATO, Guido, op. cit., p. 135-141
- 54 Coincidimos con la argumentación de Catalano sobre la interpretación de *Gai.*, 3.94: «...in quel *nimum subtiliter* sta ...un certo fastidio, dovuto al fatto che ormai è svanita la consapevolezza dell'originaria unitarietà (nella sua antica radice religiosa) del valore di *spondeo* ...» Véase: CATALANO, Pierangelo. *Linee...*, op. cit., p. 38-39; también la intervención de Catalano en: COMITATO CATTOLICO DOCENTI UNIVERSITARI, op. cit., p. 160. Sin embargo, insisten en el carácter excepcional de la *sponsio* «internacional»: HUVELIN, Paul, op. cit., p. 291; ILARI, Virgilio. «*Trattato internazionale...*», op. cit., p. 1339; MAGDELAIN, André, op. cit., p. 75.

Las Bases Romanistas frente al Cambio Político-Económico: El Principio de Igualdad de Trato al Extranjero en Materia de Inversiones en el Perú

Elvira Méndez Chang^{1*}

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los fenómenos de globalización y de apertura de las economías han llevado a reflexionar en torno a la necesidad de modificar nuestra legislación, incorporando algunos conceptos e instituciones que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al nuestro; especialmente, aquellos del Common Law.

Este planteamiento inicia un interesante campo de discusión, aunque una revisión de todas las aristas de este problema excede la extensión de este artículo. Sin embargo, se tratará de demostrar que los requerimientos de regulación de la realidad frente a una nueva propuesta económica no llevan necesariamente a desconocer ni a modificar las bases romanistas del Perú, tal como ha sucedido con el principio de igualdad de tratamiento de las inversiones de peruanos y extranjeros a la luz de la Constitución Política del Perú de 1993 (Artículo 63).

1. EL PERÚ Y EL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA

Los derechos internos de los Estados y pueblos del orbe se dividen en familias, sistemas o tradiciones jurídicas¹, lo cual ha sido reconocido explícitamente en el sistema de Naciones Unidas². Al revisar las principales tradiciones jurídicas existentes en el mundo³, constatamos que el sistema jurídico romanista es el más difundido y el más antiguo.

El sistema jurídico romanista engloba a todos los ordenamientos jurídicos que, partiendo del Derecho romano, cuentan con conceptos, principios, reglas y actitudes

¹ * En: *Themis-Revista de Derecho*. Lima. Segunda Época Nº 33, 1996.

comunes, al margen de las peculiaridades de cada pueblo. Cabe recalcar que el Derecho romano y el sistema jurídico romanista no son sinónimos. La implantación del Derecho romano en los distintos pueblos en donde se produjo su difusión y recepción llevó a una fructífera interacción con elementos locales; así como el desarrollo histórico llevó a fusionarse con elementos del derecho canónico, del derecho mercantil, de la Revolución francesa y de la Escuela Histórica⁴.

El Perú es un Estado que pertenece al sistema jurídico romanista de inspiración ibérico-latinoamericana⁵. Su vinculación con el Derecho romano (en especial, con la Compilación Justiniana) surge a partir de la conquista española⁶. España trajo al Perú el llamado Derecho de Castilla, que fue aplicado tanto en las relaciones privadas como en la esfera pública. Desde el siglo XVI al siglo XIX, el derecho castellano⁷, se impuso en el Virreinato del Perú, teniendo como fuentes el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros Municipales, el Fuero Real y las Partidas del rey Alfonso X El Sabio. En este, se apreció la clara influencia del Derecho Romano⁸, que sirvió como punto de referencia obligado para entender, interpretar y explicar el derecho castellano. También el Derecho Indiano⁹, participó de la recepción del Derecho romano al incorporar elementos indiscutibles de la Compilación Justiniana y del *ius commune* europeo. Tal es la aplicación del Derecho Romano Justiniano en la práctica de los tribunales de los siglos XVII y XVIII que Basadre sorprendido afirma:

«Como se extendió hasta los tribunales la práctica de utilizar el Derecho romano, sin justificación legal, incluso en algunos casos previstos y regulados por el Derecho nacional, surgieron decisiones como la que adoptó en 1713 el Consejo de Castilla mandando una vez más aplicar este como se hallaba contenido en sus diversas fuentes.»¹⁰

En el siglo XIX, se mantuvo claramente la influencia del derecho indiano y del derecho castellano, con su innegable fundamento en el Derecho romano justiniano¹¹. A ello se sumó la experiencia francesa y la doctrina mayormente europea. Nuestros juristas, coherentemente con el sistema jurídico romanista, plasmaron estas bases romanistas en los Códigos Civiles peruanos¹². Por consiguiente, la transfusión del Derecho romano en el Perú resulta indiscutible¹³. Sin perder la perspectiva actual del Derecho y la situación del Perú, coincidimos en afirmar que el Derecho romano puede ofrecer respuestas interesantes a nivel de la investigación de problemas contemporáneos¹⁴.

2. FUNCIONES DE LA INVESTIGACIÓN ROMANISTA DE LAS INSTITUCIONES DE NUESTRO DERECHO

Teniendo en cuenta que la legislación se genera en respuesta a los problemas de la sociedad, estimamos que la arraigada pertenencia del Perú al sistema jurídico romanista hace necesario tener en cuenta estas bases romanistas frente a cualquier propuesta. Asimismo, nos permite cumplir dos funciones importantes para el jurista contemporáneo:

- a) Conocer mejor los orígenes de los conceptos, las instituciones y principios existentes en nuestro Derecho. Solo a través de un conocimiento de la verdadera naturaleza, contenido y ratio de una institución podremos comprenderla mejor y apreciar los cambios introducidos por factores políticos, sociales, económicos y culturales.

- b) Criticar adecuadamente el Derecho actual, tomando como referencia el Derecho romano Justiniano, que se encuentra a la base de la tradición jurídica romanista ¹⁵.

Muchas veces encontramos vacíos y contradicciones en el Derecho actual; si realizamos «trasplantes» de principios e instituciones de otros sistemas jurídicos, estos no siempre logran arraigarse en nuestro ordenamiento. Frente a ello, recurrir a la base de nuestra tradición jurídica puede ser altamente beneficioso pues encontraremos elementos de contraste y de crítica del Derecho actual.

Por lo expuesto, abordaremos el estudio de la igualdad de trato al inversionista extranjero dentro de una aproximación histórica-institucional para esclarecer las bases romanistas de nuestra legislación.

3. TRATAMIENTO DEL EXTRANJERO EN EL DERECHO ROMANO

A través de la historia de Roma, encontramos que «extranjero» es un término que cuenta con varias categorías ¹⁶; el criterio que los aglutinaba era su mera contraposición al *civis romanus* ¹⁷.

Sin embargo, lo más cercano al concepto actual de extranjero es el *peregrinus*: aquel que, careciendo de ciudadanía romana, vivía en el territorio romano ¹⁸; era el extranjero no enemigo (Varr. De l. lat. 5.1) ¹⁹ que se relacionaba con los ciudadanos, según lo dispuesto por el Derecho romano. La noción de *peregrinus* se mantiene en las fuentes justinianas ²⁰, tal cual aparece en N.78.5 ²¹.

Pese a que existían diferencias conceptuales y de trato entre los *cives* y *peregrini*, desde el siglo VI a. C., con la creciente importancia comercial de Roma, se dieron derechos y tutela a los extranjeros en Roma, cuyas referencias aparecen en la Ley de las XII Tablas (Tab. I, 5; II, 2; VI, 4) ²².

Esta no fueron medidas aisladas ya que numerosas fuentes romanas señalan claramente que los *peregrini* participaban en el *ius* (Festo, 314) ²³, siendo considerados *pari iure* (iguales en el derecho) con el pueblo romano.

Para la protección jurisdiccional del *peregrinus*, hacia la mitad del Siglo III a.C. apareció el *praetor peregrinus*, quien intervenía cuando alguna de las partes de una causa no era ciudadano romano ²⁴... *quod inter peregrinos ius dicebat...* (D.1.2.2.28). El magistrado romano tenía la tutela jurisdiccional del extranjero basado en su *imperium* ²⁵, aplicando el *ius gentium* (derecho de gentes).

Por consiguiente, podemos comprobar que se incorporó a los *peregrini* en el *ius* con una amplia participación en el *ius gentium*. Sin embargo, ello no llevó a que el *peregrinus* tuviera los mismos derechos que el ciudadano romano; en especial, en relación a los derechos políticos y a las relaciones de familia ²⁶, regidos por el *ius civile* en sentido restringido.

Reconociendo la existencia de principios generales y fundamentales que se encuentran en los diversos derechos internos de los pueblos, el *ius gentium* estaba también presente en una parte del Derecho romano y, con el correr del tiempo, se aplicó a las relaciones de los ciudadanos romanos.

El *ius gentium* es entendido como el *ius civile* abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional. El *peregrinus* contaría con los derechos reconocidos por el

ius gentium que emanasen de la conciencia jurídica romana, que no eran considerados exclusivos de los ciudadanos romanos; por ende, este se convertía en un derecho universal.²⁷

En la Compilación Justiniana, el *ius gentium* fue identificado como aquel que se extiende a todos los hombres (D.1.1.9; también D.1.1.1.4; D.1.1.6.; I.1.2.1).²⁸ Recogiendo el planteamiento de Gayo y Ulpiano, incide en la autonomía del *ius gentium* frente al *ius naturale* y al *ius civile*, subrayando el elemento de universalidad subyacente.

Habiendo analizado el *ius gentium* como derecho aplicable a los Peregrini en territorio romano, se debe establecer cuál era el ámbito contractual del Derecho Romano justiniano.

Las fuentes romanas sostienen claramente que el *ius gentium* comprendía una amplia esfera en materia contractual, aplicable a Cives y Peregrini, en un plano de igualdad. Gayo (Gai, 1.193; Gai, 3.94) señaló que la regla general para las obligaciones que surgen de los contratos en Roma es que estas están regidas por el *ius gentium*, las cuales se darían tanto para los ciudadanos como para los extranjeros,²⁹ sin discriminación y en un plano de igualdad. Es así como encontramos plasmado el principio de igualdad de tratamiento al peregrinus en el ámbito contractual en Roma (salvo lo establecido para los contratos verbis).

Esta regla general se mantiene en la Compilación Justiniana (I.1.2.2; I.3.15. pr.-1; D.1.1.5), pese a los cambios políticos y sociales en Roma. Por consiguiente, el análisis de las fuentes romanas lleva a constatar que no se establece una discriminación o trato diferenciado al peregrinus en el ámbito contractual romano. Por el contrario, lo coloca en un plano de igualdad de tratamiento frente al ciudadano romano. La consolidación del principio de igualdad de tratamiento del peregrinus fue la culminación de un proceso de «romanización» y universalización del Derecho y cultura romanos que, habiendo empezado en la república, se desarrolla en el imperio y tiene como hito importantísimo la Constitutio Antoniana del año 212 d. C.

4. BASE ROMANISTA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO AL EXTRANJERO EN EL PERÚ

El principio romano de igualdad de trato al extranjero fue difundido a los países en los cuales el Derecho romano se extendió, sea por la conquista o a través del influjo de los estudiosos del Derecho. De la experiencia europea, fue transportado a América Latina, donde recibió gran acogida en las nacientes repúblicas del siglo XIX, las cuales lo incorporaron en sus legislaciones.

4.1 Antecedentes constitucionales del Art. 63 de la Constitución Política del Perú de 1993

Desde los albores de la vida republicana, en las principales Constituciones del Perú se ha seguido una línea de continuidad en relación al reconocimiento y consolidación del principio de igualdad de trato entre nacional y extranjero.

La Constitución del Perú de 1828 establecía la libertad en el trabajo, industria y comercio, sin restringirlo a los peruanos ni establecer diferencias basadas en un criterio de nacionalidad (art. 16). Las restricciones estaban referidas a las buenas costumbres, la seguridad nacional y criterios de sanidad.

La Constitución del Perú de 1834 mantuvo el principio de igualdad establecido en la Carta Magna de 1828, siendo la formulación de sus artículos similar a la de la precitada constitución (arts. 162 y 163).

La Constitución de Huancayo de 1839 representó un hito en la consagración del principio de igualdad de trato del extranjero frente al nacional, fundado en su sujeción a la soberanía del Estado territorial. Tras proclamar la inviolabilidad del derecho de propiedad a nivel constitucional (art. 167), se estableció -entre las garantías individuales- que el extranjero que adquiriera la propiedad de inmuebles ubicados en territorio peruano, quedará sometido a las leyes peruanas (art. 168).

La Constitución del Perú de 1856 proclamó el sometimiento del extranjero, propietario de inmuebles, a la legislación nacional, otorgándosele el goce de derechos como si fuese nacional.

Posteriormente, el art. 28 de la Constitución del Perú de 1860 y el art. 26 de la Constitución del Perú de 1867 reprodujeron la norma precitada, consolidando el principio de igualdad de trato al extranjero.

En el siglo XX, este principio se consagró definitivamente en las constituciones, aunque sin hacer referencia expresa a la inversión extranjera.

La Constitución del Perú de 1920 establecía el principio de igualdad ante la ley, sin establecer discriminaciones basadas en criterios de nacionalidad (art. 17); en relación a la propiedad, mantuvo este principio (arts. 38 y 39), pese a que indicó algunas limitaciones (art. 39) fundadas en la seguridad nacional.

La Constitución del Perú de 1933 mantuvo las reglas establecidas por la Carta Magna de 1920 (art. 31, 32 y 36).

La Constitución del Perú de 1979 también afirmó la igualdad ante la ley como derecho fundamental de la persona a nivel constitucional (art. 2 inc. 2). Siguiendo esta línea de continuidad, la regla general sirvió para consagrar el principio de igualdad de trato del extranjero en materia de propiedad (art. 126)³⁰. En relación a los contratos que celebran los extranjeros, este principio de igualdad de trato llevó a afirmar que estos se someten al derecho interno peruano y a los tribunales peruanos³¹, renunciando expresamente a toda reclamación vía diplomática.

4.2. El tratamiento del inversionista en el Perú (1991-1993)

Partiendo del axioma que los niveles de ahorro e inversión deben ser idénticos, nuestro país ha iniciado una serie de medidas tendientes a propiciar la inversión para que aumente el ahorro. Pero el ahorro interno en el Perú no logra los niveles necesarios para desarrollar una serie de sectores de la actividad productiva nacional, siendo menester recurrir a la inversión extranjera directa³².

La inversión extranjera directa presenta cuantitativa y cualitativamente ventajas para el país receptor³³. Cuantitativamente, hay una entrada efectiva de dólares al país. En lo cualitativo, la inversión extranjera directa es más beneficiosa que el mero endeudamiento del gobierno.

Asimismo, inversión y crecimiento están estrechamente vinculados, pues la inversión de capital es el principal medio para aumentar la capacidad productiva³⁴.

El Perú está firmemente decidido a propiciar la inversión extranjera en los distintos sectores productivos y de servicios. Por ende, como país receptor potencial, debe realizar ajustes a su legislación, brindando las condiciones propicias de igualdad, estabilidad y libre competencia que se exigen.

En el caso del inversionista extranjero (persona natural), el carácter internacional de una inversión privada depende del criterio de domicilio. Las actividades vinculadas con su inversión estarán reguladas por la legislación del país receptor, entendiéndose que acepta someterse a la normatividad del Estado territorial y se compromete a desarrollarlas con buena fe. Como marco básico, el Código civil del Perú de 1984 (art. 2046) consagra el principio de igualdad de trato del nacional y del extranjero en materia de derechos civiles, salvo las restricciones fundadas en la necesidad nacional. La nacionalidad no es tomada en cuenta como un criterio o elemento relevante para la aplicación de las normas ni para determinar la competencia del órgano jurisdiccional³⁵. En cuanto a la promoción de las inversiones, se ha dado una abundante legislación, cuyos objetivos principales pueden resumirse en lo siguiente:

- Eliminar las restricciones y obstáculos a la inversión extranjera, garantizando la igualdad de derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y nacionales.
- Generar un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros, lo cual implica reconocer y respetar el régimen adoptado, otorgando también las garantías de la continuidad de las reglas establecidas.

El cumplimiento de estos objetivos reafirma el principio de la igualdad de trato al inversionista extranjero en nuestra legislación, salvo las excepciones que se diesen fundadas en consideraciones que no se refieran a una discriminación fundada en el criterio de nacionalidad.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución Política del Perú de 1993, el Decreto Legislativo N° 662 marcó el punto de partida de un conjunto de normas que propugnaban el logro de los objetivos antes mencionados por parte del gobierno peruano, con miras a garantizar las condiciones necesarias para atraer las inversiones extranjeras, proclamando la igualdad de tratamiento otorgado al inversionista extranjero frente al inversionista nacional (art. 2). El Decreto Legislativo N° 663 planteó la creación de mecanismos para atraer al inversionista extranjero migrante con miras a su inserción en los sectores productivos nacionales. Posteriormente, varios Decretos Legislativos buscaron lograr la inversión privada en sectores en los que los resultados económicos y financieros no habían sido satisfactorios.

El Decreto Legislativo N° 757 -Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada - estableció un régimen fundado en la igualdad de trato del inversionista extranjero toda vez que se le aplican los mismos derechos, garantías y obligaciones que los nacionales.

En todos estos antecedentes, se mantiene el principio de igualdad de trato al extranjero, en su calidad de inversionista, dentro de una línea de continuidad romanista a la que siempre ha pertenecido el Perú.

4.3. El principio de igualdad de tratamiento del inversionista extranjero en la Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 fue debatida en un contexto de liberalización de nuestra economía, reflejando los cambios conceptuales y de principios ocurridos en distintos ámbitos.

En primer término, se establece nuevamente que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley (art. 2 inc. 2). En cuanto a la propiedad, se mantiene el principio consolidado en los textos constitucionales antes mencionados (arts. 71 y 72), salvo excepciones.

El art. 63 trae una novedad a nivel constitucional puesto que, por primera vez, se establece expresamente que la inversión nacional y la inversión extranjera están sometidas a las mismas condiciones y, por ende, a nuestra legislación en un plano de igualdad³⁶.

Centrando el análisis en la primera frase del art. 63, observamos que tanto el inversionista extranjero como el inversionista nacional se someten a las mismas condiciones, reguladas por la legislación peruana. A priori, no hay ninguna diferencia de trato entre ambos, salvo las restricciones que surjan del análisis sistemático del texto constitucional. Teniendo en cuenta los regímenes establecidos por los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, podemos afirmar que no hay discriminación aplicable en razón de la nacionalidad del inversionista y que las condiciones existentes garantizan ampliamente una igualdad de trato, con sujeción al derecho peruano. Se bien esta norma debe ser un instrumento más para brindar las seguridades que el inversionista extranjero busca para traer sus capitales, el programa y las consideraciones económicas que subyacen no han desnaturalizado un principio general que se da dentro de una línea de continuidad romanista en el Perú.

Por consiguiente, de la norma constitucional se desprende el principio de igualdad de trato al inversionista extranjero consagrado en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, que a su vez es conforme al principio consagrado en las Constituciones anteriores. Este principio obedece a toda una tradición jurídica romanista cuyas bases lo fundamentan, al margen del contexto económico en el que se inserta.

5. REFLEXIÓN FINAL

Hemos apreciado cómo se construyó un principio aplicable al tratamiento del extranjero a partir del Derecho romano justiniano, que ha sido incorporado en nuestra legislación tras pasar por distintas etapas de desarrollo histórico- jurídico. Una de las justificaciones de la subsistencia de esta línea de continuidad frente al principio de igualdad de trato al extranjero se funda en que las bases romanistas existentes son lo suficientemente sólidas y coherentes con las necesidades actuales que no hacen necesario modificar este principio.

Este planteamiento romanista se ve reforzado por las nuevas teorías sobre la integración y la solidaridad de los pueblos, frente a la necesaria y creciente intercomunicación e interdependencia.

El Perú sigue el derrotero marcado por las bases romanistas de su legislación en torno a la igualdad de trato del extranjero. El principio adoptado para regular al inversionista extranjero es coherente con una tradición jurídica que se remonta a los inicios de nuestra vida republicana y que se va perfilando en materia de inversiones.

Por consiguiente, las bases romanistas de nuestro Derecho nos aportan un material sumamente importante que debemos analizar con miras a establecer y reforzar los principios propios de nuestro derecho. Es conveniente no caer en la «tentación» de incorporar instituciones y principios ajenos a nuestro sistema jurídico sin una adecuada evaluación pues existe el riesgo de condenar tal propuesta al fracaso.

Notas:

1. Las clasificaciones de los principales sistemas jurídicos varían de conformidad con los planteamientos teóricos de los autores. Véase: AYASTA GONZALES, Julio. El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos. Lima: Ediciones RJP, 1991. p. 141-149
2. El art. 23 de la Carta de las Naciones Unidas alude al llamado «reparto geográfico» en la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad. Asimismo, el art. 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que, en la elección de sus magistrados, su conformación deberá representar las principales tradiciones jurídicas del mundo.
3. Hoy en día, las principales tradiciones jurídicas son: la tradición de Derecho civil, la del Derecho consuetudinario (anglosajón o common law) y la de origen religioso. Véase: CATALANO, Pierangelo. «Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano.» En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Reus, 1982 (setiembre), tomo LXXXV de la segunda época, N°3, año CXXXI, p. 166
4. Merryman las denomina subtradiciones de la tradición del derecho civil: MERRYMAN, John. La tradición jurídica romano- canónica. 2ª reimpresión de la 1ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 22
5. Los ordenamientos iberoamericanos están situados en el sistema romanista y en el grupo latino; su condición latinoamericana demuestra su próximo parentesco y personalidad en la geografía política mundial. Por ende, se puede afirmar la existencia de un sistema jurídico hispano-romano-justiniano. Véase: BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226; CASTAN VÁSQUEZ, José María, op. cit., p. 164. Asimismo, «... lo latino en América es lo latino de la «raza cósmica» es, visto desde el reducido ángulo europeo, la garantía que el concepto no va a perder su carácter cultural de fondo, su tendencia universal. Gracias a «nuestra América» la «latinidad» sigue siendo un fragmento de la universalidad, proyectado hacia el futuro de la humanidad». CATALANO, Pierangelo, «El Concepto de Latino». En: Migraciones Latinas y formación de la nación Latinoamericana. Caracas: Universidad Simón Bolívar, 1983. p. 534; CATALANO, Pierangelo, STEGER, Hans-Albert y LOBRANO, Giovanni. América Latina y el Derecho Romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985. p. 152. También véase: BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. 4a. ed. corregida. Lima: Ediciones Librería Studium, 1988. GARCIA BELAUNDE, Domingo. «El Derecho romano en el Perú». En: Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima: Año XXXVIII, N° 424, 1979, p. 460-473
6. En relación a las fuentes de «transfusión» del Derecho romano en los derechos internos americanos, podemos señalar:
 - a) La sucesión inmediata, cuando el texto del Corpus Iuris Civilis pasa como artículo de un código.
 - b) La sucesión mediata, cuando el texto del Corpus Iuris Civilis se incorpora a la Glosa, pasa a un tratado y de al Derecho positivo.

- c) La sucesión compuesta, cuando el texto del Corpus Iuris Civilis pasa a la Glosa; de allí a las Siete Partidas; luego al Comentario de Gregorio López de allí se forma norma de derecho que es fuente de codificación.
- DIAZ BIALET, Agustín. «El Derecho romano en el Derecho Civil Punitivo Argentino». En: ROMANITAS - Revista de Cultura Romana. Rio de Janeiro: 1970, Año XI, vol. 10, Tomo 2, p. 239
7. Al respecto, Basadre afirma que «El Derecho que pasó a América no fue pues, lo que pudiera llamarse un Derecho español. Este puede decirse que empieza a existir solo en el siglo XVII a partir de los decretos expedidos por Felipe V aboliendo el Derecho territorial peninsular. Fue el Derecho castellano el que rigió en nuestro continente». BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226
8. CASTAN TOBEÑAS, José. Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental 2ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Reus, 1957. op. cit., p. 59-60
9. El Derecho español rigió en las llamadas «Indias» desde el primer momento; además «... el derecho indiano nace antes de que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe el país en que ha de regir, pues tres meses y medio antes de que Colón zarpare de Palos en su viaje de descubrimiento, los Reyes Católicos, en las capitulaciones de 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes, habían establecido las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo». CASTAN VÁSQUEZ, José María, op. cit., p. 165-166
10. BASADRE, Jorge, op. cit., p. 240
11. «La tradición jurídica española llegó a ser tan firme que incluso después de la Independencia siguieron vigentes, más o menos tiempo, la leyes españolas». CASTAN VÁSQUEZ, José María, op. cit., p. 170-171
12. Para profundizar el estudio de la incidencia de la tradición romana en nuestros códigos civiles, véase: AYASTA GONZALES, Julio, op. cit., p. 205-215; también MÉNDEZ CHANG, Elvira. Bases romanistas para la igualdad de trato del inversionista extranjero (persona natural) en el Perú. Tesis de Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995. p. 206- 208.
13. DIAZ BIALET, Agustín, op. cit., Tomo 2, p. 238
14. BEINART, B., «Roman Law in a Modern Uncodified Romanistic System» En: Romanitas - Revista de Cultura Romana. Río de Janeiro, vol. 10, tomo 2, Año XI (1970), p. 247. Una enérgica defensa del Derecho Romano se encuentra en BATIZA, Rodolfo. Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho mexicano. México: Porrúa, 1982. p. 146-147
15. SCHIPANI, Sandro. Derecho Romano. Codificación y Unificación del Derecho - Instituciones Traducción e Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983. p. 23
16. Dentro de los extranjeros, tenemos al latino, peregrinus, bárbaro y hostis. SERRAO, Feliciano. Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma Napoli: Jovene, 1984. Prima parte, p. 346-347. A veces se indica que el extranjero se confundía en los inicios de Roma con el esclavo y con el trabajador. Véase: DESPOTIN, Luis A. «El trabajador extranjero en la legislación laboral argentina». En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1967, Año XXXI, octubre - diciembre, nº 4- 5, p. 71

- 17 BENOEHR, Hans Peter. «Le citoyen et étranger en droit romain et droit français». En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Paolo. La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol. 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 179
- 18 IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado. 6ª ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979. p. 140
- 19 Varr. De l. lat. 5.1: «... multa verba aliud nunc ostendunt aliud, ante significabant, ut HOSTIS; nam tum eo verbo dicebant PEREGRINUM qui suis legibus uteretur, nunc dicunt cum quem tunc dicebant PERDUELLEM».
- 20 Existe una discusión en torno a la supresión del concepto de peregrinus en la Compilación Justiniana. Catalano afirma: «...il sistema dello ius Romanum tende a eliminare lo strumento concettuale e lingüístico/contrastante con l'universalismo (peregrini) ed creare nuovi strumenti (universi). Giustiniano I porterà il processo a compimento...». CATALANO, Pierangelo, Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano. Torino: Giappichelli, 1990. p. 70 ss.; en esta línea, HERRERA PAULSEN, Darío. Derecho romano. 2ª ed. Lima: EDDILI, 1984. p. 30; LAVALLETTE, Simón. La concitan des étrangers à Rome & en France. Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Doit de Caen. Rouen: Espérance Caquiard, 1880. p. 45; ORTOLAN, M. Compendio de Derecho romano. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 33; PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado. Introducción de IHERING, Rudolf: «Importancia del Derecho Romano». Buenos Aires: Albatros, 1985.p. 121; RODRÍGUEZ, José Santiago. Elementos de Derecho Romano. Caracas: Del Comercio, 128. Tomo I, 516 p. Tomo I, p. 92
- 21 Las fuentes justinianas estarían recogiendo en cierta manera el significado y etimología primigenia de peregrinus. Ello resulta comprobado en el Código y, en especial, en N.78.5: «[...] Porque así como Antonino, denominado Pío (por quien esta denominación ha llegado también a nosotros), habiéndosele pedido antes por cada uno de los súbditos el derecho de ciudadanía romana, y extendiéndolo de este modo de los que se llaman peregrinos a la ingenuidad romana, se lo dio en general a todos los súbditos...»
- 22 «...il ricordo nelle XII tavole dello status dies cum hoste ci autoriza a pensare che fin dalla legislazione decemvirale esisteva in Roma una certa diffusa esperienza di processi inter cives et peregrinos». FREZZA, Paolo, «Ius Gentium», op. cit., p. 265. También véase: GIFFARD, A. E. «Le sens du mot «auctoritas» dans les lois relative al usucapión». En: RHD (Revue Historique de Droit Français et Étrangers). Paris: Sirey, 1938. IV serie, año 17, p. 351; VISSCHER, Fernand de. «Aeterna Auctoritas». En: RHD (Revue Historique de Dorit Français et étrangers). Paris: Sirey, 1937. IV serie, año 16. p. 573-587
- 23 Festo, 314.«Status dies vocatur qui iudice causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare».
- 24 Sobre este tema, se sugiere: SERRAO, Feliciano. «Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore». En: La certezza del Diritto nell'esperienza giuridica romana. Padova: CEDAM, 1987. p. 51- 100
- 25 Al principio, el pretor por su imperium daba a los extranjeros una formmula in factum concepta, la cual servía para pedir al juez que verificara si habían los hechos que

- fundamentaban la acción; en caso negativo, ordenaba absolver; en caso positivo, condenar. Ello fue sancionado por la Lex Aebutia y la Lex Iulia iudiciorum privatorum. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Instituzioni di Diritto Romano. 14ª ed. riveduta - ristampa anastica. Napoli: Jovene, 1987. p. 121-123; PETIT, Eugène, op. cit., p. 837; Talamanca, Mario, Lineamenti di storia del diritto romano. Milano: Giuffrè, 1979. p. 175
- 26 «... chiamensi peregrini tutti coloro, che sono incapaci di diritti nel ius civile, capaci di diritti nel ius gentium, e ai quali questa capacità giuridica più limitata viene riconosciuta anche nei tribunali romani». SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., vol. 2, p. 39-40
- 27 Catalano se refiere a un carácter supranacional («sovrannazionale»). Véase: CATALANO, Pierangelo, Diritto e Persone..., op. cit., p.56. Se recomienda también la lectura de BELLO, Andrés, «Derecho romano», En: Obras completas de Andrés Bello Comisión. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p. 259
- 28 D.1.1.9:»Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres (mores), usan en parte del suyo propio y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama Derecho civil, como derecho propio de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes.» D.1.1.1.4.»Derecho de gentes es aquel de que usan todas las gentes humanas; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque este es común a todos los animales, y aquel a los hombres entre sí...» También: D.1.1.6.pr.: «Derecho civil es aquel que ni se aparta del todo del natural o del de gentes, ni se conforma totalmente a él, y así, cuando añadimos o quitamos algo al derecho común, hacemos el derecho propio, esto es, el civil».
- 29 Genéricamente, Bello afirma que «La capacidad de los peregrinos relativamente al ius gentium abrazaba toda especie de derechos: su matrimonio era verdadero, aunque no justum. Su propiedad (in bonis) era reconocida y protegida. Sus acciones activas y pasivas eran no solo naturales sino civiles; es decir, garantizadas por acciones semejantes a los que daban las leyes a los romanos: llamábanse acciones ficticias...» BELLO, Andrés. «Derecho romano», op. cit., Tomo XIV, p. 329. Incluso Arias afirma que las facultades de los peregrini fueron ampliadas con el tiempo, llegando a afirmar el reconocimiento del matrimonio secundum mores peregrinorum. ARIAS, José, op. cit., p. 162; también trata del tema de matrimonio de extranjeros GORIA, Fausto. «Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio». En: Il modello di Gaio nella formazione del Giurista. Atti del Convegno Torinese (4 - 5 maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano. Milano: Giuffrè, 1981. p.291- 292.
- 30 «... consagran así la teoría y el principio latinoamericano de la igualdad de trato.» RAMACCIOTTI DE CUBAS, Beatriz, Estudios..., op. cit., p. 83
- 31 La Constitución del Perú de 1979 trata de impedir que la protección diplomática sea utilizada en estos supuestos toda vez que un sector de la doctrina afirma que la «... infracción o el incumplimiento de los contratos o acuerdos de concesión también pueden equivaler al despojo de propiedades extranjeras y los principios ya indicados son entonces aplicables». En este caso, se refiere a la reclamación en la vía diplomática. SORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. México: Fondo de Cultura Económica, 1973. p. 468

- 32 GONZALES IZQUIERDO, Jorge. «Rol del Financiamiento Internacional» En: RAMACCIOTTI, Beatriz y otros (editores). IIDerecho Internacional Económico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993. p. 142. BOZA, Beatriz. (editora) Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios. Lima: Editorial Apoyo, 1994.
- 33 GONZALES IZQUIERDO, Jorge, op. cit., p. 145
- 34 SIERRALTA RÍOS, Aníbal, «Aspectos...», op. cit., p. 110-111
- 35 En el Código Civil Peruano de 1984. «... se ha eliminado en forma absoluta la nacionalidad como factor de conexión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ninguna categoría, ni siquiera subsidiariamente se toma en cuenta la nacionalidad como punto de contacto». TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Lima: Cultural Cusco (Fundación M.J. Bustamante De la Fuente), 1987. p. 57
- 36 Art. 63 de la Constitución Política del Perú de 1993: «La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones [...]».

Influencia del Derecho Romano en el Derecho Privado de los Países Latinoamericanos

Esteban Varela Mateos ^{1*}

Cuando hablamos de la influencia que el Derecho romano tuvo en la civilización occidental considerándolo como uno de los tres factores determinantes en la conformación de Europa: filosofía griega, Derecho romano y cristianismo, no nos referimos a la influencia que ejerció el Derecho del Imperio romano de Occidente hasta su desaparición en el siglo V de nuestra era, que fue, relativamente escasa, sino al Derecho romano recopilado en Constantinopla en el siglo VI por obra de Justiniano, una vez desaparecido el Imperio de Occidente, y que aparece de manera exultante en Bolonia en los inicios de la Baja Edad Media.

Desde este momento aquel Derecho romano justiniano, recogido en el después llamado *Corpus Iuris Civilis*, será estudiado intensamente, primero en Bolonia y luego, con desigual fortuna, en los demás países europeos, impregnando los ordenamientos jurídicos de los mismos con savia romana.

Pero en cada época y en cada nación, desde el siglo XI hasta el siglo XIX, el estudio del Derecho romano y el elemento teleológico del mismo serán diferentes, de ahí que cuando se aborda el problema de la recepción del Derecho romano en Europa sea necesaria una exposición pormenorizada de las diversas corrientes doctrinales poniendo de manifiesto la incidencia que cada dirección científica tuvo en cada país. Así, será necesario tener presente la actividad y resultados de los glosadores en Bolonia, de los posglosadores o comentaristas después, dando ambos origen a un *ius commune* europeo; del Humanismo jurídico, en especial de la Escuela culta francesa y la algo posterior Jurisprudencia Elegante holandesa; del Iusnaturalismo y racionalismo jurídicos, para terminar con el Positivismo y la Codificación del Siglo XIX.

¹ * <http://www.com/influencia-del-derecho-romano-en-los-paises-latinoamericanos/0>

A ello habríamos de añadir la trascendencia romanística que en Alemania tuvo la Escuela Histórica del Derecho con F. C. Savigny en el siglo XIX y la Pandectística del mismo siglo. Todas estas corrientes han tendido al Derecho Romano como objeto de su estudio, en mayor o menor medida, influyendo por tanto en todos los ordenamientos jurídicos del occidente continental.

Cuando se produce el descubrimiento de América, el ordenamiento jurídico que, en principio, van a tener aquellas tierras -salvo Brasil- es el mismo que el de Castilla, debiendo suponer que la romanización de aquel Derecho, en adelante, sea similar a la romanización del Derecho castellano. Sin embargo, como veremos, la recepción del Derecho privado romano en Iberoamérica, en alguna medida, fue más intensa de lo que lo fue en Castilla.

Cuatro son las vías de penetración del Derecho romano en el Derecho privado de las Indias:

- 1ª. Vía oficial, mediante la aplicación del Derecho establecido por Castilla para las tierras descubiertas. Aunque la legislación de Indias es abrumadora, la misma no contiene más que Derecho público, como puede verse en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.

Tampoco las leyes o costumbres indígenas -Derecho supletorio de primer grado- son equiparables a los fueros extensos de Castilla, donde podría encontrarse una regulación *ius privatística* consistente, por lo que allí habría que aplicar, como Derecho supletorio de segundo grado, el Derecho de Castilla, convirtiéndose las Leyes de Partidas que no hacen otra cosa que recoger el *ius commune* en el Derecho aplicable la mayoría de las veces por lo que, paradójicamente, este cuerpo legal será más aplicado en las Indias que en la propia España.

- 2ª. Al igual que en las Universidades españolas en las allí creadas, a imagen de las hispanas, fue normal el estudio del *ius commune* y por tanto del *Corpus Iuris Civilis* amén del Derecho canónico. Posteriormente se estudiará el Derecho romano a través de las obras de los autores del Humanismo, tales como las del holandés Vinnio, o los *Commentaria in IV libros Institutionum Iustiniani*, del segoviano Antonio Pichardo de Vinuesa, catedrático de prima de Leyes, a principios del siglo XVII, en la Universidad de Salamanca y oidor de la Chancillería de Valladolid.
- 3ª. Una tercera vía de penetración del Derecho romano privado en Iberoamérica se produjo por la praxis judicial. De igual manera que ocurría en España, los abogados, en el foro, para apoyar sus asertos, citaban constantemente doctrina de los autores del *ius commune*, especialmente de Bártolo y Baldo, así como leyes del antiguo Derecho romano, costumbre que ya Juan II trató de erradicar y luego los reyes católicos, pero en ambos casos infructuosamente. Esta praxis solo podía darse con una sólida formación romanística de los abogados, a la vez que establecida la práctica exigía de aquellos los conocimientos romanísticos adecuados.
- 4ª. Por último las codificaciones del Derecho civil llevadas a cabo en Iberoamérica supusieron la consolidación y pervivencia del Derecho romano. Tres fueron las codificaciones que podríamos considerar paradigmáticas, puesto que con mayor o menor fidelidad fueron reproducidas en los demás países del entorno. Nos referimos a los códigos civiles de Chile, Brasil y Argentina, obra de juristas bien formados en el Derecho romano. Andrés Bello, Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield dejaron su impronta romanística en sus respectivos proyectos, pudiéndose decir que aquellos códigos se encuentran entre los más romanizados del mundo.

En el último tercio del siglo XX se llevaron a cabo gran número de congresos y reuniones científicas internacionales con el objetivo de establecer las bases de un Derecho común iberoamericano, encontrando como factores coadyuvantes de gran importancia, amén de la proximidad geográfica y cultural, la utilización de un idioma y de una fundamentación romanística comunes.



La Codificación: Impulso Moderno De La Familia Romanista

Carlos Ramos Núñez^{1*}

1. LA CODIFICACIÓN

La codificación consiste en una tentativa de poner orden en medio de la dispersión. Se pretende con ella sistematizar y organizar mejor el abundante material normativo existente. El mundo jurídico requiere ser sometido a la criba de la diosa razón, siguiendo la misma suerte que la filosofía, las mentalidades y la vida cotidiana. Encierra una idea iusnaturalista e iluminista, según la cual el desorden y la fragmentación del Derecho tradicional debían ser reemplazados por una legislación sistemática, racional, clara y comprensible. El presupuesto en el que reposaba esta empresa era la convicción, típicamente iluminista, conforme a la cual la actuación racional de los gobernantes o la voluntad general de la nación fuesen, por sí solas, capaces de crear una sociedad mejor. Subyacía la creencia de que existiesen principios y valores éticos absolutos válidos para todos los tiempos y para todos los hombres, los mismos que debían ser cristalizados en normas positivas.

La codificación es, pues, uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, su expresión formal genuina⁽¹⁾. Se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Podría hablarse, en consecuencia, de Códigos, mas no de codificación⁽²⁾. Desde el momento que las condiciones materiales e ideológicas

1 * En [www: http://comunidad.derecho.org/pandectas/no200003/cramos.htm](http://comunidad.derecho.org/pandectas/no200003/cramos.htm) (citado 10 junio 2005)

eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, un «imposible histórico»⁽³⁾. Solamente cuando el Derecho Natural y el Iluminismo se interiorizaron en la conciencia de los grupos dirigentes, se pasó; de los deseos de unos cuantos⁽⁴⁾ a las realizaciones; de la utopía de los iniciados a las directivas de los monarcas; de las especulaciones de los estudiosos a la arena pública y a la política.

El intento de racionalización del Derecho había sido emprendido por los autores de la Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado central de la libertad del hombre y confiando en un criterio more geométrico - convicción según la cual las leyes podrían regular matemáticamente la conducta humana en su totalidad - procuraban deducir una serie de proposiciones jurídicas que juzgaban necesarias para el funcionamiento de una formación económica que poco a poco se iba entronizando: el capitalismo.

La idea de un cuerpo de códigos constituía una idea moderna y revolucionaria que resumía los esfuerzos seculares de los príncipes, jurisconsultos y filósofos por reducir a una unidad material y formal la legislación. Para utilizar las palabras de Diez Picazo, implicaba una «refundación» de las diversas ramas del Derecho⁽⁵⁾. Subyacía en ella el utópico deseo, resultado de la tesis de la soberanía nacional y de la voluntad general democrática de los pueblos y una fe ciega depositada en la razón, elevada al condición de fuente central del Derecho, con la cual se pretende «proyectar y coordinar todos los sectores de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas, que se deriva y justifica lógicamente»⁽⁶⁾. A diferencia del *ius commune* abierto, copioso e intrincado, un ordenamiento jurídico funcional y cerrado resultaba más compatible con la aspiración de sujetar a cálculo a la nueva dinámica social.

La codificación no era una simple yuxtaposición de normas recopiladas, en la que prevalece un criterio fundamentalmente cronológico y que no distingue las diferentes áreas del Derecho. Trae, más bien, a decir de Jorge Basadre, «una concepción sistemática y completa presentando la unidad esencial de una rama del Derecho»⁽⁷⁾. Por otro lado, se hallaba asentado sobre los principios armónicos y coherentes de la Ilustración. No debe escapar al análisis que los códigos modernos, especialmente el Código Civil francés, contenían ideales de carácter político, económico y social. Se presentaba también como un vehículo de «transmisión y vulgarización de una ideología y de directivas políticas»⁽⁸⁾ de tipo liberal - burgués. Empero, no se limitaba a cumplir un papel puramente notarial: dar cuenta de la realidad y de las costumbres o a desarrollar bajo el signo de la continuidad el Derecho preexistente (como habían sido, por ejemplo, las *Ordonnances* francesas, la *Reformation* en alemana o la *Novísima* recopilación española de 1805). Buscaba ante todo modificar el orden social y económico, remover los obstáculos que el proyecto ilustrado o liberal encontraba a su paso. No cabe duda que se le asignaba una función instrumental al servicio de intereses muy concretos⁽⁹⁾. Perseguía entonces renovar los esquemas de vida y los ideales sociales imperantes, mediante el reordenamiento integral de todo el sistema normativo. Los códigos fueron pensados como medios de transformación revolucionaria. Si esa fue la finalidad intrínseca de la codificación puede decirse que el *Code* napoleónico cumplió su cometido con creces. Sus repercusiones tocaron desde lo epidérmico hasta los pliegues más hondos de la realidad. En efecto, tal como lo ha señalado agudamente Francesco Galgano, el *Code* pudo más que la guillotina. Con unos cuantos artículos fracturó la propiedad nobiliaria, destruyendo para siempre las bases materiales del poder aristocrático y abriendo a la burguesía el acceso a la propiedad de la tierra. «La revolución francesa, la verdadera revolución - dice Galgano - no fue obra de Robespierre, sino de Pothier. Fue el producto de la fuerza poderosa del Derecho»⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, la codificación se presentaba en medio de un escenario económico, social, político e ideológico muy distinto al de la época medieval. El crecimiento industrial y mercantil, generó formas nuevas de vida económica y permitió la constitución de un mercado mundial. Los propietarios de bienes muebles (banqueros, comerciantes e industriales) se tornan arquetipos de influencia social predominante, compitiendo primero y desplazando después a terratenientes y clérigos ⁽¹¹⁾, al punto que la burguesía, que había liberado durante siete siglos una lucha sin cuartel contra el poder y las estructuras feudales, participaba ya directamente del dominio del Estado en el período que va de la reforma protestante a la revolución francesa, el ascenso de la burguesía como clase dirigente terminó por afirmarse. En este proceso, como lo han demostrado Tigar y Levy, el derecho no estuvo ausente ⁽¹²⁾, antes bien jugó un rol protagónico.

Desde la Baja Edad Media, la burguesía que aspiraba al dominio del poder estatal, formulaba sus ataques contra el feudalismo empleando para ello reglas y principios jurídicos. El propio origen de las universidades - en las que inevitablemente se enseñaba Derecho - en la zona meridional de la península itálica, donde al alimón se venía operando una expansión comercial y financiera hasta entonces inédita en Europa, va unido a eventos políticos como el fortalecimiento de la autoridad papal, pero también a consideraciones económicas y sociales ligadas al desarrollo de la burguesía ⁽¹³⁾. Por lo tanto, resultaba natural que apenas esta clase social (hasta entonces insurgente) tomó el poder se premuniese de un sistema legal que había ido diseñando paulatinamente en sus prácticas mercantiles y que le asegurara previsibilidad para sus negocios, certeza jurídica, requisito irrenunciable para el desarrollo del tráfico comercial. No podía conformarse con un derecho incierto, anegado de fuentes formales diversas.

Así mismo, la sociedad estamental organizada por esferas jerarquizadas, en la que la movilidad social era prácticamente imposible y la geográfica estaba hartamente limitada, cedía, no sin dificultades y tropiezos, el paso «sociedades abiertas» - la expresión fue difundida por Popper-⁽¹⁴⁾. Los presupuestos prácticos y culturales de la codificación contemporánea emergen. El cimiento jurídico del flamante orden político, según la frase feliz de Maine, ya no era el status, era el contrato ⁽¹⁵⁾. El Código Civil consagraría luego esa orientación.

Otro elemento importante de la atmósfera del proceso codificador descansa en el tránsito que se produce de la férrea unidad a la diversidad religiosa. La Reforma protestante resquebrajó el poder y la influencia de la Iglesia católica e introdujo una idea disolvente: la intermediación entre el creyente y las escrituras. Las repercusiones de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, a pesar, inclusive, de las advertencias de sus precursores ⁽¹⁶⁾.

Lentamente, la ciencia reemplaza a la fe religiosa. Así, los hallazgos de Copérnico, Kepler y Newton, los descubrimientos geográficos, la cosmología moderna, el rápido avance de las matemáticas y de las invenciones técnicas contribuyeron a la formación de las ideas directrices que precedieron a la codificación. La plena confianza, ciertamente exagerada, de sus posibilidades reguladoras de la vida social, se deriva justamente de la creencia de pensarse a sí misma como la plasmación jurídica de estas transformaciones.

El horizonte de los nuevos tiempos no se agota en los aspectos descritos. La idea de progreso y perfectibilidad del hombre se instala definitivamente en el pensamiento filosófico y hasta en la cosmovisión del hombre corriente. En lugar de la Edad Media, se impone la iniciativa individual y el espíritu capitalista. Como ha anotado Harold Lasky, «en la moral la victoria es para el utilitarismo; en religión para la tolerancia; para

el gobierno constitucional en la política; en el campo económico, el Estado se convierte en asistente del comercio»⁽¹⁷⁾. A estas variables debe agregarse otra: la codificación en el Derecho.

En el campo político, amén del protagonismo de la clase burguesa, quedó definida la construcción de los Estados nacionales modernos, desarrollándose simultáneamente el concepto de soberanía nacional. De ese modo, el Estado se convirtió en árbitro y gendarme de los destinos individuales. La idea del Estado moderno, como un sujeto político unitario, era la consecuencia lógica de la codificación⁽¹⁸⁾. Las constituciones y los códigos procuraban contribuir y, de hecho ayudaban a la edificación -tal cosa aconteció con los códigos de los diversos estados germánicos y con el Código civil del reino de Italia de 1965- o a la consolidación como en la Francia revolucionaria, donde la unidad política preexistía a la entrada en vigor del Code - del Estado - Nación.

La promulgación de los Códigos trajo consigo entonces el desplazamiento del *lus Comune* - ese viejo Derecho derivado de los Derechos romano y canónico y aplicable en toda Europa continental- que iba siendo desterrado por un derecho codificado cuyo ámbito de competencia, si bien más pequeño desde el punto de vista territorial, era más vigoroso y eficiente. A la vez que se delineaba, con una clara voluntad política, un Derecho «nacional» - la codificación jugó en este aspecto un importante papel⁽¹⁹⁾- ya que ella misma representaba una afirmación del llamado Derecho patrio; como contrapartida se asistiría a un penoso desenlace: al fenecimiento de la cultura jurídica supranacional y a la liquidación de la «república sin confines de los doctos»⁽²⁰⁾. Como ha señalado Mario Cattaneo, la codificación se convirtió, tanto en el plano jurídico como en el político, en el puente de paso entre el cosmopolitismo y el nacionalismo⁽²¹⁾.

Incluso, el medio de comunicación por excelencia del *lus Comune*, el latín, deja de ser rápidamente la lengua universal de los hombres instruidos. Hasta entonces los juristas europeos e iberoamericanos, a despecho de su origen -origen, dicho sea de paso, definido en términos muy precarios- eran leídos en lengua latina no solo por los profesores, sino también por los alumnos de las Universidades y colegios superiores. Jurisconsultos como Alciato, «italiano»; Cujacio, «francés»; Gregorio López «español»; Hevia Bolaños, «español americano»; Arnoldo Vinnius, «holandés»; Heinecius, «alemán»; entre otros, eran ampliamente conocidos. Sus obras eran auténticos manuales de estudio y no cabían dudas sobre su operatividad y vigencia. Con la construcción de los Estados Nacionales, así como con el paulatino debilitamiento del *lus Comune* y la expansión del proceso codificador, las leyes y doctrinas empiezan a ser redactadas en lenguas nacionales que día a día cobraban más fuerza. El derecho y el lenguaje se convierten, pues, en instrumentos de afirmación nacional. Debe advertirse, sin embargo, que la codificación no fue solo una ruptura con el pasado. Fue también, aunque parezca paradójico, una continuidad. En efecto, el Derecho romano, condensado en el *Corpus Iuris Civilis*, el Derecho canónico y todo el *lus Comune* con algo más de siete siglos de existencia proporcionaron los materiales indispensables para llevarla a cabo. Se equivocan entonces quienes ven ella un producto absoluto de la modernidad, desvinculado totalmente de una vieja tradición legal. Se trataba, por el contrario, de un esfuerzo de adaptación del sistema jurídico romanista, en cuyo seno se gestó, a las más variadas exigencias de los nuevos tiempos. Glosadores y posglosadores abandonaban poco a poco el exclusivo estudio de la legislación justiniana, dirigiendo su atención al Derecho canónico. Desde entonces tuvo inicio, como ha anotado Bruno Paradisi, «un nuevo capítulo de la historia jurídica, destinado a cambiar radicalmente la relación de la ciencia del Derecho con el Derecho del pasado y a renovar los métodos»⁽²²⁾. No

podría explicarse, consecuentemente, todo el proceso codificador si prescindieramos del Derecho romano, del *Ius Comune*, del Derecho canónico y de las costumbres locales que cada uno de los códigos recogió. Obviamente, el peso de toda esa tradición jurídica no hace de la codificación una manera fijación del derecho anterior en un nuevo texto más completo y sistemático⁽²³⁾; aparecieron, sin duda, una serie de elementos nuevos, aportados por la filosofía y el Derecho comparado. Filósofos y juristas revisaron y adaptaron el Derecho romano y las otras fuentes al racionalismo y al individualismo de la época. En fin, todas estas vertientes confluyeron en los códigos modernos de los siglos XVII y XIX. Modernidad y tradición se entrelazaban.

Es interesante observar que la obra codificadora en los países europeos fue sobre todo resultado del trabajo de juristas muy cercanos al poder político o políticos ellos mismos. Los códigos no fueron elaborados por jurisconsultos que realizasen su trabajo en el ámbito universitario o judicial⁽²⁴⁾. Se trataba, más bien, de funcionarios de gobierno o parlamentarios premunidos de la confianza y el respaldo de un soberano ilustrado. Piénsese, por ejemplo, en Kreittmayr, en Baviera; Carmer y Zedlitz, en Prusia; Portalis, en Francia.

2. EL PROCESO CODIFICADOR

El proceso codificador ha sido dividido por Wieacker, en una clasificación muy divulgada, en tres grandes fases: génesis, apogeo y «declinación»⁽²⁵⁾.

La primera fase, que es de la que nos ocuparemos centralmente, comenzaría en Europa central con la dación de los códigos de Baviera. Estos cuerpos legislativos, auspiciados por el Príncipe Maximiliano José III, son: el *Codex Iuris Bavaricus Criminalis*, de 1751, que insistía en castigar la magia, consentía la tortura y consignaba penas atroces⁽²⁶⁾. El *Codex Iuris Bavaricus Judiciari*, de 1753 y el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, redactado por el vicescanciller bávaro Wigulaus Luigi barone di Kreittmayr (1704-1790), dictado en 1756. Se trata último de un código que en sustancia recoge la versión original del *usus modernus pandectorum*, aclarando algunas cuestiones sujetas a controversia. Refleja ya la confianza iluminista en la «razón» de los legisladores de la época, a la que se recurre frecuentemente, y usa un alemán (enunciar la utilización de esta lengua no es banal) claro y preciso⁽²⁷⁾.

Todos estos códigos que abren el proceso codificador, no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del Humanismo del Setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa como luego acontecería en Francia. El individuo no se encuentra al centro mismo del diseño normativo. Se observa en ellos, más bien, el paternalismo benévolo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder político absolutista y a asegurar la dominación de los súbditos, el mismo que podríamos llamar, siguiendo a Corradini, «estadualista»⁽²⁸⁾.

Posteriormente, siempre en el mismo período, se promulga, en 1794, el Código prusiano (*Allgemeines Landrecht*, ALR), que permanecerá en vigor en el Estado de Prusia hasta la entrada en vigencia del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), el primero de enero de 1900. Aunque los trabajos preparatorios del ALR se remontan a comienzos del siglo XVII, en el reinado de Federico Guillermo I, recién con Federico II, el Grande, prototipo del príncipe ilustrado, lector atento de los filósofos del Iluminismo francés, amigo de Voltaire y pertinaz impulsor de la unidad territorial de Brandemburgo, se dieron pasos concretos hacia la consecución del proyecto. En el largo proceso de gestación de la obra, Federico,

encontró en juristas como Juan Casimiro von Carmer (1720-1801), Carl Gottlieb Svarez (1746-1796) y Ernest Ferdinand Klein (1744-1810), a los hombres capaces de impregnar su inmensa obra legislativa (contiene casi 17.000 numerales) del espíritu racionalista y de los ideales políticos que ambicionaba.

El Landrecht (ordenamiento territorial) reflejaba la influencia -merced al rol intermediario de Christian Wolff- del pensamiento de Pufendorf, retomando el concepto de la doble naturaleza del hombre: como individuo y como miembro de una comunidad. De allí que dedique la primera parte a sus derechos patrimoniales y la segunda a la posición jurídica del individuo frente a la familia, la comunidad y el Estado. Carece el ALR del espíritu igualitario que detenta el Code, por ello que reconociendo la estructura estamental existente regula la servidumbre y divide a la población en tres clases. Con un lenguaje directo y paternal recuerda a cada uno el puesto que ocupa en la sociedad. Es una idea extraña al Landrecht la libertad plena del ciudadano. Al contrario, se evidencia la pretensión estatal de inmiscuirse en los asuntos privados, controlando la súbdito a cada paso ⁽²⁹⁾. Por otro lado, como lúcidamente lo han expresado Zwigert y Kötz, «no se trata de un Código que quiere modificar la sociedad, sino más bien describirla fielmente de modo cumplido» ⁽³⁰⁾. De allí justamente su carácter conservador. Pudo haber sido una obra más avanzada como se proponían sus autores, pero debido a los cuestionamientos reaccionarios debieron morigerar ciertos «excesos» nada gratos a la aristocracia. En ese sentido el iusnaturalismo relativo, con dosis de 'historicismo», cultivado por Montesquieu y difundido por Thomasius en la Europa central, cumplía un gran servicio.

Una de las mayores limitaciones del ALR descansaba en su infinita casuística, convencido de que ningún hecho con efectos jurídicos quedaría fuera de su alcance, al punto que se le atribuye a Federico la frase: «¡Pero es demasiado grande! Las leyes deben ser breves, no prolijas» ⁽³¹⁾, cuando sorprendido recibió el inmenso proyecto. El monarca prusiano expresaba así, lúcidamente uno de los ideales del Iluminismo: las leyes deben ser pocas y simples.

En el Landrecht prusiano la fe en el iluminismo del legislador es tan grande que prohíbe al juez interpretar las normas, obligándolo a recurrir, en caso de duda, a la comisión legislativa o al Ministro de Justicia. Para confirmar esta postura, se anuncia en la introducción que los jueces «no tendrán en cuenta las opiniones de los profesores ni las decisiones precedentes emitidas por los jueces». Como señalaba Gioele Solari, «Federico II, embebido de la doctrina del Derecho natural, deliraba con la idea de un código simple, popular, completo, en virtud al cual el juez no debiera hacer otra cosa que aplicarlo» ⁽³²⁾. El sueño de Federico, a pesar suyo, no se cumplió: su Código era todavía oscuro, tanto que Bernardi llegó a decir que parecía «el álgebra de la jurisprudencia» ⁽³³⁾.

Finalmente, mientras que para Thiubaut, este Código le inspiró el deseo de unificar el Derecho de toda la nación alemana; para un enérgico crítico del Iluminismo como Savigni, no significa más que, en un improntus exagerado y descortés, «un montón de basura» ⁽³⁴⁾.

En la primera fase también se incluye el Código civil austriaco de 1797 (Westgalisches Gesetzbuch -WGB-). También este código halla sus raíces ideológicas, de manera más resuelta, en el iluminismo, concebido como el intento de crear una vasta obra legislativa dirigida por la autoridad estatal y que sea ordenada, racional y clara ⁽³⁵⁾. Los trabajos preparatorios de este código se iniciaron hacia la mitad del siglo XVIII, bajo el impulso del despotismo ilustrado de la emperatriz María Teresa, quien impartió directivas precisas para la redacción del código:

«La comisión en la redacción del Códex debe limitarse al derecho privado, manteniendo en vigor el derecho tradicional, que deberá ser en la medida de lo posible conservado; se debe alcanzar un acuerdo entre los diversos derechos provinciales existentes, en cuanto las condiciones lo permitan, teniendo en cuenta el Derecho común y a sus mejores intérpretes, así como a las leyes de los otros Estados y, cuando hubiese necesidad de corrección o de integración, se recurrirá al derecho común de la razón»⁽³⁶⁾.

Este Código, a diferencia del Landrecht prusiano, se ocuparía solamente del Derecho civil. El año de 1766, la comisión designada presentó al Consejo de Estado austriaco un proyecto denominado Codex Theresianus. Las críticas no se dejaron esperar. Se cuestionó su carácter excesivamente doctrinal, su gran extensión y la preponderancia del Derecho romano. La emperatriz María Teresa pidió entonces una reelaboración, puesto que, «por doquier la equidad natural, antes que el Derecho romano, debe constituir la base de la Ley»⁽³⁷⁾. Muchos años después, en 1787, el emperador José II promulgó la parte referida a las personas. Su sucesor Leopoldo II, en 1790, nominó una nueva Comisión, bajo la presidencia de Karl Antón von Martini (1726 - 1800), que en el año de 1796 alcanzó al Consejo de Estado el «Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches» o WGB. Este proyecto fue a su vez revisado por un discípulo de Martini, Franz von Zeiller (1753 - 1828), quien tuvo la virtud de compulsar la filosofía racionalista kantiana con la realidad empírica existente en Austria. Consideraba este jurista, que junto a Martini, debe ser considerado el autor del Código austríaco, que:

«Las leyes se basan sobre los principios generales e inmodificables de la razón y la justicia... Por ello, los códigos de las naciones civilizadas se asemejan en gran parte de sus disposiciones y, por lo tanto los estados europeos aplicaron el Derecho romano como fuente primaria de derecho, a fin de dirimir las controversias jurídicas. Al mismo tiempo cada Estado tiene necesidad de leyes nacionales, que se adapten a sus condiciones particulares... El clima, los recursos, el comercio, el transporte, el carácter honesto o deshonesto de los habitantes tienen una influencia innegable sobre las formas jurídicas...»⁽³⁸⁾.

Finalmente, el 1ro. de junio de 1811, tras una serie de vicisitudes, el «Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände», que en la traducción española equivaldría a «Código civil general para los territorios hereditarios de lengua alemana», más conocido como el ABGB austríaco, fue promulgado. Este código terminó siendo un armisticio entre el racionalismo jusnaturalista y la tradición jurídica del Derecho romano, del *ius Comune* y de los derechos locales; un compromiso entre los ideales ideológicos de la Ilustración, que no se resignaba a morir, y el sentido práctico del naciente historicismo.

El ABGB se basaba sobre los principios del Iluminismo: la igualdad entre los ciudadanos, la autonomía de las relaciones de Derecho privado del control estatal, la libre competencia económica. Por esta razón, en una sociedad jerarquizada, cuyo aparato productivo y cuya mentalidad eran definitivamente precapitalistas, su promulgación se encontró con un contraste estridente con las estructuras socio-económicas prevalecientes en Austria durante esa época, en la que predominaban formas de explotación servil⁽³⁹⁾. Puede decirse que el ABGB no tradujo la realidad social que caracterizaba el Estado absolutista austríaco. Vino a ser entonces una suerte de anacronismo. Sin embargo, con la oleada revolucionaria, hacia 1848, se empezaron a percibir ciertos cambios, algunos de los cuales posiblemente fueron impulsados a la luz del nuevo Derecho positivo, como la abolición de la servidumbre. Pero, solo a fines del siglo XIX, con la modernización capitalista del país,

el ABGB con sus ideas de libertad y su individualismo se puso finalmente en sintonía con la realidad económica y social austríaca ⁽⁴⁰⁾.

La circulación del ABGB no estuvo limitada a los dominios hereditarios de la Casa de Hamburgo. Fue adoptado, paulatinamente, por Liechtenstein, Croacia, Eslovenia, Dalmacia, Transilvania y Hungría ⁽⁴¹⁾.

Al igual que el Landrecht prusiano, que el Código de Napoleón y que el BGB alemán, aprobado casi un siglo después, el ABGB, se ajustó a las pautas sistemáticas de las Instituciones de Gayo y de Justiniano, conforme a la ya clásica división tripartita: *personae*, *res* et acciones que los códigos modernos adoptaron con algunas variaciones. Dicho código, a saber, destina el Libro I a las Personas; el segundo, a los Derechos Reales: posesión, propiedad, privilegios, servidumbres, sucesiones y, por último, el Libro III, bajo el título de «Disposiciones comunes al Derecho de las personas y de las cosas», a las obligaciones (constitución, modificación, extinción, prescripción y usucapión).

Una de las ventajas comparativas del ABGB frente al Landrecht es su brevedad. Trae solo 1502 artículos que, adicionalmente, han sido formulados de manera concisa y armoniosa, a semejanza del Código civil napoleónico que lo precedió en siete años y del cual pudieron los legisladores austríacos inspirarse.

La raigambre jusnaturalista del Código austríaco se deja notar sobre todo al regular las fuentes formales del Derecho, de las que se excluye la costumbre (Art. 10 de las Disposiciones Generales). Un aspecto muy interesante de esta influencia es el concerniente a la interpretación de la norma jurídica. Dicho cuerpo legal prevé que si se presentara una laguna legal el juez debía recurrir a la analogía: si la laguna persistiese debía apelar a los «principios del Derecho natural, aplicables a las circunstancias de hecho, cuidadosamente seleccionadas y ponderadas» (Art. 7 de las Disposiciones Generales). En este punto el Código austríaco se hallaba a la vanguardia del Landrecht prusiano y del Código civil francés que no dejaban prácticamente ningún margen de libertad al juez para colmar las lagunas que se presentaran en su tarea de administrar justicia. Empero, en la práctica, tal disposición no tuvo un rol importante, pues durante los primeros decenios de la entrada en vigor del Código aludido, incluso las cuestiones más banales eran elevadas a la administración imperial para su interpretación, a despecho de la libertad que consagraba el texto positivo ⁽⁴²⁾. Lamentablemente, las cortes no hacían uso de tan valioso medio interpretativo.

En cuanto a su ideología el ABGB lleva la impronta del Iluminismo, pero no llegaba a sentirse el eco de la soberanía popular ni del liberalismo político que prevalecía ya en el Code civil de 1804.

Es esta primera etapa, se discuten también los tres proyectos de Código civil francés preparados por el tribuno Jean Jacques Regis Cambacérès (1753-1824), conocidos como los Codes de la Convention, a los que había precedido una frenética actividad legislativa tanto en los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado. El primer proyecto fue presentado por Cambacérès, en nombre del Comité de la Legislación, a la Convención Nacional el 9 de agosto de 1793. Contaba con 719 artículos, divididos a la usanza de las Instituciones de Gayo y de Justiniano en tres partes: personas, cosas y contratos. Reflejaba, en gran parte, la filosofía rousseauiana de la Convención al considerar a la familia, la propiedad y la herencia como instituciones de Derecho civil; instauraba el principio de igualdad de los hijos en las sucesiones. Se trataba de un ordenamiento típicamente «garantista», puesto que el individuo se hallaba al centro del sistema ⁽⁴³⁾.

Lamentablemente era moderado para el jacobinismo imperante. Tan pronto entró al debate, la Convención aprobó algunas leyes radicales como la abolición total del poder marital, la administración compartida de los bienes gananciales, el divorcio consensual. De un modo poco sutil contradecía así el proyecto. El jacobinismo, no obstante su brevedad, paradójicamente consideraba el proyecto muy extenso. Deseaba que se establecieran solo principios filosóficos y que las leyes civiles fueran objeto de desarrollo posterior a través de normas especiales. No asombra entonces que por Decreto del 3 de noviembre de 1793 se dispusiera su revisión integral, la cual debía llevarse a cabo por una comisión de seis filósofos, designados por el temible Comité de Salud Pública. Los juristas estaban excluidos de la misma. No eran tiempos propicios para ellos.

Posteriormente, Cambacérès alcanza el 23 Fructidor, año II (9 de setiembre de 1794) un segundo proyecto. Este insistía en la sistemática romana de las Instituciones (No en vano había recibido una formación romanista en Montpellier) y era sumamente breve: la suma de sus artículos solo llegaba a 287. Se trataba, como habían deseado los jacobinos, de un código de principios, exclusivamente filosófico, sustancialmente privado de toda tradición legal o consuetudinaria y expresión típica del Derecho Natural⁽⁴⁴⁾. La Convención Nacional aprobó solamente diez artículos y dispuso su revisión por el Consejo de los Once. Curiosamente, ahora, los convencionales, que libraban una ardorosa lucha entre sí (Robespierre y Sain Just ya estaban muertos), calificaban el proyecto más «una tabla de materias, antes que un cuerpo de leyes civiles»⁽⁴⁵⁾. Se comprendió, después de que los jacobinos cayeran en desgracia, que el Código debía ser una obra esencialmente jurídica.

Ya en el Directorio, el infatigable Cambacérès presentó el 24 de junio de 1796, un tercer proyecto al Consejo de los Quinientos. Los tiempos, sin embargo, habían cambiado. Ya no gobernaban Francia los jacobinos, ahora prevalecía una tendencia crecientemente conservadora que emprendió una firme revisión legislativa de las normas dictadas por la Convención (Se deroga, por ejemplo, la retroactividad en materia de sucesiones y se restringe el divorcio). Dentro de este contexto, el proyecto de Cambacérès, que había tratado de conciliar los principios filosóficos iusnaturalistas con la legislación y la costumbre, en 1104 artículos, no tenía ninguna posibilidad de promulgarse. Inclusive se estigmatizó su proyecto, porque contenía normas estimadas inmorales⁽⁴⁶⁾. Consiente de la inviabilidad de su proyecto, el propio Cambacérès que sobrevivió con éxito a la purga política desatada, no volvió a persistir. Sería necesario que un gobierno fuerte y audaz como el de Napoleón, llevara a feliz término el proceso codificador, que sería esencialmente una obra colectiva, resultado de la cooperación de los elementos más dispares, de la tradición legal y consuetudinaria y de la filosofía racionalista como veremos luego. En estas circunstancias, la obra de la codificación pasa a ser tarea de juristas conocedores del Derecho romano y consuetudinario y no de filósofos puros como la Convención había soñado.

Siempre en esta primera ola codificadora vendrían los códigos, símbolos por excelencia: los promulgados por Napoleón Bonaparte: el Civil en 1804, el de Procedimiento Civil en 1806, el de Comercio en 1807, el de Instrucción Criminal en 1808 y el Penal en 1810. A este último lo habían precedido dos Códigos Penales, promulgados durante la época del Derecho intermedio; es decir, durante la fase que transcurre desde la caída del Antiguo Régimen hasta la dación de los Códigos napoleónicos. El primero dictado el 6 de octubre de 1791 y el segundo aprobado el 25 de octubre de 1795.

En todo este período de *l'età delle codificazioni* ⁽⁴⁷⁾, el Código Civil sobresalió, ya por sus virtudes técnicas, ya por su oportunidad política y moderación y, básicamente, porque ideológica y políticamente representaba el triunfo, ahora en el plano normativo, de una clase social que desde la Baja Edad Media pugnaba por aprehender el poder del Estado: la burguesía.

La codificación napoleónica tiene, por otro lado, una característica hasta entonces inédita y, cuyo significado político y jurídico es inconmensurable. Antes de la Revolución francesa no existía en toda Europa esa forma de Derecho que confería a los códigos una verdadera autoridad normativa: La Ley Constituyente ⁽⁴⁸⁾. No cabe duda que la toma de poder político por la burguesía y la consecuente promulgación de la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» y de la Constitución de 1791, dieron nacimiento a un nuevo orden jurídico. El ejercicio de esta atribución legislativa implicó un real poder constituyente. A partir de entonces, podría armarse con coherencia todo el edificio legislativo burgués, incluido, naturalmente, el Código Civil. Estos dos procesos, ambos de codificación, que escindieron los ámbitos público - terreno de la política - y privado, determinaron, a la vez, la asunción de un rol predominantemente técnico del jurista y su plena despolitización ⁽⁴⁹⁾.

3. LA CODIFICACIÓN EN AMÉRICA

El movimiento codificador se presentaría también en América, incluso en un país del *Common Law* como los Estados Unidos. Así, en 1811, el filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832), escribió al presidente James Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incerteza del *Common Law*, ofrecía sus servicios para llevar a cabo la codificación del Derecho norteamericano ⁽⁵⁰⁾. Madison declinó la oferta. Años después, en el propio país surgiría la idea de elaborar un código. En 1836, el Parlamento de Massachusetts designó una Comisión con ese propósito, de ella formaban parte nada menos que uno de los juristas más brillantes de la historia norteamericana, Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo éxito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field, cuyo Código Civil (1858-1865) rechazado en este Estado después de un largo debate fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895) ⁽⁵¹⁾. El objetivo de este autor consistía en condensar el *Common Law* en fórmulas sistemáticas y accesibles, libres de anacronismos y adaptadas a las condiciones de la época. No es casual tampoco que hubiera tenido éxito en los Estados más jóvenes del Oeste, menos atados a las fórmulas históricas del *Common Law*, mientras que en Nueva York, un Estado de viejo origen colonial y vinculado más estrechamente a la tradición inglesa, tuvo una férrea resistencia de los abogados prácticos.

Por todo ello, la Unión Americana no estuvo al margen del proceso codificador. En primer lugar porque tuvo, como hemos visto, episódicos intentos de codificación del Derecho privado. En segundo lugar, porque se premunió, en 1787, de una constitución escrita, apartándose en ese sentido de la postura ortodoxa del *Common Law* que le habría exigido una Constitución basada en la tradición y en las costumbres y, en tercer lugar, porque en su propio territorio subsistían regiones que pertenecían al sistema romanista, como la ex colonia francesa de Lousiana, donde se dictó un Código civil en 1808, a tan solo cinco años de la venta del inmenso territorio de Nouvelle Orleans a favor de la potencia americana. Dicho código, reformado en 1819 y en 1825, condensaba las ordenanzas reales y la costumbre de París, vigentes hasta entonces, así como el Derecho

español (sobre todo las Siete Partidas) que dejó sus huellas durante la dominación hispánica del territorio; esto es, de 1726 a 1800 ⁽⁵²⁾. Hay serias dudas si la Comisión encargada de la elaboración y reforma del Código (integrada por Pierre Derbigny, Moreau-Lislet y Edward Livingston) tuvo o no a su disposición la versión final del Code napoleónico ⁽⁵³⁾, lo cierto es que se trató de un ordenamiento bastante original y adscrito a la tradición jurídica romanista, de la cual, a pesar de los embates del Common Law y de su inmensa repercusión, el Derecho de la Lousiana, afortunadamente, no ha llegado a salir, constituyendo en nuestros días un «sistema jurídico sui generis» ⁽⁵⁴⁾.

La codificación se desarrolla en América Latina, en forma simultánea al proceso codificador europeo. Si bien a aquella la preceden el Landrecht prusiano, el Code francés y el ABGB austríaco, se adelanta a la codificación italiana (1861), española (1889) y alemana del BGB (1896). Lo cual, como sugiere Bravo Lira, «invita a revisar la imagen, demasiado simplista, de que la codificación avanza desde la Europa hasta el resto del mundo» ⁽⁵⁵⁾.

Cabe preguntarse por las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano. Este es un tema que ha sido escasamente tratado ⁽⁵⁶⁾. Existen evidentemente investigaciones que han completado con innegable erudición el desarrollo de todo el proceso ⁽⁵⁷⁾ y al respecto queda poco que agregar. Lamentablemente, poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales o culturales en general, que acompañaron dicha formulación. Aquí también se perciben diferencias con las causas que alentaban las codificaciones europeas. Mientras que en los pueblos germánicos y en Italia eran concebidas como instrumentos hacia la unidad nacional y en Francia como medio eficaz hacia la uniformidad legislativa; en América Latina, no se presentaban tales presupuestos. Cuando promulgan sus Códigos nuestros países ya habían alcanzado la independencia política y la unidad nacional, incluso en aquellos lugares con inmensas poblaciones indígenas, se daba por concluida. Así mismo, desde la óptica liberal, no se presentía la necesidad de rescatar el Derecho consuetudinario, codificándolo a la par con las leyes. No debe olvidarse en ese sentido que el Derecho Indiano, que reconocía las fuentes consuetudinarias, fue desterrado. Lo más probable es que el mencionado proceso obedeciera a razones técnicas, políticas e ideológicas, todas ellas vinculadas entre sí. Técnicas, porque era sabido que la certeza jurídica, clave del progreso que afanosamente buscaban, no habrían de encontrarlo en la frondosa legislación colonial. Políticas, dado que cada Estado, así como contaba con una Constitución, ambicionaba también disponer de un cuerpo de leyes, susceptible de llamar nacional, digno de una nación independiente, que no toleraba continuar rigiéndose por las leyes de un país de cuyo dominio se acababa de librar. Ideológicas, porque la concepción iluminista -que ya tenía vieja data y que se asocia a la necesidad de certeza jurídica- se hallaba firmemente interiorizada en la conciencia de los grupos dominantes. El «ejemplo» de las naciones «civilizadas» cundía y era impensable que dejara de seguir el derrotero trazado por ellas. El paradigma francés era imprescindible, máxime cuando estos grupos, en todo género de ideas y comportamientos, hacían de Francia un referente obligatorio. Por otro lado, el Code napoleónico ejercía una fascinación cautivante. Se presentaba como la coronación de los ideales liberales que, en gran medida, habían inspirado los movimientos independentistas. Constituía un cuerpo legal prestigioso, amén de sus virtudes técnicas, porque cancelaba el odiado régimen absolutista. La lógica consecuencia estaba descontada: Si Francia tenía el Code, era natural que los flamantes estados tuvieran el suyo. Esto explica la premura de ciertos países en adoptarlo con tenues modificaciones.

Haití, en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano. Le sucede Santo Domingo, que bajo la dominación haitiana, en 1826, adopta los Cinq Codes, traduciéndolos al español en 1884. A estos dos les sigue el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer Código latinoamericano ⁽⁵⁸⁾. A continuación viene el Código Civil de Bolivia, dictado el año de 1831 por el Mariscal Andrés de Santa Cruz. Este mismo gobernante extiende, en 1836, el vigor de su Código, muy semejante al napoleónico, al Perú. A los Códigos de Santa Cruz, le sucede en Costa Rica, el año de 1841, el Código General de Braulio Carrillo, redactado por el mismísimo presidente de la república. Estos códigos fueron en líneas generales fuertemente inspirados en el Código de Napoleón, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho familiar, en base a las reglas del Derecho canónico, aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos códigos fueron una simple copia de Costa Rica, introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano - indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos del que inspiraron el código francés.

En la mentalidad de las clases dirigentes más lúcidas no tardará en descubrirse que la simple adopción del Código napoleónico, con una u otra reforma de por medio, está lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación; pero, por otro, conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretende regular. En estas circunstancias, adviene el Código civil peruano de 1852, que, se presenta como el primer código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo y, que abre en el proceso codificador latinoamericano una fase hasta entonces inédita: la de elaboración autónoma. El Perú se adelantó al brillante Código civil chileno, obra del sabio venezolano Andrés Bello, el mismo que entró en vigor en 1855, y al Código Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, que rige desde 1871 hasta hoy y, al no menos brillante Esbozo de Código civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, que sustancialmente sirvió de base al Código argentino. A diferencia de estos no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideológicas que patrocinaban Ramón Castilla y José Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos.

La estratificación social jerarquizada, la profunda religiosidad, el papel central jugado por la Iglesia Católica y el fuerte arraigo de la propiedad vinculada y de ciertas formas de servidumbre predial no habrían permitido, por ejemplo, una plena igualdad civil, la intromisión del Estado en las sacrosantas relaciones familiares y un repentino tráfico inmobiliario. Los países de América Latina, poseían, por otra parte una rica tradición jurídica desde la colonia. El Derecho castellano y lusitano rigieron aquí en todo su esplendor, sin los problemas que tuvieron que afrontar en Europa. Desde el siglo XVI funcionaban en América universidades, tribunales y una impresionante red burocrática religiosa y seglar que habían sentado las bases de un desarrollo jurídico respetable. Se produjo, en consecuencia, una simbiosis al interior del Derecho latinoamericano: De una parte, la tradición hispánica ⁽⁵⁹⁾ y de otra, la legislación y la doctrina modernas encarnadas en el Code de Napoleón y en sus primeros intérpretes. Queda claro que en esta etapa la fuerza seductora del Código francés no es tanta como usualmente se afirma, esto igualmente se explica, por los fuertes lazos que ataban a las clases dirigentes latinoamericanas con el pasado hispánico. Los valores y la mentalidad, no obstante la declarada simpatía republicana, en la práctica, no habían variado. A esa élite pertenecían los codificadores. Querían, pues, una transacción entre la herencia colonial y las ideas modernas. Los códigos de esta segunda fase encierran ese ideal social.

No puede dejarse de subrayar que los códigos latinoamericanos, cuyo segundo ciclo se inicia con la dación del peruano de 1852, primer momento de la codificación autónoma, en mayor o menor medida, bebieron de las fuentes castellanas o lusitanas y del Derecho francés. En ese sentido, fueron herederos de una tradición que hundía sus raíces en la Conquista, y de otro, receptarios de un Derecho moderno impregnado de iluminismo, optimista del porvenir y acogido voluntariamente ⁽⁶⁰⁾. Tradición sobre la cual el Derecho Romano operaba como factor de cohesión no solo entre las dos vertientes: la ibérica y la francesa, que recrearon el Derecho romano ⁽⁶¹⁾, sino inclusive de dichos códigos entre sí ⁽⁶²⁾. Por consiguiente, la codificación en Iberoamérica, aparentemente cancelaba un derecho que hasta entonces les era común, pero, al mismo tiempo, abrían las puertas de una anhelada integración jurídica.

Estos códigos derivados de más de una «mezcla» ⁽⁶³⁾ y que, en el caso del Proyecto de Freitas y de los Códigos de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, devinieron, usando la expresión de Sandro Schipani, en «códigos tipo» ⁽⁶⁴⁾. En efecto el Código de Bello fue adoptado por Colombia (que entonces incluía a Panamá) y El Salvador en 1860; por Ecuador en 1861; Nicaragua en 1871 y Honduras en 1880 ⁽⁶⁵⁾; en tanto que el Código argentino fue acogido por el Paraguay en 1876.

Al margen de las virtudes técnicas que encerraban estos códigos «tipo» y del inmenso prestigio intelectual de un humanista como Bello, no deben soslayarse otras razones tanto o más decisivas que facilitaron su recepción. La crisis que atravesaban los estudios de Derecho en aquellos países que acogieron podría dar una pauta. No estaban ausentes tampoco consideraciones ideológicas, en la medida que dichos Códigos no representaban un cambio traumático en el plano normativo, sino una progresiva adaptación del derecho existente y, que por lo mismo, no habrían de generar cambios desestabilizantes en la estructura económica y social. Finalmente, causas de naturaleza política pudieron haber acelerado este proceso. Hasta hoy no se ha emprendido un imprescindible estudio crítico de las actas de debates producidas en las cámaras legislativas y en las comisiones de reforma legal. Hasta que no contemos con esa información procesada con un criterio interdisciplinario, la historia de la codificación latinoamericana estará por hacerse.

NOTAS:

1. GIOLE SOLARI, «Individulismo e Diritto Privato», Turín, 1959, pp. 56-57.
2. BARTOLOME CLAVERO, «Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio», en Quaderni Fiorentini 18, Florencia, 1989, p. 84. Consideramos, sin embargo, que «códigos» no es una expresión feliz para aplicarla a los cuerpos positivos no modernos, siendo más pertinente la de «recopilación». Una precisión terminológica y conceptual ha sido sugerida por M. Viora, «Cconsolidazioni e codiificazioni», Turín, 1967. Las expresiones Código, Códice, Code hallan su origen etimológico en el término Codex que significa libro compacto cocido por el lomo.
3. *Ibíd.*, p. 84.
4. Un intento prematuro de codificación es el proyecto «Corpus Iuris reconcinnatum» del joven Leibniz, compuesto, en 1672, por encargo de von Boynebur, canciller de Maguncia. Vid. Viehweg, «Topica e Giurisprudenza», Milán, 1962, pp. 89 y siguientes.
5. LUIS DIEZ PICAZO sugiere un paralelo gráfico y elocuente con el nuevo calendario de los revolucionarios franceses, pero, sobre todo, con la reforma de las escalas de

- pesos y medidas que, trataban de «suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social». Vid. «Codificación, Descodificación y Recodificación», en Themis -Revista de Derecho Nro. 25, Lima, 1993, p. 12.
6. MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans.- «Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado» Bosch, Barcelona, 1975, p.61.
 7. BASADRE GROHMANN, Jorge.- «Los fundamentos de la historia del Derecho», segunda edición, Edigraf S.A., Lima, año(?), p. 362.
 8. Vid. Luis Diez Picazo, o., c., p. 13.
 9. Sobre este doble papel del Derecho véase el trabajo de WILLIAM M. EVAN «El Derecho como instrumento de cambio social», Applied Sociology; Opportunities and Problems, en Materiales de enseñanza de Introducción a la Sociología del Derecho, Lorenzo Zolezzi, PUCP, Lima, 1987, pp. 338 - 347.
 10. GALGANO, FRANCESCO.- «Il Rovescio del Diritto», Giuffré Editore, Milán, 1991, p. 11. Sobre estas ideas consúltese la traducción parcial al español en nuestros materiales de Historia del Derecho Peruano de la Universidad de Lima y en Cuadernos de Derecho Nro. 4, Revista del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.
 11. Una visión sintética de todos estos cambios puede encontrarse en el notable y ya clásico trabajo de Harold Lasky, «El liberalismo europeo», Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
 12. TIGAR, MICHAEL E., y LEVY, MADELAINE R.- «El Derecho y el Capitalismo», segunda edición, Siglo XXI, México, 1981. Tigar y Levy rechazan la posición asumida por historiadores como Tawney y sociólogos Max Weber que consideran a la reforma protestante como el clima moral del Derecho burgués. Sostienen, más bien, que la teoría legal de la burguesía fue anterior a aquella y que constituyó un ingrediente ideológico fundamental de la revolución burguesa.
 13. BERMAN, Harold J.- «Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition», Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1983. Pueden consultarse también los trabajos de Francesco Calasso: «Medio Evo del diritto», Giuffré, Milano, 1954; V. Piano Mortari: «Aspetti del pensiero giuridico medioevale», Liguori, Napoli, 1985; del mismo autor: «Gli inizi del diritto moderno in Europa», Liguori, Napoli, 1984 y, de Peter Stein: «I fondamenti del Diritto Europeo», Giuffré, Milano, 1987.
 14. POPPER, KARL R.- «La sociedad abierta y sus enemigos», Ediciones Orbis S.A., Buenos Aires, 1985. Aunque el libro es una suerte de manifiesto ideológico trae una serie de reflexiones históricas que nos parecen muy valiosas.
 15. Esta idea fue acuñada por un antropólogo del siglo XIX, Henry Maine, en su trabajo clásico «El Derecho antiguo», Editorial Extemporáneos, México, 1980.
 16. Lutero era un detractor de la teoría heliocéntrica de Copérnico. En tono de reproche diría: «Ha aparecido un nuevo astrónomo que se jacta de poder probar que la tierra se mueve y no el sol, la luna y las estrellas; este loco quiere cambiar por completo la astronomía sin tener en cuenta lo que la escritura dice sobre la cuestión cuando narra que Josué ordenó al sol detenerse y no a la Tierra». Calvino era también un severo crítico de esta teoría, convencido de que la Biblia había dicho la última palabra sobre la cuestión. Es su comentario al génesis cita el primer verso del Salmo

93 y pregunta: «¿Hemos de poner la autoridad de Copérnico sobre la del Espíritu Santo?». Las citas han sido tomadas del magnífico trabajo de Enrique Tierno Galván «Tradición y Modernismo», Editorial Tecnos, Madrid, 1962, p. 59.

17. LASKY, o., c., p. 76.
18. La relación entre el Estado moderno y la codificación ha sido expuesta por Doménico Corradini, «Garantismo e stadualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento», Giuffrè, Milán, 1971 y por Giovanni Tarello, «Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto», Il Mulino, Bolonia, 1976.
19. Vid. UNGARI, Paolo.- «Per la storia dell'idea di Codice», in Quaderni fiorentini Nro. 1, Firenze, 1972, pp. 207-227.
20. GERO DOLEZALEK ha empleado esta afortunada expresión para referirse a los juristas peruanos de la Colonia que miraban fuera del Perú e incluso más allá del mundo hispánico. Este elemento universalista era la nota dominante del *Ius Commune*. Véase de dicho autor «Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX», en *Diritto Romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Studi Sassaresi V. Giuffrè editore, Milano, 1981, pp. 491-518.
21. MARIO CATTANEO, «Illuminismo e legislazione», Edizioni di Comunità, Milano, 1996, p. 168.
22. PARADISI, Bruno.- «Questioni fondamentali per una moderna storia del Diritto», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* Nro. 1, Firenze, 1972, p. 8.
23. BERNARDINO BRAVO LIRA, «Codificación Civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y europeización», en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Coordinador Abelardo Levaggi, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, p. 84.
24. FRANZ WIECKER, *Storia del Diritto Privato Moderno*, Giuffrè, Milano, 1980, t. I, p. 496.
25. Seguimos en este punto el criterio de Franz Wiecker, *Ibíd.* Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el uso de la expresión «declinación» usada para describir la tercera fase, es sumamente discutida, más aún cuando en nuestro tiempo se presentan ciertos hechos que desmienten esa supuesta decadencia. A saber: 1. La puesta a la orden del día de los viejos ideales liberales que, precisamente, acompañaron a la codificación europea y latinoamericana del siglo XIX. 2. Los países que abandonaron el «socialismo real» y aquellos que instalan «economías socialistas de mercado» (?), retoman y modifican sus códigos. 3. El acelerado tránsito del Common Law hacia la codificación. Por todo ello quizás se pueda hablar de una cuarta etapa: la del rejuvenecimiento de la codificación.
26. *Ibíd.* P. 499
27. KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÖTZ, «Introduzione al Diritto Comparato», Giuffrè, Milano, 1992, p. 170.
28. DOMÉNICO CORRADINI, «Garantismo e Statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento», o., c., p. IX-X, p. 13.

29. *Ibíd.*
30. *Ibíd.*
31. WIEACKER, o., c., p. 504. No era la primera vez que Federico II expresaba aversión por las leyes ingentes y confusas. La exaltación de un cuerpo positivo perfecto, racional y funcional se halla a la base de su *Dissertation sur les raison d'établir ou d'abroger les lois*, en *Ouvres de Frédéric II, roi de prusse*, vol. II, 1790, p. 89 y siguientes.
32. SOLARI, «Individualismo e Diritto Privato», o., c., p. 83.
33. J. E. D. Bernardi citado por André Arnaud, «Les Origenes doctrinales del Code Civil Français», *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1969, Introduction, p. 3.k
34. Carta de Savigni dirigida en 1816 a von Arnim, citada por Wieacker, o., c., pp. 511-512.
35. CATTANEO, «Illuminismo e Legislazione», o., c.
36. ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p., 195, citando la obra de von Zeiler «Commentar über das allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch für die gesammtn Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1811-1813», I, p. 7.
37. PHILIPP RITTER HARRAS VON HARRASOWSKY, «Der Codex Theresianus un seine Umarbeitungen I», Viena, 1883, p. 11. (En el fondo de la biblioteca del Instituto de Historia del Derecho Italiano de la Universidad de Roma «La Sapienza»)
38. ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p., 197.
39. En general toda Europa, entendida muchas veces como la depositaria y protagonista de la modernidad, una serie de elementos propios del tradicionalismo persistieron en su estructura económica, en la cultura política y en la mentalidad popular, como lo demuestra el apasionante libro de Arno J. Mayer, «La persistencia del Antiguo Régime. Europa hasta la Gran Guerra», Alianza Editorial, Madrid, 1984.
40. ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p., 198.
41. WIEACKER, o., c., p. 515.
42. ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., pp., 198-200.
43. CORRADINI, o., c., p. 13.
44. P. A. FENET, «Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil», Paris, Videcoq, Libraire Place du Panthéon, Imprimerie D'Hippolyte Tilliard, 1836, t. I, p. XLVII.
45. Citación no precisada Gioele Solari, «L'idea individuale e l'idea sociale nel Diritto Privato», Fratelli Boca Editore, Milano, Torino, Roma, 1911, p. 159.
46. *Ibíd.*, p. 161.
47. BRUNO PARADISI, «Apologia della Storia Giuridica», Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 97-98.
48. Esta dimensión del problema ha sido subrayada por Cattaneo, «Illuminismo e legislazione», o., c., capítulo II: «La rivoluzione francese», 1: «La teoria giuridica rivoluzionaria». 2: «La codificazione francese», 3: «Dall'ideologia giuridica della Rivoluzione alla filosofia del Codice Napoleone», pp. 99-142. Una presentación global del problema puede encontrarse en el trabajo de Tarello, «Storia della cultura

- giuridica moderna...», o., c., pp. 25-28. También ha sido desarrollado por Clavero, en un trabajo ahora clásico: «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», o., c., pp. 79-145.
49. TARELLO, «Storia della cultura giuridica moderna...», o., c., p. 28.
 50. JHON HONNOL, «The Life of Law. Readings on the Growth of Legal Institutions», The Free Press of Glencoe, Collier - Mc. Millan-Limited, London, 1964, pp. 100-133. Esta compilación incluye la carta de Bentham, las actas del Congreso de Massachusetts, los informes de los comisionados - entre los que se halla David Dudley Field - para elaborar un Código Civil para el Estado de Nueva York y otros documentos importantes que conciernen al proceso codificador estadounidense.
 51. *Ibíd.*
 52. DAINOW. «Le droit civil de la Lousianie», en *Revue International de droit comparé*, Nro. 6, 1954, p. 19; John H. Tucker, «The Code and the Common Law in Lousiana», en *The Code Napoleon an the Common Law*, B. Schwartz, New York University Press, 1956, pp. 346; Barham, A., «Methodology of the Civil Law: The French Experiencie and its Implications for Lousiana Law», en *Tulane Law Review* Nro. 56, 1982, pp. 477 y ss.
 53. TUCKER, o., c., p. 371.
 54. DAINOW. o., c., p. 32.
 55. Bernardino Bravo Lira «Codificación en Iberoamérica y en la Península Ibérica..», o., c., p. 38. Tal afirmación se encuentra consignada en la página 82. Más adelante dicho autor reconoce: «Ciertamente la codificación es de raíz europea». Agregando: «Tiene su foco en Europa Central y en Francia. Desde allí se extiende al resto de Europa continental y a ultramar, a los países regidos por el Derecho castellano y portugués, Iberoamérica, Filipinas y demás» (p. 84)
 56. El estudio de VICTORTAU ANZOÁEGUI. «La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas», Buenos Aires, 1977, constituye una excepción notable. Sin embargo, el tema está lejos de haber sido agotado.
 57. Los esfuerzos de historiadores del Derecho como Bernardino Bravo Lira y Alejandro Guzmán Brito desde la *Revista Chilena de Historia del Derecho* y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, respectivamente, pueden ser considerados inmejorables. Véase también las cronologías de la Codificación en Europa y América. En: Apéndice de la *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 7, Valparaíso, 1982, pp. 102-109 y SCHIPANI, Sandro.- «Nota Introductiva». En: *Diritto Romano, Codificazione e Unita del Sistema Giuridico Latinoamericano*, Studi Sassaresi 5, o., c., p. XIII. Más recientemente en los anexos del trabajo de Bernardino Bravo Lira, «Codificación Civil en Iberoamérica y en la península ibérica ...», o., c., pp. 131-138.
 58. FRANCISCO DE ICAZA, «La codificación civil en México (1821-1884)», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre del Derecho, año 9, Nro. 9, México, 1985, pp. 265-278. También, José Luis Soberanes Fernández, «Las codificaciones del Derecho Privado Mexicano en el siglo XIX», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre del Derecho, año 10, Nro. 10, México, 1986, pp. 373-384.
 59. Insiste en dicha influencia DE LOS MOZOS, José Luis.- «Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello». En *Diritto Romano, codificazioni e unitá del sistema giuridico latinoamericano*, o., c., pp. 163-197.

60. Sobre la diversidad de fuentes del Derecho hispanoamericano consultar ZORRAQUIN BECU, Ricardo.- «La recepción de los Derechos Extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX», en la Revista de Historia del Derecho # 4, Bs. As., 1976, pp. 325-359.
61. Sobre la presencia del Derecho romano en España vid. El volumen «Cultura Ibérica e Diritto romano», Studi Sassaesi 8, Edizioni Scientifiche Italiane, a cura de Sandro Schipani, Napoles, 1986. Por otro lado, sobre conexiones generales entre el Derecho Romano y el Código de Napoleón, puede consultarse el trabajo de SACCO, Rodolfo. «Diritto Romano e Code Napoleon», en Index 14, Nápoles, 1986, pp. 99-108. En tanto que la influencia del Derecho Romano en los países latinos de Europa: GAUDEMET, JEAN. «La reception du Drouet romaní dan les País Latinos», en Diritto Romano, Codificazioni, il sistema giuridico latinoamericano, o., c., pp. 447-490.
62. GUZMÁN BRITO, Alejandro. «La función del Derecho Romano en la unificación jurídica de Latinoamérica», en Index 6, Nápoles, 1982. pp. 74-82. CASTAN VASQUEZ, JOSE MARIA. «El Código Civil de Bello y el Derecho latinoamericano, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 333-342, en el mismo volumen vid. GUISALBERTI, Carlo. «Il Codici Civile di Andrés Bello, Códice latinoamericano», pp. 305-317. GODART, JORGE ADAME. «Vélez Sarsfield y la América Latina», en Dalmasio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano, CEDAM, Pádova, 1991, pp. 583-585. En la misma publicación consúltese CARRANZA, JORGE. «Dalmacio Vélez Sársfield y la América Latina», pp. 596-610. CATALANO, PIERANGELO; STEGER H.A., LOBRANO, GIOVANNI.- «América Latina y el Derecho Romano», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
63. El método comparatista usado por los legisladores resultó crucial en la producción de los Códigos. Junto al Code tenían a la vista el Landecht prusiano, el ABGB austríaco y una serie de cuerpos normativos europeos y americanos.
64. SCHIPANI, SANDRO. «I Códice Latinoamericani della 'transfusión' del Diritto Romano e dell'indipendeza, verso codici della 'mezcla' e codici 'tipo'», en Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano, o., c., pp. 645-648.
65. BERNARDINO BRAVO LIRA, «La difusión del Código Civil en los países de Derecho castellano y portugués», en «Andrés Bello...», o., c., pp. 343-373.

Código Napoleónico: Fuentes y Génesis

Carlos Ramos Núñez^{1*}

«Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil».

«Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código civil».

Napoleón Bonaparte, desde el destierro en Santa Elena

En el proceso de codificación desatado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, el Código civil francés o *Code* de Napoleón representaba la culminación y el paradigma ⁽²⁾.

La culminación, porque no basta considerarlo como fruto inmediato de la revolución, sino como el más feliz y logrado resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial de un modo peculiar de entender al *Ius Comune*, *el mos gallicus*, sin olvidar ciertamente el crisol de costumbres y, el paradigma, porque impuso una nueva lógica y porque no hubo en adelante proyecto de código civil alguno en el orbe que no tuviera como referente obligatorio a esta obra notable.

A contrapelo de los códigos de Baviera, del *Landrecht* prusiano y del Código Civil austriaco, el *Code* no fue más el producto del absolutismo, sino más bien, de un iluminismo razonablemente liberal; política e ideológicamente moderado, apaciguado ya del radicalismo de la revolución ⁽³⁾, pero que recogía con fidelidad el programa ideológico de la burguesía. Con todo ello, el modelo garantista que considera al individuo el eje de la sistematización del Derecho será su guía principal y prevalecerá como filosofía ⁽⁴⁾.

1 * Carlos Ramos Núñez, «El Código de Napoleón en América», en *Latinidad. 6 enfoques actuales*, Unión Latina, Lima 1994, pp. 25-37.

1. EL CODE: CRISOL DE INFLUENCIAS

El Código civil francés encuentra su antecedente más lejano en la «codificación» de Justiniano, el *Copus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano, en Constantinopla, entre los años 529 a 533⁽⁵⁾, pero, más concretamente en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática.

La vinculación del Código napoleónico con la compilación de Justiniano no es, sin embargo, inmediata, hubo un intermediario histórico: *el Ius Comune*. La resurrección de los estudios de Derecho romano por obra de los glosadores en la Baja Edad Media, a la vez que contribuyó a un mejor conocimiento del Derecho romano justiniano, tendiendo un puente con antigüedad clásica y posclásica, hizo posible a los comentaristas construir un Derecho privado común de base romana, con materiales múltiples derivados del Derecho canónico, consuetudinario, estatutario, germánico, capaz de adaptarse a las relaciones creadas por las nuevas condiciones históricas y de imponerse por su carácter universalista a todo el mundo occidental. La formación de un Derecho privado común sobre soportes romanos allanó el camino a la unificación del Derecho privado. En ese sentido, el *Code* se adscribe a la tradición romanista y es el heredero del *Ius Comune*. Empero, dicha irrecusable filiación no debe hacernos olvidar la existencia de otras fuentes normativas como las costumbres de cuño franco-germánico y filosófico como el iusnaturalismo racionalista.

El texto del *Code* refleja, en efecto, múltiples influencias. Una parte de ellas fue tomada de los juristas que, desde el siglo XVI, habían venido trabajando con los materiales del Derecho Romano, en el interior de la rica tradición culta del *mos gallicus*, una suerte de rama francesa en el interior del *Ius Comune*, inaugurada en Francia, curiosamente, por un jurista milanés, Andrés Alciato (1492-1553); continuaba luego por los humanistas Jacques Cujaz (Cujacius, 1522-1590), el más alto representante del humanismo jurídico, a la vez que severo crítico del *mos italicus*⁽⁶⁾ y por los trabajos sistematizadores de Hugh Doneau (1527-1591), más conocido como Donellus. Otra contribución importante, en esa marcha incesante a la sistematización que solo acabaría con la promulgación del *Code*, fue ofrecida por juristas prácticos como Charles Du Moulin (1500-1566) y Guy Coquille (1523-1603), quienes, sin perjuicio de manejar con solvencia las fuentes romanas, se complacían en consolidar y comentar el Derecho consuetudinario⁽⁷⁾. Una frase de Coquille resume el ideario de esta corriente: «nuestras costumbres son el verdadero Derecho Civil»⁽⁸⁾.

Vendrían luego, cada vez más cerca de la codificación napoleónica, los aportes fundamentales de Jean Domat (1625-1676), con su trabajo *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (publicado entre 1690 a 1697). La obra de Domat, portadora de ambas tradiciones –la romana y la consuetudinaria–, llegó a ser utilizada por los codificadores en virtud a sus principios generales que, recogiendo al Derecho romano, lo despojan de sus elementos anacrónicos y casuísticos, proponiéndose una vocación sistematizadora más resuelta. Sobre la base del Derecho romano, Domat, a la sazón, jurisconsulto de la monarquía absoluta de Luis XIV y estrecho amigo de Pascal, presentaba un sistema completo de Derecho Civil, al punto que su trabajo ha sido considerado con justicia «*le préface du Code Napoléon*»⁽⁹⁾. Jean Domat, llamado por Boileau, «el restaurador de la razón en la jurisprudencia», dado que, como lo insinúa el sugerente título del artículo

de Marie France, Renoux-Zagamé, su obra significó un tránsito «de los juicios de Dios al espíritu de las leyes»¹⁰.

De un sistema medieval, en el que la razón se echaba de menos, en el que prevalecían las ordalías o los juicios de Dios que confiaban el destino de los pleitos e individuos al aleatorio e increíble «designio divino», a un sistema racional y predecible como el que habría de plantear un siglo después Mostequeiu en su famoso libro. Domat, pues, introducía cambios sustanciales en los métodos de exposición e interpretación del Derecho. La vieja escolástica se hallaba prácticamente desterrada de su pensamiento y, aunque, nos encontramos todavía ante un jurista fuertemente imbuido por la fe religiosa y los dogmas eclesiásticos (aconseja a los jueces, quienes «continuamente faltan a su misión», a «juzgar como Dios mismo juzgaría»⁽¹¹⁾); se advierte al instante, el interés por sistematizar las heterogéneas piezas del conglomerado jurídico: el Derecho romano, el Canónico, las Ordenanzas reales y las costumbres regionales, y, reformularlas en términos generales. Por todo ello, puede decirse que Domat es uno de los precursores del *Code* y cumple en el plano de la Jurisprudencia el mismo rol que en el campo filosófico ejerció Descartes: reimplantar la razón. Sin embargo, el proceso de racionalización del ingente material jurídico no acabaría con Domat, puesto que uno de los esfuerzos más logrados con este propósito fue emprendido por un jurista más próximo aún a la codificación moderna Robert-Joseph Pothier (1699-1772), cuyo *Traité des obligations*, aparecido en 1761, recogía, sin considerarlos incompatibles, tanto el Derecho romano como el *droit coutumier* o consuetudinario. Pothier simplificaba así la labor de los codificadores y su obra vino a ser, de hecho, un comentario anticipado de la obra de estos. Pothier también fue el autor de las célebres *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, comentarios sistemáticos del Derecho Romano, que en la última fase de la codificación sirvieron sustancialmente al legislador⁽¹²⁾.

1.1 El Derecho romano

Es digno de resaltarse que el Derecho romano no tuvo fuerza vinculante en Francia. Los monarcas franceses estaban más preocupados en defender su soberanía frente al Imperio o, a lo que quedaba de él, mientras que los juristas, fieles al rey, tenían gran consideración al principio, conforme al cual el Derecho romano sería aplicado no en razón de su promulgación por parte del Imperio romano, sino más bien en virtud de la fuerza de la costumbre y por sus cualidades intrínsecas: «*non ratione imperii, sed imperio rationis*». La desconfianza francesa por el Derecho romano se deriva de una idea que se abrió camino en el medioevo; según la cual este Derecho, como orden normativo del *imperium romanum*, sería un Derecho imperial, y como tal, propio de toda Europa occidental. Como Derecho imperial que era podía regir eventualmente en Francia, hallando en dicho motivo fuerte oposición, pues como se sabe, en la práctica, la idea de imperio (con la consiguiente pretensión universalista) se hallaba patrocinada por la monarquía germánica⁽¹³⁾.

El rechazo, de la naturaleza fundamentalmente política, llevó a decretar, en 1219, su prohibición en la Universidad de París. Prohibición que se mantuvo hasta 1679, cuando el imperio germánico no constituía ya ningún peligro. A la hostilidad contra el Derecho romano concurrió también otra razón: el creciente prestigio de las escuelas de Derecho y la competencia que ven en ellas las escuelas de Teología. Con todo ello, en Francia, con cierto retardo se produjo una recepción del Derecho romano justiniano y, a partir del siglo XIII florecieron centros de estudio en Toulouse y Orleans que rivalizaban con las universidades italianas de Boloña, Ravena y Pavia.

Sin embargo, la recepción del Derecho romano no alcanzó la dimensión que tuvo en Alemania. Tanto la Corona como los abogados prácticos continuaban aferrados al *droit coutumier* y estaban convencidos de su primacía. Este fenómeno hace de la experiencia francesa un caso singular, al punto que Dawson prefiere hablar de la «*french deviation*»⁽¹⁴⁾.

Francia ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreó el Derecho romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho romano es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos, configurando el *Ius Comune*, «espina dorsal de la historia del Derecho francés»⁽¹⁵⁾. No es casual que un estudioso como Maitland ligado al Common Law, y por lo tanto, fuera de sospechas filoromanísticas, sostuviera con razón: «Europe without the Digest would not be the Europe that we know»⁽¹⁶⁾ («Europa sin el Digesto no sería la Europa que conocemos»). Fue precisamente en las escuelas francesas donde el humanismo jurídico –corriente que admiraba la cultura clásica y veía con ojos nuevos pero eruditos a la compilación justiniana–, logró su mayor esplendor, cancelando la hegemonía que los italianos habían detentado durante más de tres siglos en el estudio del Derecho romano. Por otro lado, en la última fase de la codificación, este ocupó un «puesto de honor», lo cual se comprende fácilmente, como anota Solari, puesto que «de los Derechos históricos era el más perfecto, el menos lejano de las exigencias de un Derecho racional»⁽¹⁷⁾.

1.2 El Derecho consuetudinario, particularismo jurídico y codificación

Otra de las fuentes de la codificación napoleónica, el *droit coutumier* prevalecía en la zona noroccidental, de origen franco-burgundo, es decir, en las tres quintas partes del territorio actual, contra las dos quintas partes restantes del área centro-meridional del *Droit écrit* de raíz romana-visigótica⁽¹⁸⁾. En realidad, esta diferencia no era tan rígida como a primera vista parece, puesto que en el sur del país, en ciudades como Burdeos y Toulouse, habían también costumbres escritas de origen germánico, influenciadas, claro está, por el Derecho romano vulgar primero, y por el justiniano después. Y viceversa, las regiones del norte no permanecieron inmunes al Derecho romano donde tuvo el rango de *ratio scripta* supletoria; de modo que si un problema no estaba regulado por el *Droit coutumier* se recurría al Derecho romano. Generalmente esto sucedía en materias como las obligaciones y los contratos que exigían un tratamiento más refinado⁽¹⁹⁾.

En el norte tras la caída de los Carolingios, entre los siglos X y XI, coincidiendo con la subdivisión del reino franco en innumerables secciones dinásticas y eclesiásticas, esta región del país se vio anegada de costumbres locales. Eran tantas que, al cabo de un tiempo, hacia el siglo XIII, empezaron a aparecer, merced a la pluma de los prácticos, una serie de escritos jurídicos que describían las costumbres de una cierta zona. Entre las obras más famosas pueden citarse el «*Livre de Justice ed de Plet*», que describía las *coutumes* de Orleans; además de la famosa completa y razonada recopilación de *Coutumes de Beauvaisis* llevada a cabo por Philippe de Beaumanoir. A pesar de estas fijaciones escritas de la tradición oral subsistía una tremenda fragmentación de las costumbres, fue necesario entonces que el rey francés intervenga. Es así que Carlos VII, el año de 1454, promulgó la ordenanza de «Montils-les Tours», a las que siguieron otras *Ordennances* reales en las que disponía que las costumbres de los diversos terrenos fuesen reformuladas por escrito con

la colaboración de funcionarios de la Corona. Este arduo trabajo recién concluyó en el siglo XVI, después de vencer la resistencia que ciertas regiones, en especial de la Normandía, oponían ⁽²⁰⁾. Paralelamente la *Coutume de Paris*, cuya redacción se remonta a 1510, y que, en esencia, fue un cuerpo de jurisprudencia sistemática del Parlamento de esta ciudad, terminaba por imponerse sobre el resto de costumbres locales, muchas de las cuales asimila.

El año de 1580 fue concluida una recopilación de todas las *coutumes*, tal como había sido dispuesto más de un siglo antes, en 1454, por el rey Carlos VII, lo cual se logró merced a la amplia jurisdicción del Parlamento de París. Se trataba de otro paso para lograr la unificación legislativa tan deseada. La redacción de las costumbres, a juicio de Olivier-Martin, «salva, a la Francia de una recepción masiva del Derecho Romano como la efectuada en Alemania» ⁽²¹⁾. Con la fusión de las *coutumes* en cuerpos orgánicos, aparece un Derecho consuetudinario común, idóneo para amalgamarse luego con el *droit écrit*. Sin esa condensación previa, como advierten Zweigert y Kötz, «el Código Civil de 1804 no habría podido realizar la unificación del Derecho en Francia» ⁽²²⁾. La influencia del Derecho romano sobre esa masa de costumbres germánicas tampoco estaba ausente. A pesar de que en Francia se había logrado la unidad política y gracias a una tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta se había conseguido cierta uniformidad en las costumbres, todavía se presentaba en el país la división entre regiones *de droit écrit* y *de droit coutumier*. Pluralismo jurídico insoportable para el Iluminismo, que, hizo proclamar a uno de sus genuinos representantes, Voltaire, entre irónico y mortificado:

«Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar» ⁽²³⁾.

La codificación, ante todo, debía acabar con ese particularismo jurídico ⁽²⁴⁾ de matiz feudal, sustituyéndolo con un Derecho general para todos los súbditos, fundado en la razón. Los inconvenientes de este particularismo jurídico no llamaban la atención mientras la vida social se desarrollaba en el interior de pequeños territorios; pero al intensificarse las relaciones sociales con el cambio de las condiciones económicas y el desarrollo de la manufactura y el comercio, con la centralización creciente del poder político que se proponía la unidad política y administrativa, se hizo cada vez más imperiosa la uniformidad y la certeza en materia legal ⁽²⁵⁾. La lucha contra esa especie de maraña legal y consuetudinaria propia del Medioevo y del antiguo régimen alcanzó incluso carácter programático, al haber sido incluida como una de las exigencias del nuevo Estado en el Título 9 de la Constitución de 1792 ⁽²⁶⁾.

Tal había sido también una inacabada aspiración de la monarquía absoluta. La burguesía, ya en el poder, habría de proseguir y concluir este proceso. Con el *Code* el Derecho Civil, que hasta entonces había sido considerado, en las regiones de *droit écrit*, como «derecho de la razón», o «derecho natural», sustraído del arbitrio del soberano; o bien, en las zonas de *droit coutumier*, como un orden jurídico descentrado, territorial y estamental, garantizando por inmunidades feudales, se convierte en Derecho del Estado para «todos los franceses» ⁽²⁷⁾. Es, pues, el punto de arribo de un largo camino hacia la uniformidad jurídica.

El Código napoleónico no desatendió las costumbres hasta entonces existentes. Así, frente a la diversidad de las fuentes utilizadas para su elaboración (esa es virtud que explica en gran parte su perdurabilidad), un historiador del Derecho, Bertauld, exclamaba:

« Si, nosotros franceses, hemos nacido de la mezcla y el cruce de diversas razas, ellos también (los Códigos) son el resultado de una laboriosa y lenta fusión. Como a la nación en la que se aplicarían, aquellos derivan de la complejidad y su genealogía está ligada a todas las variedades y a todas las raíces de nuestra historia... Como nuestra sangre... la fuente de nuestra legislación no es solo gala ni puramente romana y, tampoco solo germánica. Ella ha recibido un contingente de todas» ⁽²⁸⁾.

1.3 La filosofía moderna: iusnaturalismo y jansenismo

Otro de los soportes del *Code* que no debe ser menospreciado es de naturaleza filosófica ⁽²⁹⁾. Detrás de la tan decantada transacción entre Derecho romano y las costumbres, de la que ya hemos dado cuenta, se encontraría la confluencia de dos tradiciones filosóficas imperantes en Francia, entre los siglos XVII y XVIII: la escuela moderna del Derecho natural y la versión jansenista ⁽³⁰⁾ del protestantismo que profesaban muchos juristas franceses ⁽³¹⁾. Según el autorizado criterio de Arnaud, discípulo de Michel Villey, la genética del Código napoleónico debería buscarse ante todo en la doctrina iusfilosófica ⁽³²⁾. El Código aparece entonces como: «*un término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa. Por un lado, una corriente empírica, positivista, austera y reaccionaria, sostenida por una suerte de jansenismo jurídico y, por otro, una tendencia iusracionalista moderna,...*» ⁽³³⁾.

Arnaud insiste que el verdadero conflicto, antes que en el aparente dilema Derecho-costumbre, se presentaba entre el viejo y nuevo orden jurídico, «entre la tradición, auspiciada por el movimiento jansenista escéptico y antirracional, y la corriente iusnaturalista moderna» ⁽³⁴⁾. Equilibrio difícilmente logrado que abarca las fuentes, el plan y hasta la sustancia del *Code*. Por eso, mientras que la primera cohesionaba las leyes positivas, sean escritas (léase racionalistas) o consuetudinarias (léase irracionalistas); la segunda pretendía que dichas reglas guardasen conformidad con la razón. La raíz conservadora del código se halla en la primera; es decir, en las fuentes especialmente en aquellas de procedencia consuetudinaria. La impronta revolucionaria burguesa en la segunda, es decir, en el plan, en la sistemática. Con está se impulsarían las reformas económicas y sociales que los tiempos demandaban, con aquella se controlarían los excesos, convirtiendo a la larga al código, cuando las conquistas burguesas ya se habían consumado, en un instrumento de conservación social.

A pesar de que la tesis de Arnaud es muy sugerente, no han faltado, como es natural en la investigación científica, algunas observaciones. Posiblemente, las atingencias más sólidas han sido formuladas por Giovanni Tarello ⁽³⁵⁾. El desaparecido jurista italiano cuestionaba la sobrevaloración que concede Arnaud a las fuentes doctrinarias. En ese aspecto el trabajo del estudioso francés asumiría un «*senso idealistico*» y revelaría una marcada propensión hacia «esquemas interpretativos en los cuales las cosas derivan de las ideas, antes que estas últimas de las primeras» ⁽³⁶⁾. En efecto, sin negar el rol activo y, hasta la fuerza motriz que tienen las ideas en el complejo histórico, no se puede subestimar el papel de otros elementos sociales y culturales que se hallan completamente ausentes en el análisis de Arnaud. En segundo lugar; Tarello estima que las categorías «*école du droit naturel moderne*» y «jansenismo des gens de lois» («escuela moderna del Derecho natural» y «jansenismo de la gente de leyes» –léase operadores técnicos del Derecho–) son «bastante vagas», «inútiles y equívocas» ⁽³⁷⁾. La primera expresión abarca a jusnaturalistas que van desde Grocio a Barbeyrac, incluyendo a figuras tan dispares como Pufendorf y Leibniz o

como Locke y Wolff y, parece caracterizarse solo por su cotejo (formulado ya por Villey) con otra etiqueta «droit naturel classique», que abarca todas las doctrinas que esgrimen una concepción no subjetiva del *ius* desde Aristóteles hasta Suárez, pasando por Tomasio. Encuadrar a los juristas franceses de la segunda mitad del Seiscientos y de la primera mitad del Setecientos en estas nociones, de por sí muy discutibles, de «modernistas» y «jansenistas», hace perder de vista que se ocupaban del comentario de las costumbres y de la práctica judicial prevalecientes y echa sombras sobre el probado credo iluminista de dichos autores que, buscaban desde entonces –¡qué duda cabe!–, una sistematización más racional del Derecho.

Resulta preciso, sin embargo, como lo hizo Arnaud, subrayar la importancia de la filosofía como un elemento fundamental en la construcción del *Code*, presentándolo como el resultado de largos años de reflexión y de práctica jurídica. La importancia histórica de la Escuela del Derecho natural puede valorarse mejor si consideramos que los principios por ella elaborados se tradujeron en normas jurídicas positivas, dando vida y significado nuevo a las formas jurídicas tradicionales ⁽³⁸⁾, como el Derecho romano y las costumbres locales. Con esta filosofía se intentaba interpretar, modificar, corregir e integrar la tradición, no destruirla. El Derecho romano, por ejemplo, merced a los principios de dicha escuela adquiere un nuevo espíritu. De otra manera, no se podría comprender cómo aquel haya terminado sirviendo a la causa de la libertad y a los fines del individualismo,

«Después de haber sido durante todo el Medioevo y en el período de formación de los Estados nacionales, invocado contra la libertad individual, a favor del Derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo» ⁽³⁹⁾.

Nutren también al Código y al proceso de unificación legislativa que lo precedió, el pensamiento de autores tan diversos uno de otro como Montesquieu, Rousseau y Voltaire, unidos, sin embargo, por su voluntad iluminista. Su pensamiento no solo influyó en el campo de las ideas políticas sino, incluso, en la lógica y en la sustancia del Derecho Privado. La afirmación del individuo, el carácter general e impersonal de las normas, la fe en el legislador y el rol meramente fonográfico del juez son solo una muestra de una presencia harto elocuente en el *Code* ⁽⁴⁰⁾. No estuvieron ausentes tampoco las doctrinas de los fisiócratas, economista y filósofos al mismo tiempo. La convicción de que la propiedad privada era de Derecho natural (recibida de Locke), la condena de la propiedad feudal, la libertad económica y la emanación del suelo constituían algunos de los fundamentos teóricos básicos que el Código civil se encargó de recoger. Asimismo, gracias a la afirmación de los Derechos del hombre por la nueva conciencia jurídica, gestada a partir de la filosofía, fue posible la renovación de los principios del Derecho privado. Si observamos con calma, veremos que todas las reformas civiles que se sucedieron en el período revolucionario y que tuvieron su culminación en el *Code*, procuraron –a despecho de lo que realmente ocurrió– inspirarse en las ideas de libertad, propiedad e igualdad. La filosofía del Derecho natural terminó absorbiendo y recreando a las otras fuentes, pues, según explica Solari:

«Ante la idea de unidad ningún sacrificio parecía grave: el Derecho romano, canónico, germano, feudal, productos imperfectos del tiempo, debían de dar lugar al Derecho eterno de la naturaleza» ⁽⁴¹⁾.

2. LA GÉNESIS POLÍTICA DEL CODE: NAPOLEÓN Y EL CONSEJO DE ESTADO

La génesis externa más inmediata del *Code* se inicia en 1800, cuando los Cónsules (en la práctica Napoleón Bonaparte que era el primer Cónsul) designan una Comisión integrada por cuatro miembros (que no eran precisamente revolucionarios, sino más bien abogados y jueces prácticos): François Denis Tronchet (1726-1806), literato, traductor, y, en ese momento, Presidente de la Corte de Casación; Jélix Julien Jean Bigot de Prémeneau (1747-1825), abogado ante el parlamento de París, y comisario del gobierno ante la Corte de Casación (ambos profundos conocedores del *Droit coutumier*) Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807), alto funcionario administrativo, además de brillante orador y escritor; y Jacques Maleville (1741-1824), magistrado de la Corte de Casación, primer comentarista del *Code* ⁽⁴²⁾, expertos los dos en el *Droit écrit*. La comisión en pocos meses alcanza su proyecto al Consejo de Estado, tras haberse debatido en la Corte de Casación y en las diversas Cortes de Apelación. El proyecto es discutido en el Consejo de Estado, con la participación del mismo Napoleón. El resultado de esta reelaboración fue parcialmente rechazado por el Congreso, pero, hechas las modificaciones pertinentes poco a poco iba siendo aprobado, hasta que el 20 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad, bajo el título de *Code civil des Français*. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante Emperador. El año de 1814, con la restauración monárquica, si bien no llegaron a derogarlo, preferieron llamarlo simplemente *Code civil*. A la larga la historia hizo justicia y quedó designado desde 1870 como *Code Napoléon* ⁽⁴³⁾.

Por otro lado, en concurrencia con el impulso político e ideológico de la Revolución, solo con la iniciativa de Napoleón Bonaparte, designado Primer Cónsul en 1800, se pudo llevar a feliz término la codificación de Francia. Además la personalidad de este genial gobernante tiñe el *Code* en su espíritu y contenido. No obstante de que durante esa época se hablaba en plena campaña militar contra Inglaterra, se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado ⁽⁴⁴⁾. De ciento dos sesiones, dedicadas a debatir el Código, dirigió personalmente, cincuenta y siete ⁽⁴⁵⁾. En los debates su participación fue vivaz. No dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados sean fácilmente comprensibles y hasta ciertas instituciones como la idea de una familia sólida y patriarcal, la prohibición de los hijos ilegítimos para indagar la paternidad, el divorcio consensual y la adopción llevan su impronta ⁽⁴⁶⁾. Que Bonaparte mismo fuera consciente de su rol en la dación del *Code*, se desprende de su famosa frase pronunciada en el exilio de la isla Santa Elena:

«Mi verdadera gloria no consiste en haber vencido 40 batallas; Waterloo borraré el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borraré, aquello que vivirá eternamente, es mi Código civil y (subrayando su intervención) las actas verbales del Consejo de Estado» ⁽⁴⁷⁾.

El Código no fue solo, sin embargo, el producto de la discusión en el Consejo de Estado, que habría finalizado, mas no iniciado el trabajo. «Los autores –según Esmein– antes que sus profetas, fueron discípulos» ⁽⁴⁸⁾, que no lo consideraban como un punto de partida totalmente nuevo, como el inicio de una nueva era, sino, por el contrario, como una conclusión, como «punto de arribo y de partida al mismo tiempo, una síntesis del pasado que no debería excluir la sobrevivencia y la aplicación del Derecho precedente» ⁽⁴⁹⁾. Es interesante la observación formulada por Helmut Coing cuando sostiene que el carácter revolucionario del Código se manifiesta más en sus carencias, en el hecho que no contiene instituciones jurídicas antiguas. Falta, por ejemplo, la subordinación feudal señor-vasallo. Está ausente también el *censive* o la relación jurídica entre el dueño de la

tierra y el campesino y se prescinde de las prestaciones personales que ataban al siervo a su señor. En este aspecto, el *Code* habría roto con la tradición jurídica anterior. Pero si nos detenemos a examinarlo podemos extraer una imagen diversa, que la que se infieren sus deudas con el pasado. Así, la construcción sistemática reposa fuertemente en la clasificación de las Instituciones de Gayo y Justiniano. Muchas de las instituciones jurídicas fundamentales como las obligaciones descansan íntegramente en el Derecho existente en 1789⁽⁵⁰⁾.

Lo que no debe olvidarse es que están animadas de un nuevo espíritu y en otras manos que no son más las de la aristocracia.

Tras el código reposaban un conjunto variopinto de tradiciones y de intereses jurídicamente articulados que era impensable que fueran desarrollados en pocos meses de debate. Además, el proceso de codificación o, mejor dicho, la unificación del Derecho en Francia era de vieja data. La virtud de Napoleón y de sus colaboradores fue dar término a este proceso.

No debe de perderse de vista tampoco la posición moderna que asumió el Consejo de Estado, equidistante por igual del espíritu reaccionario del Antiguo Régimen y del radicalismo de la revolución imprimen al *Code* de un espíritu ideológica y políticamente tibio. Basta echar una ojeada a la trayectoria política de los miembros de la Comisión, de los «artesanos del Código», en la feliz expresión de Arnaud, para cerciorarnos que no estamos ante legisladores con propensiones revolucionarias⁽⁵¹⁾: Tronchet, proclamado por Napoleón el primer jurisconsulto de Francia, fue defensor de Luis XVI; Bigot de Preameneu, un auténtico realista, salvó al rey de las tulerías mientras se desempeñaba como presidente de la Asamblea, llegando a ser detenido bajo la Convención por sus ideas moderadas; Portalis, relator y decidido impulsor del Proyecto, fue detenido y expatriado por la misma razón⁽⁵²⁾. Un particular interés revisten las ideas políticas y jurídicas de Portalis, en cuanto constituyen en gran medida una de las fuentes inspiradoras de la filosofía del Código napoleónico. Tanto su libro *«De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle»* (París, 1820) como su famoso *«Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement»* constituyen una radiografía de su concepción más apaciguada⁽⁵³⁾. El ideal de Portalis se coloca a caballo de la licencia y la tiranía. Ambas situaciones, a su juicio, son nefastas. En el Discurso Preliminar, documento esencial de la codificación, refiriéndose a la época reciente que lo precedió, dirá: «si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son el teatro de los abusos; los siglos de la filosofía de las luces han sido, muy a menudo, el teatro de los excesos»⁽⁵⁴⁾. Si en el plano político, Napoleón fue artífice de un compromiso entre exmonarquistas y ex-jacobinos; Portalis, en la dimensión jurídica, es un auténtico interprete del Código de 1804, que fue también un acto de compromiso⁽⁵⁵⁾. El Código aparece así bajo otro aspecto: una condición indispensable de orden y pacificación que, por un lado, rescataba las conquistas revolucionarias y las continuaba y que, por otro, morigeraba los excesos en los que se había incurrido durante la revolución, evitando cualquier radicalismo. Podría tratarse entonces, más que de un ordenamiento revolucionario, de un cuerpo positivo reformista⁽⁵⁶⁾, de un «instrumento de paz y reconciliación entre los ciudadanos»⁽⁵⁷⁾. Napoleón y los comisionados o «artesanos» coincidían en ese propósito y el *Code* traducía ese espíritu. No se equivoca Corradini, cuando presenta a la codificación francesa con una «doble faz»⁽⁵⁸⁾, a la manera de la cabeza de Jano. Vista con la mirada puesta al pasado, considerando las luchas que fueron necesarias para afirmarse y los obstáculos que a ella se oponían, es el producto de una auténtica revolución cumplida en nombre del liberalismo y el iluminismo. Vista en

relación al presente; especialmente, a partir de la idea propuesta por sus exégetas (que rechazaban el potencial rol creativo de los jueces), asumía el valor de un instrumento de conservación para una sociedad que, si bien era «nueva» respecto al periodo de la monarquía del Setecientos, no estaba dispuesta a admitir transformaciones sucesivas. De revolucionario el *Code* se hacía conservador.

Notas:

- 1 Este artículo forma parte de un trabajo mayor sobre el Código Napoleónico. Falta en él un análisis funcional del contenido y la estructura del *Code* y un detallado estudio de su circulación en el mundo contemporáneo, queda pendiente. Sobre la influencia del *Code* en América, una aproximación provisional: Carlos Ramos Núñez, «El Código de Napoleón en América», en *Latinidad. 6 enfoques actuales*, Unión Latina, Lima 1994, pp. 25-37.
- 2 En la revista *Derecho y Sociedad*, N° 8-9, se analizó el concepto de codificación, presentándose un panorama general del proceso de codificación en Europa y América. En Europa este proceso culmina con la dación del *Code* napoleónico, del cual solo hicimos algunas anotaciones. En cambio, si mereció una atención el proceso que precedió a la entrada de vigor de dicho cuerpo legislativo, durante el período revolucionario en Francia. *Derecho y Sociedad*, Nro. 9. año 5, Lima, 1994, vid. Carlos Ramos Núñez, «La codificación impulso moderno de la familia romanista», pp. 157-168.
- 3 En torno a los códigos de este período, *Ibíd.*
- 4 Domenico Corradini, «*Illuminismo e Legislazione. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*», Giuffrè, Milán, 1971, p. 25-26.
- 5 Sobre las aspiraciones sistemáticas de la «codificación» justiniana, vid. Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Ariel, Madrid, 1970, pp. 170-184.
- 6 Es de Cujacio el irónico juicio contra los bartolistas, típicos exponentes del *mos italicus*, de quienes decía: «*Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*» (Verbosos en las cosas fáciles, en difíciles mudos y en angustiosos difusos). Vid. Pablo Koschaker, «Europa y el Derecho Romano», Editorial Revistas de Derecho Privado, Madrid, p. 172.
- 7 La obra de Charles Du Moulin constituye una etapa de importancia especialmente relevante en el proceso de afirmación del Derecho nacional francés. Bastaría recordar su influencia en la redacción de las costumbres de París. Para mayor información, Piano Mortari, «*Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*», Nápoles, Liguori, 1990, pp. 270-276.
- 8 *Ibíd.*, p. 386.
- 9 Dicha expresión fue acuñada por V. Cousin y apareció en el *Journal des savants*, de 1843. Citada por Marie-France Renoux-Zagamé, «Domat: du jugement de Dieu a l'esprit des lois» en *Le Débat*, marz-avril, 1993, p. 54.
- 10 *Ibíd.*, pp. 54-68.
- 11 *Ibíd.*, p. 55.
- 12 Esmein, «*Cours elementaire d'histoire du droit français*», Recueil Sirey, París, 1920.

- Véase también el sugerente artículo de Paolo Grossi, «Un paradiso per Pothier», en *Quaderni Fiorentini* 14, 1985, pp. 401-456.
- 13 Vid. Paul Koschaker, «Europa y el Derecho Romano», o.,c., p., pp. 118-119.
 - 14 John P. Dawson, «*The oracles of the Law*», University of Michigan Law School, 1968, Chapter IV, pp. 262-373.
 - 15 Francesco Calasso, «Il Medio-evo del Diritto», Giuffré, Milano, 1954, p. 612.
 - 16 Citado por Koschaker, «Europa y el Derecho Romano», o., c., p. 131.
 - 17 G. Solari, o., C., p. 164.
 - 18 Un tratamiento más detallado todavía actual en Olivier Martin, «La coutume de Paris. Trait d'union entre el Droit romain et les législations modernes», Société Anonyme du Recueil Sirey, 1925. Otro trabajo que, a pesar del tiempo transcurrido conserva gran actualidad, sobre todo, al analizar detalladamente el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas en Francia, es el de Jean Brissaud, «A History of French Private Law», John Murray, Association of American Law Schools, London, 1912.
 - 19 Vid. Henri Regnault.- «Manuel D'Historie Du Droit Français», Librairie du Recueil Sirey, 5^o édition, París, 1947, pp. 112-120.
 - 20 John P. Dawson, «The Codification of the French Customs», en *Michigan Law Review*, Nro. 38, 1939, pp. 765 y siguientes.
 - 21 Olivier Martin, «La Coutume de París. Trait d'union entre le Droit Romain et les Législations modernes», Recueil Sirey, París, 1925, p. 13.
 - 22 Konrad Zweigert y Hein Kötz, «Introduzione al Diritto Comparato», Giuffré editore, Milano, 1992, p. 96.
 - 23 Voltaire, voz «Coutumes», en la edición francesa del *Dictionnaire Philosophique*, volumen V, París, 1833, p. 248. (La traducción es mía). En diversos pasajes del «Diccionario filosófico» pueden encontrarse jugosos reparos contra el «particularismo jurídico» consuetudinario. De especial importancia y belleza son los comentarios a la voz «de las leyes».
 - 24 La expresión «particularismo jurídico» fue acuñada por los juristas del Ochocientos, a fin de contraponer la proverbial como aparente uniformidad del Derecho codificado con aquel periodo, infeliz y caótico, que lo precedía. Por el «particularismo jurídico», a juicio de Tarello, se entiende la falta de unidad y coherencia del conjunto de leyes vigentes en una determinada esfera temporal y espacial, sujeta a un juicio de valor conforme al cual en dicha esfera «debería haber» o «se espera que haya» unidad y coherencia de las leyes. Vid. «*Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*», Il Mulino, Bologna, 1976, p. 29.
 - 25 Gioele Solari, «La Idea Individuale e l'idea sociale nel Diritto Privato», Fratelli Bocca Editori, Torino, 1911, p. 43.

- 26 A. Esmein, «Précis Elémentaire de l'histoire du Droit français. Révolution, Cónsul & Empire», Librairie de la société du Recueil Sirey, París, 1911, (Les Constitutions), pp. 31-56.
- 27 En ese sentido, resultan emblemáticas las palabras de Portalis, en su famoso Discurso Preliminar, cuando sostenía que desde la promulgación del Código las personas «no serán más provenzales, bretones, alsacianos, sino franceses». Vid. Fenet, o, c., t. I. p. 483. También el artículo de René Cassin, «Codification and National Unity», en *The Code Napoleon and the Common Law World*, Bernald Schwartz, New York University Press, New York, 1956, pp. 46-54.
- 28 A. Bertauld, «Introduction a l'histoire des sources du Droit français», Cosse et Marchal Imprimerus Editeurs, París 1860, pp. I-II. El estudio de Bertauld insiste mucho, para explicar el nacimiento del Derecho francés codificado, en esa suerte de compromiso y conciliación entre los elementos románticos y los germánicos.
- 29 Una de las primeras aproximaciones a la relación entre filosofía moderna y el Código Civil francés es el trabajo de A. Boistel, «Le Code civil et la Philosophie du Droit», en *Le Code Civil (1804-1904), livre du Centenaire*, Arthur Rosseau editeur, París, 1904, t. I, pp. 47-70.
- 30 Esta doctrina, que toma su nombre del teólogo Holandés Cornelio Jansenio (1589-1638), fue defendida en Francia por Arnauld y los teólogos de Port-Royal. Condenada por el Papa Urbano VIII, fue también combatida duramente por los jesuitas, lo cual provocó la reacción de un filósofo jansenista, Pascal, quien dirigió sus ataques a esa orden religiosa en sus «Cartas Provinciales». Puso énfasis en la predestinación, limitando el libre albedrío. (Nota del autor para uso de los estudiantes).
- 31 Esta es la tesis central de André-Jean Arnaud, «les origines doctrinales du Code Civil Français», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et. R. Durand-Auzias, París, 1969 (Bibliothèque de Philosophie du Droit, Volume IX).
- 32 La posición de Arnaud se sitúa ciertamente en el marco de la escuela de su maestro Michel Villey, quien no ha dejado de subrayar la matriz filosófica de la experiencia jurídica. El Derecho, desde esta perspectiva, estaría subordinado a la filosofía o a ciertos sistemas filosóficos subyacentes. Véase, de Villey, «La formation de la pensée juridique moderne», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1968, así como el espíritu general que anima a la revista francesa *Archives de Philosophie du Droit*. 33 *Ibíd*, p. 20.
- 34 *Ibíd*, p. 217.
- 35 Giovanni Tarello, «Cultura giuruduca e política del Diritto», Il Mulino, Bologna, 1988, (A propósito del «Code Napoléon', «Sulle origini dottrinali del «Code Civil», pp. 123-132).

- 36 *Ibíd*, p. 125.
- 37 *Ibíd*.
- 38 Solari, «L'idea individuale e l'idea sociale», o., c., p. 43.
- 39 *Ibíd*, p. 49.
- 40 Las restricciones al rol interpretativo del juez se ausentarían con la escuela de la exégesis. Portalis, por ejemplo, no participaba plenamente de esta concepción.
- 41 *Ibíd*, p. 137.
- 42 Enterado Napoleón, que no deseaba comentarios que enturbiaran la claridad del Código, de la obra de Maleville exclamó la célebre frase: «Mon code est perdu». Véase Eugène Gaudemet, «L'interprétation du Code civil en France depuis 1804», Bâle et Paris, 1935, p. 13.
- 43 A. Esmein, «Précis élémentaire de l'histoire du Droit français, de 1789 a 1814. Révolution Consulat & Empire», Recueil Sirey, Paris , 1911, pp. 328-338.
- 44 Sobre esta participación véase Jean Bourdon, «Napoléon au Conseil D'état», Editions Berger-Levrault, París, 1963. También la síntesis de Georges Michel, «Le Conseil d'Etat et la codification», en le Conseil d'Etat. Livre jubilaire, Publié pour commémorer son cent cinquantieme anniversaire, Recueil Sirey, París, 1952, pp. 467-471.
- 45 Véase la «Introducción» de Albert Sorel en Le L'ivre du Centenario, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1904, t. I, pp. XXIV-XXIX. Uno de los trabajos más documentados escritos hasta hoy en torno al papel de Napoleón Bonaparte en la elaboración del Code es el publicado recientemente por von Eckhard María Theewen, «Napoléons Anteil am Code Civil», en la serie Schrifften zur Europäischen, Rechts – und Verfassungsgeschichte, Band 2; Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
- 46 Al parecer ciertas motivaciones personales no estaban ausentes. Así el divorcio consensual que defendía Napoleón, en colisión con su idea de una familia patriarcal y sólida, bien puede explicarse en su interés de constituir una dinastía tras divorciarse de Josefina de Beauharnais quien, como se sabe, ya no podía darle hijos. Su lucha por adopción podría también tener motivación semejante. Vid. Theewen, o., c.
- 47 Soler, o., c., p. XXIV
- 48 A. Esmein, «L'originalité du Code Civil», en Livre du Centenaire, Arthur Rosseau editeur, París 1904, t. I, pp. 5-21, p. 5.
- 49 Norberto Bobbio, «Il positivismo giuridico», Turín, Giappichelli editore, p. 80. Relevante para nuestros fines es sobre todo el capítulo III: «Il Codice Napoleone e le origini del Positivismo giuridico in Francia», pp. 67-100.

- 50 Helmut Coing, «Historia del Derecho y Dogmática Jurídica», en Revista de Estudios Jurídicos, Valparaíso, Nro. VI, 1981, pp. 101-102.
- 51 No obstante ello debe anotarse que el Consejo de Estado se hallaba un radical, Berlier, regicida confeso. Vid. Arnaud, o., c., anexos.
- 52 Arnaud incluye en su trabajo «Les origines doctrinales...», o., c., un pequeño diccionario biográfico de suma utilidad, pp. 297-319.
- 53 Mario Cattaneo, en «Illuminismo e Legislazione», o., c., pp. 121-124, formula un águdo análisis de la postura de Portalis.
- 54 P. A. Fenet, o., c., t. I, p. 483.
- 55 Cattaneo, o., c., p. 123.
- 56 C. J. Friedrich, «The Ideological and Philosophical Background», en The Code Napoleon and the common Law World, Bernard Schwartz, New York University Press, 1956, pp. 2-4. Este autor distingue tres tipos de Códigos: 1. Los digestos que serían simples compilaciones sin mayor pretensión de generar un cambio social; 2. Los códigos reformistas o moderados y; 3. Los Códigos revolucionarios (como los dictados y debatidos en Francia en la última década del Setecientos). El *Code* sería un ordenamiento reformista con elementos revolucionarios, pp. 1-18.
- 57 André Tunc, «The Grand Outlines of the Code», en The Code Napoleon and the Common Law World», o., c., p. 21 (pp. 19-45). El mismo artículo se encuentra en la Tulane Law Review Nro. 29, 1955, pp. 431 y siguientes.
- 58 D. Corradini, «Garantismo e Statualismo», o., c., p. 48.

Código de Hammurabi^{1*}

Hammurabi, rey de Babilonia (1792 a.C.-1750 a.C.). Su reinado representó la ascensión de Babilonia y de los nómadas amorreos, que se habían instalado en la región, a una posición preponderante entre las ciudades de Mesopotamia. Hammurabi se dedicó a asegurar sus posesiones frente a las apetencias territoriales de la ciudad de Larsa y de su rey Rim-Sin, por lo que sus primeras campañas militares se orientaron hacia el sur.

El séptimo año de su reinado, Hammurabi ya le había arrebatado a su rival dos de sus más importantes posesiones: Isin y Uruk. Una vez consolidadas sus posesiones en el sur, Hammurabi volvió su atención en otras direcciones, y así, cuatro años más tarde se apoderó de las ciudades de Rapiqum y Shabili y realizó expediciones contra el país de Emutbal, al este de Babilonia.

El poder de Babilonia se había incrementado de tal forma con la concentración de ciudades en su bando, que rápidamente se formó una coalición de ciudades del Tigris, para hacerle frente. En la subsiguiente guerra de los Dos Ríos, la coalición del Tigris fue derrotada y en el año trigesimoprimeros de su reinado Hammurabi se autoproclamó rey de Sumer y Akkad, título que simbolizaba el dominio sobre Mesopotamia.

Esto no detuvo sus campañas expansionistas, en las que Hammurabi derrotó a las ciudades de Mari, Malgium y Subartu (Asiria). Su obra legislativa culminó con el código que lleva su nombre, el código de Hammurabi, una compilación de leyes y jurisprudencia ya vigente, en algunos casos puesta al día, que sirvió como modelo para muchos otros códigos posteriores. A pesar de su falta de originalidad, es un documento valiosísimo para el estudio de la sociedad mesopotámica de la primera mitad del segundo milenio antes de nuestra era.

¹ * <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hammurabi.htm>

A la muerte de Hammurabi sobrevino un período de anarquía en el que varios personajes, que aparecen mencionados en las fuentes como «hijos de nadie» –haciendo quizá referencia a su nula vinculación familiar con el rey–, se disputaron el trono.

En las culturas del Próximo Oriente Antiguo son los dioses quienes dictan las leyes a los hombres, por eso las leyes son sagradas. En este caso es el dios Samash, el dios sol, dios de la Justicia, quien entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750? a. C.), y así se representa en la imagen que figura sobre el conjunto escrito de leyes. De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder, eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero Hammurabi estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran esta trabajo, mermando así el poder de los sacerdotes y fortaleciendo el del propio monarca.

El código de leyes unifica los diferentes códigos existentes en las ciudades del imperio babilónico. Pretende establecer leyes aplicables en todos los casos, e impedir así que cada uno «tomara la justicia por su mano», pues sin ley escrita que los jueces hubieran de aplicar obligatoriamente, era fácil que cada uno actuase como más le conviniera.

«(...) entonces Anum y Enlil me designaron a mí, Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para que proclamase en el País el orden justo, para destruir al malvado y al perverso, para evitar que el fuerte oprima al débil, para que, como hace Shamash Señor del Sol, me alce sobre los hombres, ilumine el país y asegure el bienestar de las gentes.», se dice al principio del código.

«Cuando Marduk me encargó llevar el orden justo a las gentes y mostrar al país el buen camino, puse en la lengua del país la ley y la justicia y así fomento el bienestar de las gentes. Por eso he dispuesto: (...)» El código de Hammurabi no distingue entre Derecho civil y Derecho penal. En él hay leyes que regulan las relaciones comerciales, patrimoniales, etc., y también leyes que determinan lo que es delito y la pena que corresponde a cada delito. Sin embargo esto se hace sin ninguna sistematización, simplemente se suceden leyes que enumeran los posibles casos y lo que se debe obrar en consecuencia («si ha pasado esto, se hará esto otro»).

En el código no se distinguen entre derecho civil y penal; es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo asalariado los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato, etc.

El texto del código también nos sirve para saber cuáles eran los delitos más frecuentes en la época, pues un delito previsto será un hecho que acontece con relativa frecuencia. En las penas aplicadas a cada delito se distingue si hay intencionalidad o no, y cuál es la «categoría de la víctima y la del agresor». Así la pena es mayor si se ha hecho adrede y menor si ha sido un accidente; mayor si la víctima es un hombre libre menor si es un esclavo.

La mayoría de las penas que aparecen en el Código son pecuniarias (multas), aunque también existe pena de mutilación e incluso pena de muerte. En algunos casos la ley opta por aplicar talión; es decir, hacer al agresor lo mismo que él hizo a su víctima siempre que ambos sean de la misma «categoría».

Estos son algunos ejemplos de leyes extraídos del Código de Hammurabi:

«Si un hombre golpea a otro libre en una disputa y le causa una herida, aquel hombre jurará «Aseguro que no lo golpeé adrede» y pagará el médico».

«Si un hombre ha ejercido el bandidaje y se le encuentra, será condenado a muerte.»

«Si un hombre ha acusado a otro hombre y le ha atribuido un asesinato y este no ha sido probado en su contra, su acusador será condenado a muerte.»

«Si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo.»

«Si revienta el ojo de un *muskenu*... pagará una mina de plata.»

«Si ha reventado el ojo de un esclavo de un hombre libre, pagará la mitad de su precio (del precio del esclavo)».

Como se ve en estas leyes el talión solo se aplica entre individuos de igual categoría. En caso de que el agresor se dé una categoría superior a la de la víctima no se aplica el talión sino que se condena a una pena pecuniaria. En el Código de Hammurabi aparecen tres «categorías de hombres: los libres, los esclavos y una categoría intermedia llamada «*muskenu*» que podrían ser siervos.

«Si un hombre conoce carnalmente a su hija, se desterrará a ese hombre de la ciudad.»

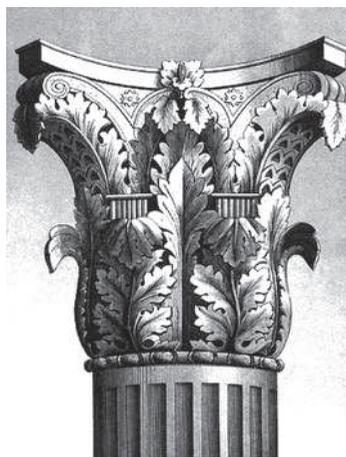
«Si un hombre, tras la muerte de su padre, yace con su madre, se los quemará a ambos.»

«Si un hijo ha golpeado a su padre se le cortará la mano».

«Si un hombre quiere desheredar a su hijo y afirma ante los jueces «Quiero desheredar a mi hijo», los jueces determinarán los hechos de su caso y, si él no ha demostrado las razones de la desheredación, el padre no puede desheredar a su hijo».

«Si una mujer odia a su marido y afirma: «No harás uso carnal de mí», se determinarán los hechos de su caso en un juicio y, si se ha mantenido casta y sin falta en tanto que su marido es convicto de abandono y agravio, esa mujer no sufrirá castigo, tomará su dote (*sheriktu*) y marchará a la casa de su padre.»

La dote (*sheriktu*) es siempre de la mujer, en caso de divorcio (como el contemplado en esta ley) la recupera y si muere pasa a ser de sus hijos. La dote es lo que garantiza a la mujer su subsistencia, lo cual no significa que sea ella quien la administre con independencia, pues la mujer está siempre bajo la tutela de un varón, sea el marido, el padre u otro pariente.



Código de Hammurapi^{1*}

Al final de su reinado (1752?), Hammurapi de Babil (Hammurabi de Babilonia) edictó sus disposiciones, escritas en varios ejemplares. Uno, posiblemente de Sippar, fue tomado por los elamitas y llevado a Susa en el s. -XII. Hallado en 1902, está en el Louvre (estela de diorita de 2,23 m). Sus párrafos, en casillas verticales, son arcaizantes y solemnes. Los modernos han numerado 282, aislados a menudo por la palabra shumma, «si». Una pauta orientativa del contenido es esta: 1-5 Litigios, 6-25 Pena capital, 26-41 Sistema fiscal (ilkum), 42-126 Patrimonio, 128-193 Familia y sucesión, 196-240 Lesiones-daños, 241-277 Trabajo, 278-282 Esclavos. El rey preside la estela ofreciendo su obra a Shamash, dios solar de la Equidad (o, acaso, a Marduk, dios de Babilonia).

NOTAS: Se traducen: *awilum* por hombre; *mushkenum* por individuo común, *wardum* por esclavo y *amtum* por esclava. En Babilonia un talento son 60 kg; una mina, 500 g; un siclo, 8,33 g; un grano, 0,046 g; un kur, 300 l; una fanega, 60 l; un celemín, 10 l; un sila, 1 l; un bur, 64.800 m² = 6,5 ha; un iku, 3.600 m² = 0,36 ha; un sar, 36 m²; una ninda, 6 m; una caña, 3 m; un codo, 50 cm; un dedo, 1,66 cm; un grano, 0,28 cm.

PRÓLOGO

Cuando Anum, el Altísimo, Rey de los Anunnakus, (y) el divino Enlil, señor de cielos y tierra, que prescribe los destinos del País, otorgaron al divino Marduk, primogénito del dios Ea, la categoría de Enlil [soberano] de todo el pueblo, (y) lo magnificaron entre los Igigus; cuando impusieron a Babilonia su sublime nombre (y) la hicieron la más poderosa de los Cuatro Cuadrantes; (cuando) en su seno aseguraron a Marduk un reino eterno de cimientos tan sólidos como los de cielo y tierra, en aquellos días, Anum y el divino Enlil también a mí, Hammurapi, príncipe devoto (y) respetuoso de los dioses, para que yo

¹ * Versión basada en la edición de Joaquín Sanmartín, Barcelona, 1999. <http://fly.unizar.es/HAnt/Fuentes/hamurabi.html>

mostrase la Equidad al País, para que yo destruyese al malvado y al inicuo, para que el prepotente no oprimiese al débil, para que yo, como el divino Shamash, apareciera sobre los «Cabezas Negras» e iluminara la tierra, para que promoviese el bienestar de la gente, me impusieron el nombre.

Yo soy Hammurapi: El Pastor Elegido del divino Enlil, el acumulador de la abundancia y de la opulencia, el que ha llevado a buen fin cuanto concierne a Nippur-Duranki (y es) devoto cuidador del Ekur; el Rey Eficiente que ha restaurado Eridu en su lugar (y) purificado el ritual del E'abzu; el Huracán de los Cuatro Cuadrantes; el Engrandecedor del nombre de Babilonia, el agrado del corazón de Marduk, su señor, el que acude a diario a servir al Esagil; la Semilla Regia generada por el divino Sin, el enriquecedor de Ur, el humilde, el fervoroso, el que aportó la abundancia al Ekishnugal; el Rey Prudente, obediente al divino Shamash, el poderoso que ha consolidado los cimientos de Sippar, el que ha revestido de frondosidad la capilla superior de Aya, el que ha hecho del Ebabbar un templo excelso, semejante a la morada de los cielos; el Guerrero Compasivo con Larsa, el renovador del Ebabbar para el divino Shamash, su aliado; el Señor Revitalizador de Uruk, el suministrador de aguas de la abundancia a su pueblo, el que ha levantado la cúspide del Eanna, el que ha acumulado abundancia para Anum y la divina Ishtar; el Protector del País, el que ha reunido a las gentes dispersas de Isin, el que ha colmado de abundancia el templo de Egalmaj; el Dragón de los Reyes, el hermano predilecto del divino Zababa, el consolidador de los cimientos de Kish, el que ha rodeado con un aura resplandeciente el Emete-ursag, el celebrante fiel de los solemnes ritos de Utar, el administrador del templo Jursagkamma; la Malla Captora de enemigos, a quien Erra, su compañero, concedió el logro de sus deseos; el engrandecedor de Kuta, el que ha acrecentado inmensamente todo lo del Meslam; el Búfalo Fiero que cornea a los enemigos, el predilecto de Tutu, la alegría de Borsippa, el devoto que no abandona sus deberes para con el Ezida; el Dios de los reyes [superior a los demás reyes], el sabio perspicaz, el ampliador de los cultivos de Dilbad, el que colmó los silos para el divino Urash, el audaz; - el Señor Merecedor del cetro y la corona a quien hizo perfecto la sabia diosa Mama; el diseñador de los planos de Kesh; el suministrador de los alimentos puros de la divina Nintu;- el Prudente, el Perfecto, el que proveyó pastos y abrevaderos a Lagash y a Girshu, el que suministró las magnas ofrendas al Eninnu; el Captor de Enemigos, el predilecto de Telitum que cumple los oráculos de Sugil, que alegra el corazón de Etar; el Príncipe Puro cuyas oraciones acepta el divino Adad; el que, en Karkara, aplaca el corazón del divino Adad, el guerrero; el proveedor continuo de lo que es debido en el E'udgalgal; el Rey Vivificador de Adab, el organizador del templo Emah; el Príncipe de los Reyes, irresistible en la guerra; el que donó la vida a Mashkan Shapir, el que hartó de agua al Emeslam; el Sabio, el Buen Ecónomo; el que alcanzó las profundidades de la sabiduría; el que amparó a los habitantes de Malgum en la catástrofe, el cimentador de sus casas; el que, en la abundancia, decretó para el divino Ea y la divina Damgalnunna -magnificadores de su reino- ofrendas eternamente puras; el Primero entre los Reyes, el sometedor de los pueblos del Éufrates por orden del divino Dagán, creador suyo; el que se apiadó de los habitantes de Mari y de Tuttul; el Príncipe Piadoso que hizo brillar el rostro del divino Tishpak, el que preparó banquetes santos al divino Ninazu; el salvador de su pueblo en la dificultad, el que consolidó sus cimientos en medio de Babilonia, en paz; el Pastor de la Gente, cuyas obras son del agrado de Ishtar ; el que aseguró la presencia de Ishtar en el E-ulmash, en el centro de Acad; el Proclamador de la ley inmutable, el caudillo de los pueblos, el restaurador de su Virtud Protectora a la ciudad de Asur; el Silenciador de Rebeldes; el rey que, en el Emesmes de Nínive, proclamó los

títulos de la divina Ishtar; el Piadoso Orante ante los Grandes Dioses; el descendiente de Sumula, el poderoso heredero de Sinmuballit, la semilla eterna de la realeza; el rey poderoso, Sol de Babilonia que hace amanecer la luz sobre el País de Súmer y Acad, rey sometedor de los Cuatro Cuadrantes, el protegido de Ishtar. Cuando Marduk me mandó a gobernar el pueblo, a enseñarle al País el buen camino, yo hice de la Verdad y la Equidad el asunto más importante: me ocupé del bienestar del pueblo. En aquellos días.

LEYES

- 1 Si un hombre acusa a otro hombre y le imputa un asesinato pero no puede probarlo, su acusador será ejecutado.
- 2 Si un hombre le imputa a otro hombre actos de brujería pero no puede probarlo, el que ha sido acusado de magia tendrá que acudir al divino Río y echarse al divino Río y, si el divino Río se lo lleva, al acusador le será lícito quedarse con su patrimonio. Pero si el divino Río lo declara puro y sigue sano y salvo, quien le acusó de magia será ejecutado. El que se echó al divino Río se quedará con el patrimonio de su acusador.
- 3 Si un hombre acude ante un tribunal con falso testimonio y luego no prueba su declaración, si se trata de un caso con pena de muerte, ese hombre será ejecutado.
- 4 Si acude a atestiguar en un proceso sobre cebada o dinero, pagará la multa de ese proceso.
- 5 Si un juez instruye un caso, dicta sentencia y extiende veredicto sellado, pero luego modifica su sentencia, al juez le probarán que ha cambiado la sentencia y la suma de la sentencia la tendrá que pagar 12 veces. Además, en pública asamblea, le echarán de su sede judicial de modo irrevocable y nunca más podrá volver a sentarse con jueces en un proceso.
- 6 Si un hombre roba algo propiedad del dios o del palacio será ejecutado y el que haya aceptado de sus manos lo robado será ejecutado también.
- 7 Si un hombre compra o recibe en depósito plata u oro o un esclavo o esclava o un buey o una oveja o un asno o lo que sea, de manos de un hijo de un hombre o del esclavo de un hombre sin testigos ni contrato, ese hombre es un ladrón; será ejecutado.
- 8 Si un hombre roba un buey o una oveja, o un asno, o un cerdo, o una barca, sean del dios o del Palacio, lo devolverá 30 veces; si son de un individuo común, lo devolverá 10 veces. Si el ladrón no tiene con qué devolver, será ejecutado.
- 9 Si un hombre que ha perdido una cosa suya halla lo perdido en manos de otro hombre, y el hombre en cuyas manos se halla lo perdido declara: «Un vendedor me lo vendió; lo compré ante testigos», y si el dueño de lo perdido declara: «Voy a presentar testigos que conocen la cosa perdida por mí», y si el comprador presenta al vendedor que se la vendió y a los testigos ante los que compró y el dueño de lo perdido presenta también a los testigos que conocían lo perdido por él, los jueces examinarán sus declaraciones; además, tanto los testigos ante los que se compró como los testigos que conocían lo perdido declararán lo que saben ante [el] dios. Si según ello, el ladrón es el vendedor; que sea ejecutado. El dueño de lo perdido recuperará lo perdido. El comprador recuperará el dinero que pagó del patrimonio del vendedor.
- 10 Si el comprador no presenta al vendedor que se lo vendió ni a los testigos ante los que compró, mientras que el dueño de lo perdido presenta a los testigos que

- conocen lo perdido, el ladrón es el comprador; que sea ejecutado. El dueño de lo perdido recuperará lo que perdió.
- 11 Si el dueño de lo perdido no presenta testigos que reconozcan lo perdido, es un embaucador: ha extendido rumores calumniosos; que sea ejecutado.
 - 12 Si al vendedor le llega su última hora, el comprador se resarcirá con 5 veces lo que reclamaba en el caso.
 - 13 Si ese hombre no tiene entonces los testigos a mano, los jueces fijarán un plazo de hasta 6 meses. Si no presenta a sus testigos en 6 meses, ese hombre es un embaucador; que cargue con toda la multa del juicio.
 - 14 Si un hombre rapta un hijo menor de edad de otro hombre, será ejecutado.
 - 15 Si un hombre deja que un esclavo del palacio o una esclava del palacio o un esclavo de un individuo común o una esclava de un individuo común salgan por la puerta principal de la ciudad, será ejecutado [Si permite su fuga?].
 - 16 Si un hombre oculta en su casa un esclavo o una esclava escapados del Palacio o incluso de un individuo común y cuando los pregonan no los saca, ese dueño de casa será ejecutado.
 - 17 Si un hombre captura en el campo a un esclavo o esclava fugitivos y los lleva a su amo, el amo le dará 2 siclos de plata.
 - 18 Si el esclavo no quiere dar el nombre de su dueño, lo llevará al palacio; allí se estudiará su caso y luego lo llevarán a su dueño.
 - 19 Si retiene a ese esclavo en su casa y luego el esclavo es hallado en su poder, ese hombre será ejecutado.
 - 20 Si el esclavo huye también del poder de su captor, que este, a petición del dueño del esclavo, lo jure públicamente por la vida del dios y no tendrá castigo.
 - 21 Si un hombre abre un boquete en una casa, lo ejecutarán y lo dejarán colgado frente al boquete.
 - 22 Si a un hombre saqueador lo detienen, ese hombre será ejecutado.
 - 23 Si el saqueador no es detenido, el hombre saqueado declarará públicamente lo que haya perdido ante (el) dios; la ciudad y el prefecto en cuyo territorio y jurisdicción ocurriese el saqueo le repondrán lo perdido.
 - 24 Si ha habido alguna víctima mortal, la ciudad y el prefecto pagarán una mina de plata a sus parientes.
 - 25 Si en la casa de un hombre hay un incendio y algún hombre que había venido a apagarlo desea algún objeto y se queda con el objeto del dueño de la casa, ese hombre será quemado en ese mismo fuego.
 - 26 Si un soldado de leva o un militar que recibe orden de ir a una campaña del rey, no va, o contrata a un mercenario para que vaya en su lugar, ese soldado -o ese militar- será ejecutado; el que lo denuncie se quedará con su patrimonio.
 - 27 Caso que un soldado o un militar haya caído cautivo estando de servicio en una fuerza del rey, y su campo o su huerta se hayan confiado -en su ausencia- a otro y ese haya ido cumpliendo con sus cargas fiscales: si consigue volver y regresar a su ciudad, le devolverán su campo y su huerta, y él cumplirá con sus cargas fiscales.

- 28 Caso que un soldado o un militar haya caído cautivo estando de servicio en una fuerza del rey, si su hijo puede cumplir con sus cargas fiscales, que su campo y su huerta se los den a él, y él cumplirá con las cargas fiscales de su padre.
- 29 Si su hijo fuera pequeño e incapaz de cumplir con las obligaciones fiscales, le entregarán una tercera parte del campo y de la huerta a su madre, de modo que su madre lo críe.
- 30 Si un soldado o un militar deja las cargas fiscales por su campo, su huerta y su casa y se ausenta, y otro, en lugar suyo, se queda con su campo, su huerta y su casa y cumple con sus cargas fiscales durante 3 años, si aquel vuelve y reclama su campo, su huerta y su casa, que no se los den; el que cargó y cumplió con sus cargas fiscales, ese seguirá.
- 31 Si se ausenta solo por un año y luego vuelve, le darán su campo, su huerta y su casa, y él seguirá con sus cargas fiscales.
- 32 Si a un soldado o a un militar que ha caído cautivo estando de servicio en una fuerza del rey lo rescata un mercader y logra que vuelva a su ciudad, si su patrimonio [mueble] dan para su rescate, que se lo pague; si su patrimonio no da para su rescate, que sea rescatado por el templo del dios de la ciudad; si el templo del dios de la ciudad no tiene para su rescate, que lo rescate el palacio. Ni su campo, ni su huerta, ni su casa podrán ser dados para el rescate.
- 33 Si un oficial o un suboficial recluta desertores o admite y alista mercenarios como substitutos (de reclutas), ese oficial o suboficial será ejecutado.
- 34 Si un oficial o un suboficial se queda con cosas de un soldado, estafa a un soldado, alquila a un soldado, entrega al soldado en un proceso a un poderoso o se queda las recompensas que el rey otorga al soldado, ese oficial o suboficial será ejecutado.
- 35 Si un hombre compra a un soldado el ganado mayor o menor que haya dado el rey al soldado, perderá el dinero que pague.
- 36 El campo o la huerta o la casa de un soldado o de un militar o de un colono no puede venderse.
- 37 Si un hombre compra el campo, la huerta o la casa de un soldado, de un militar o de un colono, que la tablilla sea rota y que pierda su dinero: el campo, la huerta o la casa volverán a su dueño.
- 38 Un soldado o un militar o un colono no podrá escriturar parte alguna de su campo, su huerta o su casa en favor de su esposa y de su hija, ni darlos para saldar una deuda.
- 39 Solo el campo o la huerta o la casa que uno posea por haberlo comprado podrá escriturarlo en favor de su esposa y de su hija, o darlo para saldar una deuda.
- 40 Una (sacerdotisa) naditum o un mercader o quienquiera sujeto a otro tipo de carga fiscal podrá vender su campo, su huerta y su casa; el comprador cumplirá con las cargas fiscales por el campo, la huerta y la casa que haya comprado.
- 41 Si un hombre le cambia el campo, la huerta o la casa a un soldado o a un militar o a un colono y le paga un traspaso, que el soldado o el militar o el colono vuelva a hacerse cargo de su campo, de su huerta o de su casa; además, se quedará con lo que haya entregado de traspaso.

- 42 Si un hombre arrienda un campo para explotarlo pero luego no produce cebada en el campo, que le prueben que no lo cultiva bien y él le dará al dueño tanta cebada como produzca su vecino.
- 43 Si no explota el campo y lo deja yermo, le dará al dueño tanta cebada como produzca su vecino, y el campo que dejó yermo se lo devolverá, desfondado y rastrillado, a su dueño.
- 44 Si un hombre arrienda un yermo por 3 años para rotarlo y luego se cruza de brazos y no lo rotura, que el cuarto año desfonde el campo, lo cave, lo rastrille y se lo devuelva al dueño del campo; además, le abonará 10 kures de cebada por cada bur.
- 45 Si un hombre arrienda su campo a un arrendatario y recibe la renta de su campo, si el divino Adad devasta el campo o se lo lleva una riada, los perjuicios serán solo del arrendatario.
- 46 Si no hubiese recibido aún la renta de su campo -tanto si arrendó el campo a medias o a tercias-, la cebada que haya quedado en el campo se la repartirán el arrendatario y el dueño del campo según la proporción pactada.
- 47 Si el arrendatario, al no ver compensado su trabajo el año anterior, declara querer seguir cultivándolo, que el dueño del campo no objete; su arrendatario seguirá cultivando y luego, al cosechar, que se quede con la cebada según contrato.
- 48 Si un hombre contrae una deuda y el divino Adad devasta su campo o se lo lleva una riada o por falta de agua, no se produce cebada en el campo, en ese año no le devolverá cebada a su acreedor; que moje su tablilla y no pague el interés de ese año. [Tablilla mojada: se deshace el barro, como el •papel mojado•. El contrato desaparece].
- 49 Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y le entrega al mercader un campo listo para el cultivo de cebada o de sésamo y le dice: «Cultiva el campo, coséchaloy quédate con la cebada o el sésamo que se críen», si luego un arrendatario cría en el campo cebada o sésamo, que, al cosechar, sea el dueño del campo quien se quede con la cebada o sésamo que se críen; pero la cebada debida por el dinero que haya tomado del mercader, con su interés, más una indemnización por los gastos de cultivo, se los entregará al mercader.
- 50 Si entrega un campo sembrado [de cebada] o un campo sembrado de sésamo, será el dueño del campo quien se quede con la cebada o el sésamo nacidos en el campo, y luego le devolverá al mercader el dinero y su interés.
- 51 Si no tiene dinero para devolver, le dará al mercader [cebada o] sésamo, a precio de mercado, por el dinero -y sus intereses- que él tomó prestado del mercader, según la ley del rey.
- 52 Si el arrendatario no cría en el campo ni cebada ni sésamo, que no se modifique el contrato.
- 53 Si un hombre descuida reforzar el dique de su campo y no refuerza su dique y, por ello, se abre una brecha en la margen y deja que el agua se lleve el mantillo, el hombre en cuyo dique se ha abierto la brecha compensará por la cebada que haya echado a perder.
- 54 Si no puede compensar la cebada, que lo vendan a él y sus bienes, y que, después, los que tenían las tierras cuya cebada se llevó el agua, se lo repartan.

- 55 Si un hombre abre su acequia para regar y luego se descuida y deja que el agua se lleve el campo de un vecino, pagará una indemnización en cebada según la cosecha de su vecino.
- 56 Si un hombre suelta el agua de modo que deja que el agua se lleve el trabajo del campo de su vecino, pagará una indemnización de 10 kures de cebada por cada bur.
- 57 Si un pastor, al tratar de las hierbas para pasto de ovejas, no se pone de acuerdo con el dueño de un campo y sin consentimiento del dueño del campo apacienta las ovejas en el campo, que el dueño del campo coseche su campo; el pastor que apacentó las ovejas en el campo le pagará, además, 20 kures de cebada por cada bur.
- 58 Si una vez que las ovejas hayan subido de las tierras de cultivo y se hayan instalado ya cerca de puerta principal de la ciudad las cubas del abrevadero comunal- el pastor lleva las ovejas a las tierras de cultivo y las apacienta en un campo, el pastor se hará cargo del campo en el que apacentó y, al llegar la siega, pagará una indemnización al dueño del campo de 60 kures de cebada por cada bur. [Fin de temporada de pasto en tierras bajas. Los rebaños no han de estar allí].
- 59 Si un hombre sin permiso del dueño de una huerta, corta un árbol en la huerta de un hombre, le pagará 1/2 mina de plata.
- 60 Si un hombre confía un campo a un hortelano para que plante una huerta y el hortelano la planta, que él la cultive cuatro años, y el quinto año, que se la repartan en partes iguales; el dueño de la huerta elegirá primero la parte que quiera quedarse.
- 61 Si el hortelano no termina de plantar la huerta y deja una zona yerma, que incluya la zona yerma en la parte que le toca.
- 62 Si no plantase una huerta en el campo confiado -y si se trata de un campo labrado-, que pague al dueño del campo, como indemnización por la producción del campo durante los años en que estuvo abandonado, lo que haya cosechado su vecino; además, tendrá que poner el campo en condiciones y devolvérselo al dueño.
- 63 Si es un campo baldío, que lo ponga en condiciones de cultivo y se lo devuelva al dueño del campo; además, pagará una indemnización de 10 kures de cebada por cada bur al año.
- 64 Si un hombre le confía su huerta a un hortelano para que lo polinice, el hortelano, mientras tiene la huerta, le entregará al dueño de la huerta 2 partes de la producción de la huerta, y él se quedará con la tercera. [Probable: polinización manual de palmeras].
- 65 Si el hortelano no poliniza y deja que baje la producción, el hortelano [le] [pagará una indemnización] [al dueño de la huerta] por la producción de la huerta [según lo que obtenga] su vecino.
- [Laguna de 7 columnas raspadas por los elamitas para grabar una nueva dedicación que quedó sin hacer. Se suple por otras copias del texto].
- 66 Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y su mercader se lo reclama pero no hay con qué devolverlo, y ya le ha entregado la huerta polinizada al mercader diciéndole: «Quédate los dátiles que se han criado en la huerta a cambio de tu dinero», que ese mercader no dé su conformidad; el dueño de la huerta será quien se quede con los dátiles y, luego, le pagará el dinero y su interés al mercader

a tenor de su tablilla [contrato]; los dátiles sobrantes producidos en la huerta, que se los quede el dueño de la huerta.

- 67 Si un hombre va a hacerse una casa, y su vecino [...]

Si ...], que no le pida precio por ello; si entrega cebada, dinero o un objeto propio por una casa sujeta a carga fiscal que pertenece al patrimonio de su vecino y que él quiere comprar, perderá todo lo que haya dado; que la casa vuelva a su dueño. Si esa casa no está sujeta a carga fiscal, que la compre; podrá pagarla con cebada, dinero o un objeto propio.

- 68 Si un hombre trabaja un campo baldío [de su vecino] sin el consentimiento de su vecino, en la casa su vecino [...]

[Si un hombre le dice al dueño de una casa en mal estado]: «Repara el derrumbe que de tu muro, que pueden pasar a esta parte desde tu casa», o si le dice al dueño de un campo baldío: «Trabaja tu campo baldío, que pueden abrir una brecha en mi casa desde tu campo baldío», y presenta testigos, si un ladrón [entra] utilizando el derrumbe, el dueño [de la casa en mal estado] resarcirá todo lo que desapareció al pasar por el muro; si [un ladrón entra pasando por el campo baldío], el dueño [del campo baldío] resarcirá todo [lo que haya desaparecido ...]; pero si [...].

[Si ...] casa [... §].

- 69 Si [un hombre alquila una casa... y] el inquilino le da de una vez el alquiler de un año al dueño, y luego el dueño de la casa exige al inquilino que salga sin que haya expirado el plazo, el dueño de la casa, por echar de su casa al inquilino sin haber expirado el plazo, perderá el dinero que le haya dado el inquilino.

[Si] un arrendatario compra [la casa de un individuo común [...]] del alquiler a pagar [para] comprar la casa de individuo [...] que ha puesto [...] lo ponga [...]; si... [...] del individuo; si no llega a efectuar la compra, perderá [el dinero que] haya recibido y [...] volverá a su dueño.

[Si un hombre toma dinero prestado [...], que, al llegar la cosecha, [pague] su dinero y su interés; si no hay nada para dar, [le dará] cualquier objeto propio, o cebada; si hay [...] para dar [...].

Si un mercader quiere [...] [...] por 5 siclos de plata [...] no extiende en su favor una tablilla sellada el hijo de un hombre no [...] que lo ejecute.

Si el esclavo de un hombre [...], que pague 1/3 de mina de plata, y ese esclavo [...] todo [...] sea ejecutado.

[Si] un hombre [...] a otro hombre [...] la plata [Si [...]; si el hombre [...] que pierda [...] del dinero que haya dado.

Si un esclavo [o una esclava..., que vuelvan] a su dueño; si [...] golpea [...], que no vuelvan [a su dueño].

- 70 Si un mercader presta cebada o dinero con interés, se quedará con un interés de 100 silas por cada kur; si lo que presta es dinero, se quedará con un interés 1/6 de siclo y 6 granos por cada siclo de plata.

- 71 Si un hombre que tiene una deuda no tiene el dinero para devolver, que se quede con cebada o dinero según la ley del rey, siendo su interés anual de 1 fanega por cada kur; si el mercader aumenta el interés [por la cebada a 100 silas] por kur [o a

- más de] de siclo y 6 granos [por siclo de plata] y se queda con ello, perderá lo que haya prestado.
- 72 Si un mercader presta cebada o dinero con interés y luego se queda con [...] del] cebada o del dinero según su capital [...], que] la cebada o el dinero, su capital y su interés [...] y que] la tablilla [contrato] sea rota.
- 73 Si un mercader [...] recibe [...] con interés [...] y luego no descuenta los pagos ya cobrados en cebada o dinero, o no extiende otra tablilla, o suma el interés al capital, ese mercader devolverá por partida doble la cebada [o el dinero] cobrada.
- 74 Si un mercader hace un préstamo de cebada o dinero que genera intereses y, cuando hace el préstamo, entrega el dinero según una pesa pequeña o la cebada según un celemín pequeño, pero luego, cuando cobra, cobra el dinero según una pesa grande o la cebada según un celemín grande, perderá todo lo que haya prestado.
- 75 Si [un mercader] efectúa un préstamo de [...], perderá todo lo que haya prestado. § Si un hombre toma prestados cebada o dinero de un mercader y luego no tiene ni cebada ni dinero para devolver, pero tiene otros objetos propios, que le entregue a su mercader lo que tenga a mano, en presencia de testigos, según lo que valga: que el mercader no se oponga, que lo acepte.
- 76 [...] será ejecutado.
- 77 Si un hombre le entrega dinero a otro hombre para una sociedad ganancial, que se repartan ante el dios por partes iguales las ganancias y las pérdidas que se originen.
- 78 Si un mercader le entrega dinero a un agente para que venda y compre, y lo manda de gira, que el agente, durante la gira, [...]; si, en el lugar a donde fue, hace buen negocio, que se apunte el interés de todo el dinero que haya conseguido, que cuente sus días y que luego le pague a su mercader.
- 79 Si en el lugar a donde fue no hace ganancias, el agente entregará al mercader el doble del dinero que hubiera recibido.
- 80 Si el mercader le anticipa dinero para la gira al agente y este, en el lugar a donde fue, sufre pérdidas, devolverá al mercader solo el capital.
- 81 Si, estando de gira, un enemigo le obliga a dejar cuanto lleva, que el agente lo jure por la vida del dios, y no tendrá castigo.
- 82 Si un mercader da a un agente cebada, lana, aceite o cualquier mercancía para su venta, que el agente vaya apuntando el dinero que devuelve al mercader; el agente se procurará un recibo sellado por el dinero que le haya ido entregando al mercader.
- 83 Si un agente es descuidado y no se procura recibo sellado por el dinero que haya dado al mercader, el dinero que no conste en recibo sellado no se contará en el balance.
- 84 Si un agente recibe dinero de un mercader pero luego se lo niega a su mercader, que ese mercader le pruebe ante el dios y ante testigos al agente que ya recibió el dinero, y el agente devolverá al mercader 3 veces el dinero que haya recibido.
- 85 Si un mercader da un crédito a un agente y el agente le ha devuelto a su mercader todo lo que el mercader le había dado, pero el mercader le niega al agente haber

- recibido nada de él, que ese agente se lo pruebe al mercader ante el dios y ante testigos, y el mercader, por habérselo negado a su agente, le devolverá 6 veces al agente todo lo que se quedó.
- 86 Si una tabernera no cobra cebada como precio por la cerveza y cobra en dinero según una pesa grande y rebaja el valor de cerveza en relación al valor de la cebada, que se lo prueben y la tiren al agua.
- 87 Si una tabernera en cuyo local suelen reunirse embusteros [= conspiradores] no agarra a esos embusteros y los lleva a Palacio, que esa tabernera sea ejecutada.
- 88 Si una (sacerdotisa) naditum [o] una (sacerdotisa) ugbabtum que no reside en un convento gagu abre una taberna o entra por cerveza en una taberna, a esa mujer, que la quemem.
- 89 Si una tabernera da 1 cántaro de cerveza a cuenta, cobrará, al llegar la cosecha, 50 silas de cebada.
- 90 Si un hombre se halla de gira y le confía a otro hombre plata, oro, pedrería o un objeto suyo y le encarga que lo transporte como mercancía, y ese hombre no entrega toda esa mercancía en el lugar al que debía llevarla, y se la queda, que el dueño de la mercancía le pruebe a ese hombre que no ha entregado toda la mercancía, y ese hombre le devolverá 5 veces al dueño de la mercancía todo lo que le había confiado.
- 91 Si un hombre tiene derecho a reclamarle ya a otro hombre cebada o dinero y -sin permiso del dueño de la cebada- se le lleva cebada del granero o de la era, que le prueben a ese hombre que se ha llevado cebada del granero o de la era sin permiso del dueño, y devolverá toda la cebada que se hubiera llevado y, además, perderá su derecho sobre lo que hubiera prestado.
- 92 Si un hombre no tiene aún derecho a reclamarle a otro hombre cebada o dinero, pero le embarga un rehén, pagará por cada rehén 1/3 de mina de plata.
- 93 Si un hombre tiene derecho a reclamarle ya a otro hombre cebada o dinero y le embarga un rehén, y luego, al rehén, en casa del que la tomó como garantía, le llega su última hora y se muere, en este caso ha lugar una reclamación judicial.
- 94 Si el rehén, en casa del que lo embargó, muere a golpes o por malos tratos, que el dueño del rehén se lo pruebe a su mercader; si fuera un hijo del hombre, ejecutarán a un hijo suyo; si fuera un esclavo del hombre, pagará 1/3 de mina de plata; además, perderá sus derechos sobre todo lo que hubiera prestado.
- 95 Si las deudas se apoderan de un hombre y tiene que vender a su esposa, a su hijo o a su hija, o andar ofreciéndoles para que sirvan por la deuda, que trabajen 3 años para la casa del que los compró o los tomó en servicio; el cuarto año serán libres.
- 96 Si lo que da para que sirva por las deudas es un esclavo o una esclava, que el mercader deje pasar el plazo, [y luego] proceda a su venta; no habrá reclamación.
- 97 Si las deudas se apoderan de un hombre y tiene que vender a una esclava que ya le haya dado hijos y el dueño de la esclava paga todo el dinero que le había prestado el mercader, que redima a su esclava.
- 98 Si un hombre quiere guardar su cebada y la guarda en casa de otro hombre y luego hay una pérdida en un silo, o el dueño de la casa abre el granero y se queda

- con grano, o niega haber guardado en su casa cebada alguna, que el dueño de la cebada declare públicamente su cebada ante el dios, y el dueño de la casa pagará 2 veces la cebada que había aceptado al dueño de la cebada.
- 99 Si un hombre guarda cebada en casa de otro hombre, pagará por año y kur de cebada 5 silas de cebada como almacenaje.
- 100 Si un hombre da a otro hombre en depósito plata, oro o lo que sea, que todo lo que entrega lo enseñe a testigos, que redacte un contrato y que luego haga la entrega.
- 101 Si efectúa la entrega sin testigos ni contrato y luego se lo niegan en el lugar en que lo entregó, en ese caso no podrá haber reclamación judicial.
- 102 Si un hombre da a otro hombre en custodia plata, oro o lo que sea ante testigos y luego él se lo niega, que se lo prueben a ese hombre, y pagará 2 veces todo lo que niega.
- 103 Si un hombre da algo suyo en custodia y luego -por un boquete o un derrumbe de la pared- desaparece lo suyo y también bienes del dueño de la casa, que el dueño de la casa, por negligente, reemplace todo lo que había recibido en depósito y ha permitido que desaparezca, y lo restituya al propietario; luego, el dueño de la casa seguirá buscando lo que haya desaparecido, y que se lo quite a quien se lo robó.
- 104 Si un hombre -sin que le haya desaparecido nada- dice: «Me ha desaparecido algo», y acusa al barrio, que el barrio le pruebe públicamente ante el dios que no le ha desaparecido nada y él, todo lo que reclamaba, lo pagará dos veces y lo pagará a su barrio.
- 105 Si un hombre señala con el dedo a una (sacerdotisa) ugbabtu o a la esposa de otro hombre, y luego no lo prueba, a ese hombre que lo azoten ante los jueces; y le raparán media cabeza.
- 106 Si alguien toma esposa, pero no redacta un contrato sobre ella, esa mujer no es esposa.
- 107 Si la esposa de un hombre es sorprendida acostada con otro varón, que los aten y los tiren al agua; si el marido perdona a su esposa la vida, el rey perdonará también la vida a su súbdito.
- 108 Si un hombre fuerza a la esposa de otro hombre, que no había conocido varón y vivía aún en la casa de su padre, y yace con ella, y lo sorprenden, que ese hombre sea ejecutado; esa mujer no tendrá castigo.
- 109 Si a la esposa de un hombre la acusa su marido y no ha sido descubierta acostada con otro varón, que ella jure públicamente por la vida del dios, y volverá a su casa.
- 110 Si a la esposa de un hombre, a causa de otro varón, se la señala con el dedo, ella, aunque no haya sido descubierta acostada con el otro varón, tendrá que echarse al divino Río por petición de su marido.
- 111a Si alguien está preso y en su casa hay aún de comer, que su esposa, [mientras] su [esposo está preso], guarde su cuerpo [y no] entre [en casa de otro].
- 111b Si esa mujer no guarda su cuerpo y entra en casa de otro, que se lo prueben a esa mujer y que la tiren al agua.
- 112 Si alguien es hecho preso y en su casa no hay de comer, que su esposa entre en casa de otro; esta mujer no tiene culpa.

- 113 Si alguien está preso y en su casa no hay de comer, y su esposa, antes de que él vuelva, entra en casa de otro y alumbró hijos, y luego su marido logra volver y regresa a su ciudad, que esa mujer vuelva con su primer marido; los hijos seguirán a su padre.
- 114 Si un hombre abandona su ciudad y se fuga y tras irse, su esposa entra en casa de otro, si ese hombre vuelve y pretende retomar a su esposa: que, por haber sentido rechazo hacia su ciudad y haber huido, la esposa del fugitivo no vuelva a su marido.
- 115 Si un hombre quiere divorciarse de una (sacerdotisa) shugitum que le ha dado hijos, o de una (sacerdotisa) naditum que le ha dado hijos, que a esa mujer le devuelvan su dote; además le darán la mitad del campo, de la huerta y de los bienes muebles, y criará a sus hijos; desde que haya criado a sus hijos, que a ella, de todo lo que les fue entregado a sus hijos, le den una parte como a un heredero más, y que case con ella el marido que a ella le guste.
- 116 Si un hombre se divorcia de su esposa principal, que no le ha dado aún hijos, le dará todo el dinero de su precio de novia; y le restituirá toda la dote que trajo de casa de su padre; luego, que se divorcie de ella.
- 117 Si no ha habido precio de novia, le pagará 1 mina de plata como compensación por el repudio.
- 118 Si es un individuo común, le pagará 1/3 de mina de plata como compensación por el repudio.
- 119 Si la esposa de un hombre que vive en la casa del hombre planea irse y hace sisa, dilapidó su casa, es desconsiderada con su marido, que se lo prueben; si su marido declara su voluntad de divorcio, que se divorcie de ella; no le dará nada para el viaje ni como compensación por repudio. Pero, si su marido no declara su voluntad de divorcio, que el marido tome a otra mujer y que la primera viva como una esclava en casa de su marido.
- 120 Si una mujer siente rechazo hacia su marido y declara: «Ya no vas a tomarme», que su caso sea decidido por el barrio y, si ella guardó su cuerpo y no hay falta alguna, y su marido suele salir y es muy desconsiderado con ella, esa mujer no es culpable; que recupere su dote y marche a casa de su adre.
- 121 Si no ha guardado su cuerpo, ha estado saliendo, ha dilapidado la casa y ha sido desconsiderada con su marido, a esa mujer la tirarán al agua.
- 122 Caso que un hombre haya tomado (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum y esa naditum le haya ofrecido una esclava a su marido y ella le haya hecho tener hijos, si luego ese hombre se propone tomar (¿por concubina?) a una shugitum [por la esterilidad de la esposa], que no se lo concedan a ese hombre; no tomará a la shugitum.
- 123 Caso que un hombre haya tomado (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum y ella no le haya alumbrado hijos, si luego se propone tomar a una gugitum, que ese hombre tome a la shugitum, que la meta en su casa; pero la shugitum no tendrá el mismo rango que la naditum.
- 124 Si un hombre toma (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum y ella le ofrece una esclava a su marido y alumbró hijos, pero luego esa esclava se considera del mismo rango que su dueña por haber dado hijos, que su dueña no la venda; la obligará a llevar el copete y la contará como esclava.

- 125 Si no alumbró hijos, que su dueña la venda.
- 126 Si un hombre toma una esposa y a ella le ataca la sarna, y quiere tomar (por esposa) a otra, que la tome; que a su esposa con la sarna no la repudie; ella vivirá en la casa que hizo él y, mientras ella viva, él la seguirá manteniendo.
- 127 Si esa mujer no quiere seguir viviendo en casa de su marido, que reciba la dote que trajo de casa de su padre y se marche.
- 128 Si un hombre regala a su esposa un campo, una huerta o un objeto, y le extiende documento sellado, que, después de muerto su marido, no lo reclamen sus hijos; la madre dará su herencia al hijo suyo que más quiera, no tiene que dársela a otro.
- 129 Si la esposa de un hombre que vive en la casa del hombre, para evitar que se quede con ella un acreedor de su marido, obliga por contrato a su marido y le hace extender una tablilla, si ese hombre, antes de tomar a esa mujer, ya se había endeudado, sus acreedores no podrán hacerse con su mujer. Igualmente, si esa mujer, antes de entrar en casa de su marido, ya se había endeudado, sus acreedores no podrán quedarse con su marido.
- 130 Si, después de haber entrado en casa del hombre, contraen una deuda, que ambos la reembolsen al mercader.
- 131 Si la esposa de un hombre, a causa de otro varón, hace que maten a su marido, a esa mujer la empalarán.
- 132 Si un hombre yace con una hija suya, a ese hombre lo desterrarán de la ciudad.
- 133 Si un hombre le elige una novia a su hijo y su hijo yace con ella, y más tarde es él quien yace con ella y lo sorprenden, a ese hombre lo atarán y lo tirarán al agua.
- 134 Si un hombre elige una novia a su hijo, pero su hijo no ha yacido aún con ella y es él quien yace con ella, que le pague a ella 1/2 mina de plata; y le restituirá a ella cuanto hubiese traído de casa de su padre; luego, que case ella con marido de su elección.
- 135 Si un hombre, después de muerto su padre, yace con su madre, que los quemen a ambos.
- 136 Si un hombre, después de muerto su padre, yace con su «principal» [=madrastra], que ya había alumbrado hijos, ese hombre será expulsado de casa de su padre.
- 137 Si un hombre, que había mandado ya a casa de su suegro el regalo de esponsales y había dado el precio de la novia, se encapricha de otra mujer y le dice a su suegro: «No tomaré a tu hija por esposa», el padre de la muchacha se quedará con todo lo que le había sido llevado ya.
- 138 Si un hombre manda a casa de su suegro el regalo de esponsales y da el precio de la novia y luego le dice a él el padre de la muchacha: «No te daré mi hija», que calcule dos veces lo que le había sido llevado y lo devuelva.
- 139 Si un hombre manda a casa de su suegro el regalo de esponsales y da el precio de la novia, y luego su amigo lo calumnia, y su suegro le dice al marido: «No tomarás a mi hija por esposa», que calcule dos veces lo que le había sido llevado y lo devuelva, pero que a su esposa no la tome su amigo.
- 140 Si un hombre toma una esposa, ella le alumbró hijos y luego a ella le llega su última hora, que el padre de ella no reclame su dote; su dote será solamente de sus hijos.

- 141 Si un hombre toma una esposa y luego ella no le proporciona hijos, y a esa mujer le llega su última hora, si el suegro le devuelve el precio de la novia que él había llevado a casa de su suegro, que el marido no reclame (además) la dote de esa mujer; su dote será solamente de casa de su padre.
- 142 Si el suegro no le devuelve el precio de la novia, él descontará de la dote de ella el precio de novia y luego que la dote de ella se la devuelva a su padre.
- 143 Si un hombre le regala un campo, una huerta o una casa a su heredero predilecto y redacta un documento sellado, luego, al llegarle al padre su última hora, cuando los hermanos hagan partes, él se quedará con la donación que le había hecho el padre, y, además de todo ello, harán partes iguales de los bienes de la casa del padre.
- 144 Si un hombre les elige esposas a los hijos que haya tenido, pero no ha elegido aún esposa a su hijo menor, luego, al llegarle al padre su última hora, cuando los hermanos hagan partes, de los bienes de la casa del padre asignen a su hermano menor, que no ha tomado aún esposa, además de su parte, dinero para el precio de novia, y, de este modo, le dejarán tomar una esposa.
- 145 Si un hombre torna una esposa y ella le alumbró hijos, y luego, a esa mujer, le llega su última hora y después de muerta ella, él toma otra esposa y ella le alumbró hijos, que más tarde, al llegarle al padre su última hora, los hijos no hagan partes según las madres; se quedarán con las dotes de sus respectivas madres y, luego harán partes iguales de los bienes de la casa del padre.
- 146 Si un hombre se propone desheredar a su hijo y les dice a los jueces: «Desheredo a mi hijo», que los jueces decidan sobre su caso, y si el hijo no ha cargado con una falta lo suficientemente grave como para arrancarlo de su posición de heredero, el padre no lo arrancará de su condición de heredero.
- 147 Si ha cargado con una falta respecto a su padre lo bastante grave para arrancarlo de su posición de heredero, que, la primera vez, no se lo echen en cara. Si se carga con una falta grave por segunda vez, su padre lo privará de su condición de heredero.
- 148 Caso que la esposa principal de un hombre le haya alumbrado hijos, y su esclava también le haya alumbrado hijos, (si) el padre, en vida, les declara a los hijos que le haya alumbrado la esclava: «Sols hijos míos», y los considera en todo iguales a los hijos de la mujer principal, que los hijos de la mujer principal y los hijos de la esclava, cuando al padre le haya llegado su última hora, hagan partes iguales de los bienes de la casa del padre; el heredero preferido, hijo de la esposa principal, escogerá una parte y se la quedará.
- 149a Ahora bien, si el padre, en vida, no les declara a los hijos que le haya alumbrado la esclava: «Sois hijos míos», que, cuando al padre le haya llegado su última hora, los hijos de la esclava no hagan partes iguales de los bienes de la casa del padre con los hijos de la esposa principal; se efectuará la puesta en libertad de la esclava y de sus hijos: los hijos de la esposa principal no les exigirán a los hijos de la esclava su vuelta a la esclavitud.
- 149b La esposa principal se quedará con su dote y con el peculio que su marido le haya dado y escrito en una tablilla, y vivirá en la casa del marido; mientras viva, que lo disfrute, que no lo venda; lo que deje a su muerte es solo de sus hijos.

- 150 Si su marido no le da un peculio, que se le restituya toda su dote y ella, de los bienes de la casa de su marido, se quedará con una parte como un heredero más. Si sus hijos, para echarla de casa, la maltratan, que los jueces decidan sobre su caso e impongan una pena a los hijos; esa mujer no se irá de casa de su marido. Si esa mujer quiere marcharse, que el peculio que le había dado su marido lo deje a sus hijos; ella se quedará con la dote de casa de su padre, y que luego se case con un marido de su elección.
- 151 Si esa mujer, en su nueva familia, alumbró hijos a su segundo marido, una vez muerta esa mujer, los hijos del primer marido se repartirán su dote con los del segundo.
- 152 Si a su segundo marido no le alumbró hijos, se quedarán su dote los hijos de su primer marido.
- 153 Si un esclavo del palacio o un esclavo de individuo común toma (por esposa) a una hija de señor y ella alumbró hijos, el dueño del esclavo no reclamará como esclavos a los hijos de la hija de señor.
- 154a Y si un esclavo del palacio o un esclavo de individuo común toma (por esposa) a una hija de señor y ella, al tomarla él, entra con la dote de casa de su padre en la casa del esclavo del palacio o del esclavo del individuo, y luego, tras cohabitar, fundar un hogar y adquirir bienes, le llega su última hora al esclavo del palacio o al esclavo del individuo, que la hija de señor conserve su dote. Ahora bien, que hagan 2 partes de todo lo que su marido y ella habían ido adquiriendo desde que cohabitaron, y el dueño del esclavo se quedará con una mitad y la hija de señor se quedará con la otra mitad, para sus hijos.
- 154b Si una hija de señor no tiene dote, que hagan dos partes de todo lo que su marido y ella misma hayan ido adquiriendo desde que cohabitaron, y el dueño del esclavo se quedará con una mitad y la hija de señor se quedará con la otra mitad, para sus hijos.
- 155 Si una viuda, con hijos pequeños, quiere entrar (como esposa) en casa de otro, que no entre sin permiso de los jueces. Cuando entre, que los jueces valoren el patrimonio dejado por su marido y que el patrimonio del primer marido lo den en custodia al marido nuevo y a la mujer, y que se escriba una tablilla; tendrán que cuidar del patrimonio, y criar a los pequeños, y no venderán objeto alguno: el comprador que compre algo perteneciente a los hijos de la viuda perderá su dinero; la propiedad volverá a su dueña.
- 156 Caso que una (sacerdotisa) ugbabtu -o una (sacerdotisa) naditum o una (hieródula) sekretum cuyo padre le haya dado una dote, le haya redactado una tablilla, (si) en la tablilla que le redacta no le autoriza por escrito a dar su dote donde a ella le plazca y no le deja actuar según su gusto, cuando al padre le haya llegado su última hora, sus hermanos se quedarán con su campo y su huerta y, de acuerdo con (el valor de) su parte, le darán comida, aceite y vestido y así satisfarán sus deseos. Si sus hermanos no le dan comida, aceite y vestido de acuerdo con (el valor de) su parte y no le satisfacen sus deseos, que ella entregue su campo y su huerta al arrendatario que le plazca y que su arrendatario la vaya sustentando; que ella, mientras viva, goce del usufructo del campo, de la huerta y de todo lo que le diera su padre, pero que no lo venda ni nombre heredero a otro: su herencia es solo de sus hermanos.
- 157 Caso que una (sacerdotisa) ugbabtu o una (sacerdotisa) naditum o una (hieródula) sekretum- cuyo padre le haya dado dote, le haya redactado un documento

- sellado; (si) en la tablilla le autoriza por escrito a entregar su dote donde le plazca y le permite obrar según prefiera, cuando al padre le llegue su última hora, que entregue su herencia donde le plazca; sus hermanos no le pondrán pleito.
- 158 Si un padre no da dote a una hija suya (sacerdotisa) naditum, (sacerdotisa) kallatum o (hieródula) sekretum, ella, cuando al padre le haya llegado su última hora, recibirá una parte de los bienes de la casa del padre como un heredero más y, mientras viva, gozará de su usufructo; pero su legado es solo de sus hermanos.
- 159 Si un padre consagra (a una hija) al dios (como sacerdotisa) naditum, (hieródula) qadishtum o (hieródula) kulmashítum y no le da dote, ella, al llegarle al padre su última hora, recibirá como parte el tercio de su herencia de los bienes de la casa del padre y, mientras viva, gozará de su usufructo; pero su legado es solo de sus hermanos.
- 160 Si un padre no da dote a una hija suya (sacerdotisa) naditum del divino Marduk de Babilonia, ni le redacta documento sellado, ella, al llegarle al padre su última hora, recibirá como parte el tercio de su herencia, y no estará sujeta a carga fiscal. Una naditum de Marduk puede entregar su legado donde le parezca.
- 161 Si un padre da una dote a una hija suya (sacerdotisa) shugitum, se la da a un marido y le redacta documento sellado, ella, al llegarle al padre su última hora, no recibirá parte alguna de los bienes de la casa del padre.
- 162 Si un hombre no da dote a una hija suya (sacerdotisa) shugitum ni se la da a un marido, sus hermanos, cuando al padre le haya llegado su última hora, le entregarán una dote según el valor del patrimonio, Y, a ella, le darán un marido.
- 163 Si un hombre se lleva a un recién nacido para adoptarlo y lo cría, ese niño no podrá ser reclamado.
- 164 Si un hombre se lleva un pequeño para adoptarlo, y una vez que se lo ha llevado él no cesa de buscar a su padre y a su madre, que el niño vuelva a casa de su padre.
- 165 Ni un hijo [adoptivo] de (cortesano) girsiqu que sirve en Palacio ni un hijo de (hieródula) sekretum podrán ser reclamados.
- 166 Si un maestro artesano se lleva a un hijo [ajeno] para criarlo y le enseña su oficio, no podrá ser reclamado.
- 167 Si no le enseña su oficio, ese niño podrá volver a casa de su padre.
- 168 Si un hombre se lleva un niño para adoptarlo y lo cría, pero no lo trata como a hijo, ese niño podrá volver a casa de su padre.
- 169 Si un hombre con un pequeño al que se había llevado para adoptarlo y criarlo funda su propia familia y luego tiene hijos y se propone echar al niño, que ese hijo no se vaya de vacío; el padre que lo crió le dará, de sus bienes muebles, la tercera parte de herencia suya y que se marche; no le entregará nada de campo, ni de huerta, ni de casa.
- 170 Si el hijo [adoptivo] de un (cortesano) girsiqu o el hijo de una (hieródula) sekretum le dice al padre que lo ha criado o la madre que lo ha criado: «Tú no eres mi padre; tú no eres mi madre», que le corten a lengua.
- 171 Si el hijo [adoptivo] de un (cortesano) girsiqu o el hijo de una (hieródula) sekretum averigua la casa de su padre [natural] y desdeña al padre que lo ha criado o a la madre que lo ha criado y se marcha a casa de su padre, que le saquen un ojo.
- 172 Si un hombre confía su hijo a una nodriza y ese hijo muere mientras lo cuida la

nodriza, si la nodriza, sin saberlo el padre ni la madre, se procura otro niño y se lo prueban, por haberse procurado otro niño sin saberlo el padre y la madre, que le corten un pecho.

- 173 Si un hijo golpea a su padre, que le corten la mano.
- 174 Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto.
- 174 Si le rompe un hueso a otro, que le rompan un hueso.
- 176 Si deja tuerto a un individuo común o le rompe un hueso a un individuo común, pagará una mina de plata.
- 177 Si deja tuerto al esclavo de un hombre o le rompe un hueso al esclavo de un hombre pagará la mitad de su valor.
- 178 Si un hombre le arranca un diente a otro hombre de igual rango, que le arranquen un diente.
- 179 Si le arranca el diente a un individuo común, pagará 1/3 tercio de mina de plata.
- 180 Si un hombre golpea en la mejilla a otro hombre mayor que él, le darán en público 60 azotes de vergajo de buey.
- 181 Si un hijo de hombre golpea en la mejilla a otro hijo de hombre como él, pagará una mina de plata.
- 182 Si un individuo común golpea en la mejilla a un individuo común, pagará diez siclos de plata.
- 183 Si el esclavo de un hombre golpea en la mejilla al hijo de un hombre, que le corten una oreja.
- 184 Si un hombre golpea a otro hombre durante una discusión acalorada y le produce una herida, que ese hombre jure: «Le he golpeado sin intención [de hacer ese daño]», y pagará el médico.
- 185 Si muere debido a sus golpes, que jure lo mismo, y, si [el muerto] es un hijo de hombre pagará 1/2 mina de plata.
- 186 Si es el hijo de un individuo común pagará 1/3 de mina de plata.
- 187 Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de(un fruto de) sus entrañas [aborto], pagará diez siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas.
- 188 Si esa mujer muere, que maten a su hija.
- 189 Si es a la hija de un individuo común a quien le causa a golpes la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará cinco siclos de plata.
- 190 Si esa mujer muere, pagará 1/2 mina de plata.
- 191 Si golpea a la esclava de un hombre y le provoca la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará dos siclos de plata.
- 192 Si esa esclava muere, pagará 1/3 de mina de plata.
- 193 Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le salva la vida al hombre, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y le salva un ojo al hombre, percibirá 10 siclos de plata.

- 194 Si es el hijo de un individuo común, percibirá 5 siclos de plata.
- 195 Si es esclavo de un hombre, percibirá dos siclos de plata.
- 196 Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.
- 197 Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.
- 198 Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor.
- 199 Si un médico compone un hueso roto a un hombre o le cura un tendón enfermo, el paciente pagará al médico cinco siclos de plata.
- 200 Si es el hijo de un individuo común, pagará tres siclos de plata.
- 201 Si es el esclavo de un hombre, el dueño del esclavo pagará al médico dos siclos de plata.
- 202 Si un veterinario hace incisión profunda en un buey o en un asno y le salva la vida, el dueño del buey o del asno le dará al médico 1/6 de [siclo de] plata al médico como paga.
- 203 Si hace incisión profunda en un buey o un asno y le causa la muerte, pagará al dueño del buey o del asno 1/4 de su valor.
- 204 Si un barbero, sin consentimiento del dueño de un esclavo, afeita el copete a un esclavo que no sea suyo, que corten la mano del barbero.
- 205 Si un hombre hace que un barbero le afeite el copete a un esclavo que no es suyo, que ejecuten a ese hombre y lo cuelguen a la puerta de su casa; que el barbero jure: «Lo he afeitado sin saberlo» y no tendrá castigo.
- 206 Si un albañil hace una casa a un hombre y la termina, le dará, por cada sar construido, dos siclos de plata de honorario.
- 207 Si un albañil hace una casa a un hombre y no consolida bien su obra y la casa que acaba de hacer se derrumba y mata al dueño de la casa, ese albañil será ejecutado.
- 208 Si muere un hijo del dueño de la casa, que ejecuten a un hijo de ese albañil.
- 209 Si muere un esclavo del dueño de la casa, le darán al dueño de la casa esclavo por esclavo.
- 210 Si destruye bienes de la propiedad, que restituya todo lo destruido y, por no haber consolidado bien la casa que hizo y haberse derrumbado, que a su costa rehaga la casa derrumbada.
- 211 Si un albañil hace una casa a un hombre y no hace su trabajo según el proyecto y una pared se comba, ese albañil consolidará bien esa pared con su dinero.
- 212 Si un barquero calafatea un barco de 60 kures a un hombre, este le pagará dos siclos de plata de honorarios.
- 213 Si un barquero calafatea un barco a un hombre y no deja su trabajo bien terminado y, en ese mismo año, el barco escora o sufre daño, el barquero desarmará ese barco y lo reforzará a su costa, y, luego, le dará el barco ya reforzado al dueño del barco.

- 214 Si un hombre deja en alquiler su barco a un barquero y el barquero es descuidado y hunde el barco o lo deja inservible, el barquero restituirá un barco al dueño del barco.
- 215 Si un hombre contrata un barquero y un barco, y lo carga de cebada, lana, aceite, dátiles o la carga que sea, y ese marinero es descuidado y hunde el barco o deja que se pierda su contenido, el barquero restituirá el barco que ha hundido y todo el contenido que ha dejado perder.
- 216 Si un barquero hunde el barco de un hombre y luego consigue reflotarlo, pagará la mitad de su valor en plata.
- 217 Si un hombre contrata un barquero, le pagará seis [kures de cebada] por año.
- 218 Si [el barco de] un patrón de barco de remos aborda el barco de un patrón de barco de vela y lo hunde, que el fletador del barco hundido declare públicamente ante el dios todo lo que haya perdido, y el patrón del barco a remo que haya hundido al barco de vela le restituirá su barco y todo lo perdido.
- 219 Si un hombre embarga un buey como garantía, pagará 1/3 de mina de plata.
- 220 Si un hombre alquila [un buey] por un año, entregará a su dueño, en pago por un buey trasero, cuatro kures de cebada y, en pago por un buey delantero, tres kures de cebada.
- 221 Si un hombre alquila un buey o un asno y, en descampado, lo mata un león, (el riesgo) será solo de su dueño.
- 222 Si un hombre alquila un buey y lo mata por descuido o a golpes, le restituirá buey por buey al dueño del buey.
- 223 Si un hombre alquila un buey y le rompe una pata o le corta el tendón de la nuca, dará buey por buey al dueño del buey.
- 224 Si un hombre alquila un buey y lo deja tuerto, le pagará la mitad de su valor en plata al dueño del buey.
- 225 Si un hombre alquila un buey y le rompe un cuerno, le corta la cola o le rasga la lomera, pagará 1/5 de su valor en plata.
- 226 Si un hombre alquila un buey y el dios lo golpea y se muere, que el hombre que haya alquilado el buey jure públicamente por la vida del dios, y no tendrá castigo.
- 227 Si un buey, al ir por una calle, da un cornada a un hombre y lo mata, no ha lugar una reclamación judicial.
- 228 Si el buey de un hombre suele dar cornadas y su barrio ya le ha hecho saber que da cornadas y él ni le recorta los cuernos ni controla su buey, si luego ese buey da una cornada a un hijo de hombre y lo mata, pagará 1/2 mina de plata.
- 229 Si es el esclavo de un hombre, pagará 1/3 de mina de plata.
- 230 Caso que un hombre haya contratado a otro hombre para que guarde un campo, y le confía cereal, le encarga el cuidado de las reses y el deber de cultivar el terreno, si ese hombre sustrae simiente o forraje y lo hallan en su poder, que le corten la mano.
- 231 Si se queda con el cereal y debilita las reses, restituirá dos veces la cebada que haya recibido.

- 232 Si alquila las reses del hombre o sustrae la simiente y no produce nada en el campo, que a ese hombre se lo prueben y, al llegar la cosecha, calculará una indemnización de 60 kures por cada bur.
- 233 Si no puede pagar la indemnización, que lo arrastren con la yunta por ese mismo campo.
- 234 Si un hombre contrata a un agricultor, le pagará ocho kures de cebada al año.
- 235 Si un hombre contrata a un boyero, le pagará seis kures de cebada al año.
- 236 Si un hombre roba en el campo un arado pesado de siembra, pagará cinco siclos de plata al dueño del arado.
- 237 Si lo que roba es un arado de reja o una grada, le pagará tres siclos de plata.
- 238 Si un hombre contrata a un ganadero para que lleve a pastar reses u ovejas, le pagarán ocho kures de cebada al año.
- 239 Si un hombre [confía (?) [...]] un buey o una oveja [a un ganadero(?) [...]].
- 240 Si (el ganadero / pastor) deja que se pierdan el buey o la oveja que le han sido confiados, restituirá buey por buey y oveja por oveja a su dueño.
- 241 Si [un pastor], a quien le fueron confiadas reses u ovejas para que las apacentara, por haber cobrado ya su salario [por anticipado] está satisfecho y deja que mermen las reses, que mermen las ovejas o que disminuyan las crías, dará, empero, crías y productos según lo contratado.
- 242 Si un pastor, a quien le fueron confiadas reses u ovejas para que las apacentara, comete fraude y cambia las marcas del ganado y lo vende, y se lo prueban, lo que hubiese robado, reses u ovejas, lo restituirá diez veces a su dueño.
- 243 Si en un corral, hay un toque de dios o un león mata (reses), el pastor jurará públicamente su inocencia ante el dios y, las pérdidas del corral, será el dueño del corral quien las afrontarle en lugar suyo.
- 244 Si el pastor es negligente y permite que haya infección de modorra en el corral, será el pastor quien compense todas las pérdidas por la modorra, en reses u ovejas, que haya provocado, y se las pagará a su dueño.
- 245 Si un hombre alquila un buey para pisar (mies), el alquiler será dos celemines de cebada.
- 246 Si alquila un asno para pisar (mies), el alquiler será un celemín de cebada.
- 247 Si alquila un carnero para pisar (mies), el alquiler será una sila de cebada.
- 248 Si un hombre contrata bueyes, una carreta y su carretero, pagará al día tres fanegas de cebada.
- 249 Si un hombre contrata solo una carreta, pagará al día cuatro celemines de cebada.
- 250 Si un hombre contrata un peón, le pagará, desde comienzo de año hasta el quinto mes, seis granos de plata al día; desde el sexto mes hasta fin de año, le pagará cinco granos de plata al día.
- 251 Si un hombre contrata a un maestro artesano, le pagará al día: honorario de un [...], cinco granos de plata; honorario de un tejedor, cinco granos de plata; honorario de un hiladero, [... granos] de plata; [honorario] de un tallista de sellos, [... granos] de

plata; [honorario] de un arquero(? , [... granos] de plata; [honorario] de un herrero, t... granos] de plata; [honorario] de un carpintero, cuatro(?) granos de plata; honorario de un guarnicionero, [...] granos de plata; honorario de un esterero, [...] granos de plata; honorario de un albañil, [...] granos] de plata.

- 252 Si un hombre alquila un [barco (?)...], su alquiler, al día, será tres granos de plata.
- 253 Si alquila un barco a remo, pagará por alquiler 2 1/2 granos de plata al día.
- 254 Si un hombre alquila una barcaza de 60 kures de arqueo pagará, al día, por alquiler, 1/6 [de siclo] de plata.
- 255 Si un hombre compra un esclavo o una esclava y, antes de que haya pasado un mes, le da un solo ataque de epilepsia, que lo devuelva al que se lo vendió, y el comprador recuperará el dinero pagado.
- 256 Si un hombre compra un esclavo o una esclava y le hacen reclamación, será el vendedor quien afronte la reclamación.
- 257 Caso que un hombre en país extranjero, haya comprado el esclavo o la esclava de otro y luego, a la vuelta, al viajar por su país, el (antiguo) dueño del esclavo o de la esclava reconozca a su esclavo o a su esclava, si ese esclavo o esa esclava son nativos del país, quedarán en libertad sin indemnización alguna.
- 258 Si son nativos de otro país, que el comprador declare públicamente ante el dios el dinero que hubiera pagado, y el dueño del esclavo o de la esclava le pagará al mercader el dinero que hubiera pagado y, así, redimirá a su esclavo o a su esclava.
- 259 Si un esclavo dice a su amo: «Tú no eres mi amo», que (el amo) pruebe que sí es su esclavo y luego le corte la oreja.

Compendio

(Estas son) las Sentencias de Equidad que estableció Hammurapi, rey potente, y que le hizo aceptar al País como conducta segura y dirección correcta. Yo soy Hammurapi, el rey perfecto. Respecto a los «Cabezas Negras» que me regaló Enlil y cuyo pastoreo me confió Marduk, no fui nada negligente, no me crucé de brazos. Les fui buscando lugares tranquilos, resolví las dificultades más duras, les hice salir la luz. Con el arma poderosa que me habían prestado el divino Zababa y la divina Ishtar, con la agudeza que me destinó el divino Ea, con la fuerza que me donó el divino Marduk, aniquilé a los enemigos arriba y abajo, extinguí la resistencia, y volví placentera la vida del País. Asenté a la gente aglomerada en regadíos, y no dejé pasar a nadie que los pudiera inquietar. Los Grandes Dioses me llamaron: yo soy el único Pastor Salvífico, de recto cayado, mi buena sombra se extiende por mi capital, llevé en mi regazo a la gente de Súmer y Acad, han prosperado por la Virtud mía, los he conducido en paz, los he resguardado con mi perspicacia. Para que el fuerte no oprima al débil, para garantizar los derechos del huérfano y la viuda, en Babilonia, la capital cuya cabeza exaltaron Anum y el divino Enlil, en el Esagil, el templo cuyos cimientos son tan sólidos como los cielos y la tierra, para decretar el derecho del País, para dictar las sentencias del País, para garantizar los derechos del oprimido, he inscrito mis eximias palabras en la estela mía, y las he alzado delante de mi estatua de Rey de la Equidad. Yo soy el rey que sobresale de entre los reyes. Mis palabras son exquisitas, mi potencia no tiene igual. Que, por orden de Shamash, el gran juez de cielos y tierra, brille mi equidad en el país; que, por la palabra de Marduk, mi señor, mis signos y designios no tengan que enfrentarse a quien las aniquile; que, en el Esagil, que tanto amo, sea mi nombre pronunciado con gratitud por siempre. Que el oprimido a quien llevan a juicio pueda acudir ante mi estatua de Rey de la Equidad, que lea y relea mi estela inscrita y oiga mis exquisitas palabras, que mi estela le aclare el caso, él mismo comprenda su sentencia, y su corazón respire diciendo: «Hammurapi -el Señor que se manifiesta como padre carnal de la gente ha vibrado ante las palabras

del divino Marduk, su señor, y ha hecho realidad los deseos de victoria de Marduk arriba y abajo; ha regocijado el corazón de Marduk, su señor, y convertido el bienestar en el destino sempiterno de la gente, e impuesto su derecho en el País». Que recite todo esto, y que me bendiga de todo corazón ante el divino Marduk, mi señor, y la divina Zarpanitum, mi dueña; que el Genio, la Virtud, los dioses del acceso al Esagil y la fábrica enladrillada del Esagil, encomienden mi fama diariamente ante el divino Marduk, mi señor, y la divina Zarpanitum, mi dueña. Que, en días venideros -en cualquier tiempo-, el rey que surja en el País guarde las palabras de Equidad que he grabado en mi estela; que no falsee la legislación que le he dado al País, ni las sentencias que he dictado al País; que no aniquile mis signos y designios. Si ese hombre tiene inteligencia y es capaz de poner orden en su país: que atienda a las palabras que he grabado en mi estela, y que, el camino, la conducta, la legislación que he dado al País, las sentencias que he dictado para el País, se los enseñe esta estela, y que dirija bien a sus «Cabezas Negras», que les dé una ley y que decida sobre ellos: que erradique de su país al malvado y al inicuo y procure el bienestar de su gente.

IMPRECACIONES

Yo soy Hammurapi, el Rey de la Equidad, a quien el divino Shamash otorgó la Verdad: mis palabras son exquisitas, mis obras no tienen igual; solo para un necio son algo vacío, para el perspicaz, están destinadas a la gloria. Si ese hombre atiende a las palabras que he grabado en mi estela, no desecha la ley, no da sentido torcido a mis palabras ni altera mis signos y designios, que a ese hombre, igual que a mí, el Rey de la Equidad, el divino Shamash le alargue el cetro y que pastoree a su gente en la Equidad. Pero si ese hombre no atiende a las palabras que he grabado en mi estela, desprecia mis maldiciones y no se arredra ante las maldiciones de los dioses, y abole la ley que yo he dado, da un sentido torcido a mis palabras, altera mis signos y designios, borra mi nombre inscrito y luego graba el suyo o, por estas maldiciones, instiga a otro a que lo haga, a ese hombre, sea rey, señor, gobernador u otro sujeto, a ese hombre, llámese como se llame, que el gran Anum, el Padre de los Dioses, el que me llamó a mi reinado, le quite la gloria de la realeza; que quiebre su cetro y que maldiga su destino. Que el divino Enlil, el Señor, el fijador de destinos, cuyas órdenes son inmutables, el magnificador de mi realeza, le extienda por doquier revueltas invencibles, un desespero que le lleve a su ruina en su misma sede; que le dé por destino un reinado penoso, escasos días, años de hambruna, tinieblas sin amanecer, muerte de la mirada; que decrete, con su solemne boca, la ruina de su capital, la dispersión de su gente, el cambio de dinastía, la extinción de su nombre y su memoria en el país. Que la divina Ninlil, la Gran Madre, cuyas órdenes tanto pesan en el Ekur, la patrona celosa por mejorar mi fama, agrave su caso en la sala del juicio y la condena que preside el divino Enlil; que ponga en boca del divino Enlil, el Rey, la destrucción de su país, la pérdida de su gente y la espiración de su aliento como si fuera agua. Que el divino Ea, el Príncipe Magno, cuyos designios son providentes, el más agudo de los dioses, el que más sabe de todo, el encargado de prolongar los días de mi vida, le prive del juicio y el discernimiento y lo suma en la confusión; que ciegue sus ríos desde los manantiales y que en sus tierras no deje crecer la cebada, vida de su gente. Que el divino Shamash, el juez Supremo de cielos y tierra, que yergue a los seres vivos, el señor, la confianza mía, derribe su realeza, no atienda sus derechos, extravíe su senda, haga resbalar los pies de sus tropas; que le tenga preparado, en los presagios que le pida, el augurio infausto de la erradicación de los cimientos de su realeza y la ruina de

su país; que la palabra nefasta del divino Shamash lo tome desprevenido: que, arriba, lo arranque de entre los vivos y, abajo, atormente a su alma de sed de agua en el averno. Que el divino Sin, Señor de los Cielos, dios creador mío, cuya plaga es la más patente de todas las de los dioses, le quite la corona y el trono de su realeza; que le imponga una pena severa, su mayor castigo que no desaparezca de su cuerpo, de modo que termine los días, los meses, los años de su reinado entre lamentos y lágrimas; que le descubra que hay un rival para su reinado y le destine una vida parecida a la muerte. Que el divino Adad, Señor de la Abundancia, Jefe de canales de cielos y tierras, mi auxiliador, le prive de lluvia de los cielos y del caudal de la fuente; que aniquile a su país con miseria y hambruna; que aturda a truenos su capital y convierta a su país en ruina del Diluvio Universal. Que el divino Zababa, el Gran Luchador, hijo primogénito del Ekur, que avanza a mi derecha, le quiebre el arma en el campo de batalla; que le convierta el día en noche y haga que su contendiente se plante encima de él. Que la divina Ishtar, Señora de la Guerra y la Batalla, la que desnuda mi espada, Virtud Protectora mía, amante de mi reinado, maldiga airada, con rabia inmensa, su realeza; que convierta su fortuna en desgracia; que le quiebre el arma en la guerra y en el campo de batalla; que le tenga dispuestos desorden y revolución; que prostre a sus guerreros y abreve la tierra con su sangre; que deje pilas de cadáveres de sus tropas en campo abierto, que a su ejército no le permita lograr cuartel; y en cuanto a él, que lo entregue sin condiciones a manos de su enemigo y lo lleve encadenado a un país enemigo suyo. Que el divino Nergal, el más Fuerte de los dioses, irresistible en la batalla, el que me asegura el triunfo, con su enorme poder quemé a su gente como un incendio desatado en el cañaveral y, con su arma poderosa, lo haga azotar y desmenuce sus miembros como de figurilla de barro. Que la divina Nintu, Princesa Excelsa de los países, madre, creadora mía, le quite al heredero y no deje ni su nombre; que en el seno de su gente no se genere simiente humana. Que la divina Ninkarrak, Hija de Anum, que intercede por mi bien en el Ekur, haga salir en sus miembros [viriles] grave enfermedad, un mal demoníaco, un bubón doloroso que no se aplaque, cuya naturaleza ignore el médico, que no pueda calmar con vendajes y que, como el mordisco de la muerte, no se lo pueda arrancar, para que, hasta que se le extinga la vida, no cese de llorar por su virilidad.

Que los Grandes Dioses de cielos y tierra, que los divinos Anunnaku todos, que el Genio del templo, que el templo de ladrillo del Ebabbar lo maldigan con maldición nefasta a él, a su semilla, a su país, a sus tropas: a su gente y a su ejército. Que, con estas maldiciones, el divino Enlil lo maldiga en virtud de sentencia inalterable y que le alcancen de inmediato.

DIOSES Y TEMPLOS BABILONIOS

Adab, lugar al SE de Nippur, culto a la diosa Nimmaj (hoy Bismaya).

Adad/Ishkur, dios del clima y la tormenta, culto en Karkara.

Anum/An, Dios del cielo, padre de los dioses (Uruk).

Anunnaku, el panteón, los dioses.

Aya, diosa de la luz, esposa de Shamash (Sippar).

Dagán, dios del cereal (Éufrates medio).

- Damgalnunna**, esposa de Ea/Enki (Malgum).
- Dilbad**, al S de Borsippa (dios Urash).
- Duranki**, lazo de cielo y tierra, mote de Nippur.
- Ea/Enki**, el Viviente, dios del saber y la magia, rey del abismo inferior de agua dulce;
- E•abzu**, casa del abismo subterráneo, templo de Ea en Eridu.
- E•anna**, casa del cielo, templo de Ishtar en Uruk.
- Ebabbar**, casa blanca, templo de Shamash en Sippar y Larsa.
- Egalmaj**, palacio espléndido, templo de Ishtar en Isin.
- Ekishnugal**, casa rebosante de luz, templo de Sin en Ur.
- Ekur**, casa de la montaña, templo de Enlil en Nippur.
- Emaj**, casa espléndida, templo de Ninmaj en Adab.
- Emeslam**, casa del guerrero infernal, templos de Nergal (Kuta, Mashkan Sapir) y Erra (Kuta).
- Emesmes, templo de Ishtar en Nínive. Emete•ursag, casa digna del héroe, templo de Zababa en Kish.
- Eninnu**, casa de los 50 [pájaros blancos del abismo], templo de Ningirsu (Girsu).
- Enki** = Ea.
- Enlil**, ♂señor aire•, dios de la atmósfera, hijo de Anu, esposo de Ninlil, jefe de los dioses (Nippur). **Erra**, dios de la peste y la guerra (Kuta).
- Esagil**, casa de la alta cima, templo de Marduk en Babilonia.
- E•udgalgal**, casa de las tempestades, templo de Adad en Karkara.
- E•ulmash**, templo de Ishtar en Acad.
- Ezide**, casa de la justicia, templo de Tutu en Borsippa.
- Hursagkalamma**, montaña mundial, templo de Ishtar en Kish.
- Id**, río divino cuando juzga por ordalía.
- Igigu**, conjunto de los dioses mayores.
- Inanna** = Ishtar.
- Ishkur** = Adad. Ishtar = Inanna, diosa de la guerra y del amor, planeta Venus.
- Mama**, un nombre de la gran diosa madre.
- Marduk**, dios de Babilonia, sucesor de Enlil.
- Nanna** = Sin. Nergal, dios ífero.
- Ninazu**, dios sanador e ífero.
- Ninkarrak**, diosa médica, hija de Anu.
- Ninlil**, ♀señora aire•, esposa de Enlil.
- Nintu**, un nombre de la gran diosa madre.

Leyes hititas^{1*}

Fueron recopiladas h. 1650 y resumidas en neohitita hacia 1350-1200 a. C. Las disposiciones que nombran una norma anterior [karu... kinuna, "Antaño..., pero ahora"] figuran ya en la versión antigua: §§ 9, 25, 63, 67, 69, 91, 92, 101, 129, 166, 167. Constan de dos series de 100 disposiciones cada una (Tablillas I y II), llamadas por los hititas "Si un hombre" y "Si una viña", por sus respectivos comienzos (§1 y §101).

SUMARIO: §§ 1-6 Homicidio. 7-18 Lesiones. 19-21 Rapto. 22-24 Esclavos huidos. 25 Agua contaminada. 26-36 Derecho familiar. 37-38 Homicidio impune. 39-42 Servicio al rey. 43-44 Homicidio accidental. 45 Hallazgo. 46-56 Tierras del rey. 57-92 Robos ganaderos. 93-97 Otros robos. 98-100 Incendio intencionado. 101-118 Daños en fincas. 119-144 Otros daños en inmuebles. 145-149 Venta y alquiler. 150-161 Precios por servicio. 162 Conducción de agua. 163 Purificación de reses. 164-169 Ceremonias agrarias. 170 Hechizos. 171 Desheredamiento. 172 Hambruna. 173 Desacato. 174 Homicidio. 175 Boda irregular. 176a Robo de toro. 176b-186 Tarifas. 187-200a Delitos sexuales. 200 b Aprendizaje.

Son de un estrato antiguo §§ 166 y 57-59. Un segundo propone sacrificios sustitutorios y multas en grano §§ 150-161. El tercero contiene mención de reformas (karu... kinuna). La primera fijación sería de Hatusil I (1650-1620) o Mursil I (1620-1590) y la reforma, de Telepinu (1525-1500).

La frase parna-sse-a suwaizzi, "y lo retornará a casa" o "y él mira en su casa", aparece al final de 50 artículos sobre daños se vierte aquí como "y así libraré a los suyos" (con el sentido implícito de que, en caso contrario, su familia será imputable por el daño). "Trabajador" es alguien con concesión de tierras (parece que de titularidad regia). La mina hitita es de 40 siclos de 8'4 g (no de 60, como

¹ * Texto completo versión de G. Fatás. <http://fly.unizar.es/HAnt/Fuentes/leyhitito.html>

en Babilonia). Un siclo vale unos 500 l de grano o una oveja. Un parisu son 50 l. 1 iku son apr. 40'5 áreas. Un gipessar es el 1/30 de iku (Hoffner. Hay dudas). El talento hitita pesa unos 31 kg.

- §1.** Si uno mata a un hombre o a una mujer en una disputa, él (homicida) hace que lo lleven [¿entierren? ¿Devuelvan a los herederos?] y da 4 cabezas [probabl. esclavos, en compensación], hombres o mujeres; y así libraré a los suyos.
- §2.** Si uno asesina a un hombre o a una mujer esclavos en una disputa, él (homicida) debe devolver su cuerpo a su descendiente o heredero y dar 2 cabezas [¿esclavos?] hombres o mujeres [según corresponda], y así libraré a los suyos.
- §3.** Si uno golpea a un hombre o a una mujer libres de forma que ella muere y si es solo su mano la que peca (sin premeditación), hace que lo lleven [¿entierren? ¿devuelvan?] y da 2 cabezas [¿esclavos?]; y así libraré a los suyos.
- §4.** Si uno golpea a un hombre o a una mujer esclavos de modo que muere y si es solo su mano la que peca, hace que lo lleven y da una cabeza [¿esclavo?]; y así libraré a los suyos.
- §5.** Si uno asesina a un mercader hitita, da 100 minas de plata; y así libraré a los suyos. Si es en el país de Luwiya o en el país de Pala, da 100 minas de plata y resarce sus bienes. Si el crimen es en el país de Hatti, [además] hace que lleven al mercader.
- §6.** Si una cabeza [persona], hombre o mujer, es encontrada muerta en otra ciudad, aquel en cuya propiedad muera, debe separar 100 gipessar [1 ha] de su propia tierra y él [el heredero] la tomará.
- §6b.** Si un hombre es hallado muerto en la tierra de otro hombre, si el difunto es libre [el dueño del terreno] debe dar el campo o erial, 1 mina y 20 siclos de plata, pero si es una mujer, 3 minas de plata. Si no es erial o campo de otro [no es privado], se medirán 3 millas en una dirección y 3 millas en la contraria, y del poblado que quede dentro [el heredero] tomará esas gentes y tierras. Si no hay ningún poblado, renuncia [no ha lugar a reclamación].
- §7,** Si uno ciega a una persona libre o rompe su diente, antaño daba 1 mina de plata, pero ahora da 20 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §7b.** Si uno ciega a un hombre en una pelea, da 1 mina de plata. Si es su mano solo la que peca, da 20 siclos de plata.
- §8.** Si uno ciega a un hombre o mujer esclavos o arranca sus dientes da 10 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §8b.** Si uno ciega a un esclavo en una pelea da 20 siclos de plata. Si es su mano solo la que peca da 10 siclos de plata.
- §7-8.** Si uno arranca un diente de un hombre libre: si le arranca 2 o 3 dientes da 12 siclos de plata. Si es un esclavo, da 6 siclos de plata.
- §9.** Si uno hiere la cabeza de un hombre, antaño daba 6 siclos de plata. El herido recibía 3 siclos y 3 siclos recibía el Palacio. Pero ahora el rey ha abolido la parte del Palacio y solo toma 3 siclos el herido.

- §9b.** Si uno golpea a un hombre en la cabeza, el herido toma 3 siclos de plata.
- §10.** Si uno golpea en la cabeza a una persona y queda enferma, debe cuidarla. En su lugar provee a un hombre, que trabajará a su costa en la casa hasta que se recupere. Entonces le da 6 siclos de plata y también el sueldo del médico.
- §10b.** Si uno hiere en la cabeza a un hombre libre debe cuidarlo. Debe proveer de un hombre que en lugar del herido lleve la casa hasta que se reponga. Cuando se reponga, el agresor da 10 siclos de plata al hombre herido. Y en pago al médico, da 3 siclos de plata. Si el agresor es esclavo da 2 siclos de plata.
- §11.** Si uno rompe la mano o el pie [también "brazo y pierna"] a un hombre libre, le da 20 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §11b.** Si uno rompe la mano o el pie de un hombre libre y queda tullido, le da 20 siclos de plata. Si no, le da 10 siclos de plata.
- §12.** Si alguno rompe el pie o la mano de un esclavo, hombre o mujer, da 10 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §12b.** Si uno rompe la mano o pie de un esclavo y queda tullido, da 10 siclos de plata. Si no queda tullido, da 5 siclos de plata.
- §13.** Si uno arranca [de un mordisco] la nariz de una persona libre, da 1 mina de plata; y así libraré a los suyos.
- §13b.** Si uno arranca la nariz de un hombre libre da 30 siclos [texto: "minas"] de plata.
- §14.** Si uno arranca la nariz de un esclavo, hombre o mujer, da 3 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §14b.** Si uno arranca la nariz de un esclavo da 15 siclos de plata.
- §15 y 15 b.** Si uno desgarrá la oreja de un hombre libre, da 12 siclos de plata.
- §16.** Si uno desgarrá la oreja de un esclavo, hombre o mujer, da 3 siclos de plata.
- §16b.** Si uno desgarrá la oreja de un esclavo, hombre o mujer, da 6 siclos de plata.
- §17.** Si uno causa aborto a una mujer libre; si estaba en el décimo mes [lunar de embarazo] da 10 siclos de plata; si estaba en el quinto, da 5 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §17b.** Si uno causa aborto a una mujer libre da 20 siclos de plata.
- §18.** Si uno causa aborto a una esclava, si es al décimo mes [lunar] da 5 siclos de plata.
- §18b.** Si uno causa aborto a una esclava, da 10 siclos de plata.
- §19.** Si un luvita secuestra a una persona libre, hombre o mujer, de Hattusa y la saca a Arzawa, cuando su dueño lo persiga y encuentre, el secuestrador le dará todos sus bienes.
- §19b.** Si aquí en Hattusa un hitita secuestra a un luvita libre y lo saca a Luwiya, antaño daba 12 esclavos, pero ahora da 6 cabezas [¿esclavos?] y así libraré a los suyos.
- §20.** Si cualquier hombre libre hitita roba un esclavo hitita de la tierra de Luwiya y lo trae al país de Hatti y si el dueño lo descubre, el ladrón le da 12 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §21.** Si uno roba un esclavo de un luvita de la tierra de Luwiya y lo trae al país de Hatti, si su dueño lo descubre solo recuperará su esclavo. No habrá [otra] compensación.

- §22.** Si un esclavo escapa y alguno lo devuelve: si fue hallado en las cercanías, el dueño le dará un par de zapatos. Si lo halló a este lado del río le dará 2 siclos de plata; y si lo halló más allá del río, le dará 3 siclos de plata.
- §23.** Si un esclavo escapa y va a la tierra de Luwiya, el dueño debe dar a quien lo devuelva 6 siclos de plata. Si un esclavo escapa y va a un país enemigo, el que lo recupere tomará el esclavo para sí.
- §24.** Si un esclavo, hombre o mujer, escapa, aquél en cuya casa sea hallado por su dueño da la paga normal de un hombre por un año, 2 minas y media de plata, o da la paga normal de una mujer por un año, 50 siclos de plata.
- §25.** Si una persona contamina una tinaja de almacén o una cisterna, antaño pagaba 6 siclos de plata. A la persona dañada le pagaba 3 siclos de plata. Pero ahora el rey ha renunciado a la parte del Palacio y el contaminador solo da 3 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §26.** Si una mujer repudia a su marido este le da [...] y ella toma salario por su simiente [prole] [...]; el hombre toma la tierra y los hijos. Pero si el hombre se divorcia de la mujer, él la vende. El que la compre dará 12 siclos de plata.
- §27.** Si un hombre toma esposa y la lleva a casa, lleva su dote con ella. Si la mujer muere allí, ellos queman [gastan ¿en el funeral?] de los bienes del hombre, y él toma su dote. Si ella muere en la casa de su padre, y allí están los hijos, el hombre no toma esa dote.
- §28.** Si una muchacha está prometida a un hombre libre, y otro la rapta [se fuga con otro], tan pronto como se fugue debe compensar al primero por lo que él haya dado por ella. Los padres no darán compensación. Pero si los padres la dan a otro hombre, los padres darán compensación. Si los padres rehúsan pagar, las autoridades la separarán de su segundo hombre.
- §29.** Si una muchacha está prometida a un hombre libre y él ya ha pagado la dote por ella y después los padres rompen el compromiso, los padres la separan del hombre pero deben darle el doble de la dote.
- §30.** Si el hombre no ha tomado aún a la muchacha, puede rehusar tomarla, pero renuncia al precio que dio.
- §31.** Si un hombre libre y una muchacha esclava llegan a amarse y viven juntos y él la toma como esposa y crean un hogar y tienen hijos; si después riñen o se separan dividirán los bienes del hogar por mitad y el hombre puede tomar a los hijos, pero la mujer tomará a uno.
- §32.** Si un esclavo toma a una mujer libre como esposa, la ley es la misma para ellos.
- §33.** Si un esclavo toma a una esclava, la ley es la misma para ellos.
- §34.** Si un esclavo paga la dote por una mujer libre y la toma como esposa, nadie puede hacerla [por ello] caer en la esclavitud.
- §35.** Si un guarda o un pastor se fuga con una mujer libre y no paga dote por ella, ella se hace esclava por 3 años.
- §36.** Si un esclavo paga la dote por un joven libre y lo toma como yerno para su hija [el joven] no será considerado esclavo.

- §37.** Si alguien se fuga con una mujer y un grupo va tras ellos; si 2 o 3 hombres mueren [en la persecución] no habrá compensación. Se le dirá al fugado: te has convertido en lobo [fórmula ritual que lo convierte en enemigo público].
- §38.** Si varios hombres pelean y otro va a ellos para ayudar a uno; si el rival irritado en la pelea golpea al llegado y este muere, no habrá compensación.
- §39.** Si una persona ocupa el campo de otra [asignado a otra], hará el sahan -servicio - [a su superior]. Si rehúsa ser titular del campo, otro puede tomarlo, pero no puede venderlo [es poseedor, no propietario].
- §40.** Si un trabajador con obligación tukul falta y un dueño [¿de señorío del rey?, obligaciones ilku] es asignado en su lugar y ese dueño dice: "Este es mi trabajo y este mi [servicio] sahan, se comprometerá por escritura sellada sobre los campos de ese trabajador; y entonces hará el trabajo y el [servicio] sahan. Si rehúsa hacer el trabajo, se declarará vacante el campo del trabajador y los hombres de la ciudad podrán trabajarlos. Si el rey lo asigna a un desterrado [?], deberán darle los campos y se convertirá en un trabajador.
- §41.** Si el dueño de una tenencia [¿regia?] la deja vacante y un trabajador es asignado en su lugar, y este dice: "Este es mi trabajo y este mi [servicio] sahan, se comprometerá en escritura sellada por el campo del dueño de la tenencia; entonces hará el trabajo y el [servicio] sahan. Si rehúsa realizar el sahan, los campos del dueño de la tenencia se asignarán [retornarán?] al Palacio y el sahan habrá concluido.
- §42.** Si uno alquila a una persona y esta va a la expedición [bélica o mercantil] y muere, si le ha sido dada su paga, el alquilador no ha de compensar; pero si no ha pagado la soldada, debe dar una cabeza [¿esclavo?] y como sueldo 12 siclos de plata; como paga para una mujer da 6 siclos de plata.
- §43.** Si un hombre suele vadear un río con su buey y otro hombre le hiere, se ase a la cola del buey y cruza el río, pero el río arrastra al amo del buey, se le coge preso.
- §44a.** Si uno empuja a un hombre a un fuego, y muere, el agresor da al heredero un muchacho [o hijo] suyo.
- §44b.** Si uno hace una lustración a un hombre, tirará los restos al pozo de incineración. Si los tira fuera y los abandona en otro campo o casa, es sortilegio y el caso irá al tribunal real.
- §45.** Si uno encuentra herramientas, debe devolverlas a su dueño y este le recompensa. Si no las devuelve, es ladrón. Si uno encuentra herramientas o un buey, oveja, caballo o asno, debe llevar lo hallado a su amo y devolverlo. Si no puede hallar al dueño y lo acredita con testigos y luego el dueño ve lo hallado en poder del hallador, perderá lo que perdió, de acuerdo con la ley. Pero si el hallador no aseguró con testigos su intento de hallar al dueño y, luego, el dueño lo halla, es ladrón y dará compensación de 3 veces.
- §46.** Si en un pueblo alguien posee campos y condición de siervo, como un don; si el campo le ha sido dado entero prestará [servicios] luzzi; si solo tiene poca parte del campo, no habrá de hacer luzzi. Mejor lo hará en [por la] casa de su padre. Si a un kule le da una división del campo de la donación del iwaru o se le da un campo a un hombre de la ciudad, debe hacer luzzi.

- §46b.** Si alguien posee tierras como don del rey, no ha de hacer luzzi. El rey tomará un pan de su mesa y se lo dará. Si uno compra todos los campos de un trabajador, debe hacer luzzi. Si compra solo una gran parte de los campos no ha de hacer luzzi. Si un kule divide los campos o un hombre de la ciudad se los da, debe prestar servicios luzzi.
- §47.** Si uno posee campos y eriales como don del rey, ha de hacer luzzi. [Solo] Si el rey los exime no ha de hacer luzzi.
- §47b.** Si uno compra un campo y erial entero de un trabajador y el antiguo dueño del campo y erial lo abandona, el nuevo dueño debe hacer los sahhan que el rey le marque. Si el antiguo dueño del campo y erial vive aún, o si su casa existe aún, sea en esa tierra, sea en otra, el nuevo dueño no ha de hacer sahhan.
- §47b.** Si uno posee un campo y erial como don del rey, ha de hacer luzzi por esos campos. [Solo] Si el rey lo exime no ha de hacer luzzi. Si uno compra todos los campos de un trabajador, preguntarán al rey, y se harán los luzzi que el rey ordene. Si compra además cualesquiera otros campos, no ha de hacer nuevos luzzi. Si el campo y erial está vacante o la gente de la aldea se lo da, debe hacer luzzi.
- §48.** Un hombre hipparas [¿cautivo?] hace los luzzi. Nadie puede tener comercio con un hipparas. Nadie puede comprar su hijo y su campo o su vida. Cualquiera que tenga comercio con un hipparas será penado con el precio de la compra. Lo que el hipparas vendió le será devuelto.
- §48b.** En el caso del hombre hipparas, hará los luzzi. Con un hipparas nadie tendrá comercio; nadie puede comprar a su hijo, su campo o su vida. Quien tenga comercio con un hipparas será penado con el precio de la compra; el hipparas recuperará lo que vendió.
- §49.** Si un hombre hipparas roba no hará compensación. Si hay una asociación (de hipparas), esta hará la compensación. Si son acusados de ladrones y se encubren todos, todos serán ladrones. Si uno fuera garante de este, y otro avalara al anterior, podrían así eludir la autoridad del rey.
- §50.** La gente ukke que vive en Nerik y los sacerdotes de Arinna y Ziplanta /.../ sus casas en estas ciudades estarán exentas. Pero sus asociaciones harán los luzzi. La casa de un hombre que viva en Arinna durante 11 meses y en cuya puerta se plante un jalón zyan, está exenta.
- §51.** Antaño cualquiera que se hacía tejedor en Arinna estaba, con su casa, exento. Pero ahora solo estará exenta su propia casa; sus socios y siervos deberán hacer sahhan y luzzi. Lo mismo ocurrirá en Ziplanta.
- §52.** El esclavo de una casa de piedra [mausoleo], el esclavo de un príncipe y el del superintendente de las residencias reales que tienen tierras entre los trabajadores, harán luzzi.
- §53.** Si un trabajador y su socio viven juntos pero riñen y dividen los bienes de su casa; si hay en su tierra 10 esclavos, el trabajador tomará 7 y su socio tomará 3 esclavos. El ganado y ovejas de su tierra los dividirán en igual proporción. Si uno posee un don real escriturado, si ellos dividen su antigua hacienda, el trabajador tomará dos tercios del don y su socio tomará uno.
- §54.** Antes, las tropas manda, sala, las de Tamalki, Hatra, Zalpa, Tashiniya, Hamuwa, los arqueros, carpinteros, aurigas y sus hombres karuhala no hacían luzzi ni sahhan.

- §55.** Cuando llegaron los hombres de Hatti, los servidores del feudo se inclinaron ante el padre del rey y dijeron: Nadie nos paga un sueldo, se niegan diciendo: "Tú eres servidor". El padre del rey se levantó en la Asamblea y los declaró bajo su protección: "Id y sed como vuestros camaradas".
- §56.** Ninguno de los herreros [trabajadores del metal] estará exento de acudir a una campaña del rey contra una fortaleza, por cosechar una viña. Los jardineros prestarán también en todos los aspectos los luzzi.
- §57.** Si uno roba un toro, si es recién nacido no es aún toro; si tiene un año, no es aún toro; si tiene 2 años es toro. Antaño debía dar 30 [cabezas de] ganado. Ahora dará 15 cabezas de ganado: 5 de dos años, 5 de un año y 5 crías; y así librará a los suyos.
- §58.** Si uno roba un semental, si es recién nacido aún no es semental; si tiene un año aún no es semental; si tiene dos años es semental. Antaño debía dar 30 caballos. Ahora dará 15 caballos: 5 de dos años, 5 de un año y 5 crías; y así librará a los suyos.
- §59.** Si uno roba un carnero de calidad, antaño daría 30 ovejas. Ahora dará 15 ovejas: 5 hembras, 5 machos y 5 crías; y así librará a los suyos.
- §60.** Si uno encuentra un toro y lo castra; si el dueño lo descubre, el ladrón dará 7 reses: 2 de dos años, 3 de un año y 2 crías; y así librará a los suyos.
- §61.** Si uno encuentra un semental de caballo y lo castra; si el dueño lo descubre, el ladrón le dará 7 caballos: 2 de dos años, 3 de un año y 2 crías; y así librará a los suyos.
- §62.** Si uno encuentra un carnero y lo castra; si el dueño lo descubre, el ladrón le dará 7 ovejas: 2 hembras, 3 machos y 2 crías; y así librará a los suyos.
- §63.** Si uno roba un buey de labor, antaño debía dar /.../ Ahora dará 10 [reses]: 3 de dos años, 3 de un año y 4 crías; y así librará a los suyos.
- §64.** Si uno roba un caballo de tiro su pena está en igual proporción.
- §65.** Si uno roba un gamo domado o un ciervo entrenado, la compensación es la misma que por un buey de labor robado.
- §66.** Si un buey de labor o caballo de tiro, o vaca, o mula, se pierde en otro corral, o si un gamo domado, u oveja, o carnero se pierde en otro aprisco y su dueño lo halla, puede tomar su animal con todo derecho; pero no se tendrá por ladrón al dueño del corral.
- §67.** Si uno roba una vaca, antaño debía dar 12 [reses]; ahora debe dar 6: 2 de dos años, 2 de un año y 2 crías; y así librará a los suyos.
- §68.** Si uno roba una yegua de tiro, su pena estará en igual proporción.
- §69.** Si uno roba una oveja o un carnero, antaño debía dar 12 ovejas. Ahora debe dar 6 ovejas: 2 ovejas, 2 carneros y 2 crías; y así librará a los suyos.
- §70.** Si uno roba un buey, caballo, mula o asno, y su dueño lo descubre, el dueño tomará su animal con todo derecho. Además el ladrón le dará otro animal [igual].
- §71.** Si uno encuentra un buey o una mula, debe llevarlo a la Puerta del rey. Si lo encuentra en el campo, los ancianos pueden dejarlo bajo su custodia y él puede uncirlo para trabajar. Cuando el dueño lo encuentre, puede tomar su animal con todo derecho, pero no puede detenerlo por ladrón. Si los ancianos no lo habían dejado bajo su custodia, sí es ladrón.

- §72.** Si un buey [ajeno] muere en el campo de uno, el dueño del campo dará 2 bueyes; y así librará a los suyos.
- §73.** Si uno mata y descuartiza a un buey [extraviado] ese hombre es en justicia un ladrón.
- §74.** Si uno quiebra el cuerno o las patas de un buey, tomará al animal y dará al dueño otro en buen estado. Pero si el dueño dice: "Prefiero mi buey", podrá tomarlo y el otro hombre le pagará 2 siclos de plata.
- §75.** Si uno unce a un buey, caballo, mulo o asno [alquilados] para trabajar y este muere o un lobo lo devora, o lo pierde, dará la compensación marcada por la ley. Pero si afirma: "Murió por la mano de Dios", ratificará lo que dice con juramento.
- §76.** Si uno toma un buey, caballo, mulo o asno con garantía [de préstamo] y muere en su posesión, lo traerá [el cuerpo] a su dueño y pagará su alquiler.
- §77a.** Si uno golpea a una vaca preñada y le causa aborto, pagará 2 siclos de plata. Si uno golpea a una yegua preñada y le causa aborto, pagará 2 siclos de plata.
- §77b.** Si uno ciega el ojo de un buey o un caballo pagará 6 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §78.** Si uno alquila un buey y le pega con látigo o lo azota y su dueño lo descubre, el hombre debe dar 1 parisu de grano.
- §79.** Si unos bueyes van por el campo y el dueño del campo los encuentra, puede uncirlos durante un día. Pero tan pronto como salgan las estrellas debe llevarlos a su dueño.
- §80.** Si uno [arrebata una oveja a un lobo, su dueño tomará la carne y el pastor tomará la lana.
- §81.** Si uno roba un cerdo cebado, antaño debía dar 1 mina de plata. Ahora dará 12 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §82.** Si uno roba un cerdo de campo pagará 6 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §83.** Si uno roba una puerca que vaya a parir pagará 6 siclos de plata. Contarán también los lechones y dará 1 parisu de grano por cada 2 lechones; y así librará a los suyos.
- §84.** Si uno golpea a una cerda que vaya a parir, y ella muere, el fallo justo es el mismo.
- §85.** Si uno separa a un lechón de la camada y lo roba, debe dar 2 parisu de grano.
- §86.** Si un cerdo entra en un montón de grano o en un campo o en un jardín y el dueño del grano o del campo o del jardín lo golpea y mata, debe entregarlo a su dueño. Si no lo entrega, es ladrón.
- §87.** Si uno golpea al perro de un pastor y lo mata pagará 20 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §88.** Si uno golpea al perro de un cazador y lo mata, pagará 12 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §89.** Si uno golpea a un cerdo de campo y lo mata, pagará un siclo de plata.
- §90.** Si un perro devora manteca de cerdo y el dueño de la manteca lo descubre, puede matarlo y recobrar la manteca de su estómago. No habrá compensación.

- §91.** Si uno roba abejas en un enjambre antaño pagaba /.../ siclos de plata. Ahora pagará 5 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §92.** Si uno roba 2 ó 3 colmenas de abejas, antaño era expuesto a su picadura. Ahora pagará 6 siclos de plata. Si uno roba una colmena de abejas pero no están en su interior [vacías] pagará 3 siclos de plata.
- §93.** Si se coge a un hombre libre al empezar [un escalo] y aún no ha entrado en la casa, pagará 12 siclos de plata. Si se coge a un esclavo y aún no ha entrado en la casa, pagará 6 siclos de plata.
- §94.** Si un hombre libre asalta una casa, debe devolver los bienes según la ley. Por el robo antaño pagaba 1 mina de plata; ahora pagará 12 siclos de plata. Si roba mucho, se le impondrá más pena, si roba poco se le impondrá menos pena; y así libraré a los suyos.
- §95.** Si un esclavo asalta una casa, devolverá los bienes según la ley. Por el robo pagará 6 siclos de plata. También se cortarán las orejas y nariz del esclavo y se le devolverá a su dueño. Si roba mucho, se le impondrá más pena, si roba poco se le impondrá menos pena. Si el dueño dice: 'Yo compensaré por él', puede compensar; si rehúsa, perderá al esclavo.
- §96.** Si un hombre libre asalta un granero y halla grano en él, debe rellenar el granero con grano y pagar 12 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §97.** Si un esclavo asalta un granero y encuentra grano en él, debe rellenar el granero con grano y pagar 6 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §98.** Si un hombre libre incendia una casa debe reconstruirla. Lo que se haya destruido en ella, hombre, ganado, ovejas, no necesita ser repuesto en su valor total.
- §99.** Si un esclavo incendia una casa, su dueño compensará en su lugar. Se cortarán nariz y orejas al esclavo y se devolverá a su dueño. Si el dueño no compensa, perderá al esclavo.
- §100.** Si uno prende fuego a un henar, alimentará al ganado del dueño, lo repondrá en la primavera y deberá restaurar el cobertizo. Si no había nada en él solo debe reconstruirlo.
- §101.** Si uno roba una cepa de viña, zarcillo, árbol karpinas o cebollas, antaño pagaba por 1 cepa, 1 siclo de plata; por 1 zarcillo, 1 siclo de plata; por un árbol karpinas, 1 siclo de plata; por una cebollera, 1 siclo de plata. Además debían golpearlo con las lanzas. Antaño hacían así, pero ahora pagará, si es un hombre libre, 6 siclos de plata; y si es esclavo, 3 siclos de plata.
- §102.** Si uno roba madera de un embalse, por un talento de madera, pagará 3 siclos de plata; por 2 talentos de madera, 6 siclos de plata; por 3 talentos de madera, es caso para el tribunal del rey.
- §103.** Si uno roba plantas en cultivo, por valor de 1 gipessar de plantas, las replantará y pagará 1 siclo de plata; por 2 gipessar de plantas, las replantará y pagará 2 siclos de plata.
- §104.** Si uno tala un granado o un níspero pagará /.../ siclos de plata; y así libraré a los suyos.

- §105.** Si uno prende un fuego y se extiende a un huerto de frutales y viñas, manzanos, granados o nísperos y se incendian, pagará 6 siclos de plata por árbol, y los replantará; y así librará a los suyos. Si es un esclavo, pagará 3 siclos de plata.
- §106.** Si uno hace fuego en un campo y deja que pase al campo cultivado de su vecino y se prende fuego ese campo; el que prendió el fuego tomará el campo quemado y dará a cambio un campo bueno al dueño dañado y la siguiente cosecha será para este.
- §107.** Si un hombre mete su rebaño en una viña cultivada y la arruina, si no ha sido cosechada aún, pagará 10 siclos de plata por cada iku; y así librará a los suyos. Si está cosechada solo pagará 3 siclos de plata.
- §108.** Si uno roba zarcillos de una viña vallada, si (hay) 100 cepas, pagará 6 siclos de plata; y así librará a los suyos. Si la viña no está vallada, y roba zarcillos, pagará 3 siclos de plata.
- §109.** Si uno desvía el canal de riego de un huerto de frutales, si hay 100 árboles, pagará 6 siclos de plata.
- §110.** Si uno roba yeso de una fosa devolverá el doble de lo que robe.
- §111.** Si uno moldea un purut con un muñeco [para clavarle alfileres, etc.: magia simpática], es sortilegio y es un caso para el tribunal del rey.
- §112.** Si se da a un deportado (?) el campo de un trabajador y grano, durante 3 años no ha de hacer sahhan. En el cuarto año debe hacer sahhan con los otros trabajadores.
- §113.** Si uno tala una viña, se quedará con la viña talada y dará una viña buena al dueño dañado, y la primera cosecha podrá recogerla [el dañado], hasta que se resarza al hombre de la viña.
- §114-118:** perdidos o fragmentarios.
- §119.** Si uno roba un ave de laguna entrenada o una perdiz amaestrada [reclamo], antaño pagaba 1 mina de plata; ahora pagará 12 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §120.** Si uno roba un pájaro joven amaestrado, si [hay] 10 pájaros [¿si el robo es a un criador?], pagará 1 siclo de plata.
- §121.** Si un hombre libre roba un arado, el dueño lo colocará bajo un appalassas y morirá por el buey. Antaño hacían así. Ahora pagará 6 siclos de plata; y así librará a los suyos. Si es un esclavo, pagará 3 siclos de plata.
- §122.** Si uno roba un carro y sus accesorios, antaño pagaba 1 siclo de plata. Ahora pagará /.../ siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §123.** Si uno roba un /.../ de madera, antaño /.../ Pero ahora /.../ pagará 3 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §124.** Si uno roba una sisiyamna pagará 3 siclos de plata; y así librará a los suyos. Si uno carga un carro y lo deja en un campo y otro lo roba, este pagará 3 siclos de plata; y así librará a los suyos.
- §125.** Si uno roba una artesa de agua pagará /.../ siclos de plata. Si uno roba una husas o una tarusha, pagará 1 siclo de plata.

- §126.** Si uno roba una bandera de guerra de la Puerta del Palacio, pagará 6 siclos de plata. Si uno roba una lanza de bronce en las puertas del Palacio, será muerto. Si uno roba un alfiler de cobre, debe dar medio parisu de grano. Si uno roba el hilo para un traje, debe dar un traje de lana.
- §127.** Si uno roba durante una pelea una puerta, debe hacer compensación por lo que se pierda en la casa. También pagará una mina de plata; y así libraré a los suyos.
- §128.** Si uno roba ladrillos, tantos robe, tantos devolveré doblados. Si uno roba piedras de cimient, por cada 2 piedras devolveré 10 piedras. Si uno roba una piedra humasi o harmiyalli, pagará 2 siclos de plata.
- §129.** Si uno roba un cuero annanuzzi, un cuero gazzimusi o un bronce katral [arreos] de caballo o mulo, antaño pagaba 1 mina de plata. Ahora pagará 12 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §130.** Si uno roba el /... / yattalas de un buey o un caballo, pagará /.../ siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §131.** Si uno roba un happut-/.../ de cuero, pagará 6 siclos de plata; y así libraré a los suyos.
- §132.** Si uno hombre libre, roba /... /, pagará 6 siclos de plata; y así libraré a los suyos. Si es esclavo, pagará 3 siclos de plata.
- §133-141.** [Perdidos o muy fragmentarios].
- §142.** Si uno conduce un carro /.../ y otro le roba la rueda, dará medio parisu de grano por una rueda. Si el ladrón es esclavo, debe dar /.../ de grano por una rueda.
- §143.** Si un hombre libre roba una zinna/... / de cobre o una sankuva]li pagará 6 siclos de plata; y así libraré a los suyos. Si es esclavo, pagará 3 siclos de plata.
- §144.** Si un barbero da una zinna /.../ de cobre a su ayudante y este la estropea, debe reponerla según la ley. Si uno corta [rasga] un hermoso [caro] vestido con un hanza de madera, pagará 10 siclos de plata. Si uno corta /.../ con /.../ pagará 5 siclos de plata.
- §145.** Si uno hace un establo, su patrón le pagará 6 siclos de plata. Si él abandona [el trabajo], renuncia a su paga.
- §146.** Si uno compra una casa, villa, jardín o pastizal, y [el] otro hombre [vendedor] va y le amenaza y le pide un precio más alto que el primero que pidió, como pena por la ofensa pagará 1 mina de plata. El vendedor cobrará solo el precio inicial.
- §147.** Si uno compra a una persona inhábil (¿disminuida?), y otro hombre viene a hacer fuerza para esclavizarlo, pagará como pena por la ofensa 5 siclos de plata.
- §148.** Si uno compra un buey, caballo, mulo o asno, y otro hace fuerza para estriarlo [¿como si fuera suyo?], pagará como pena por la ofensa 5 siclos de plata.
- §149.** Si uno vende un /... [¿esclavo?]/ adiestrado y después [de cobrar] dice: "Ha muerto", pero el nuevo dueño lo descubre [vivo], él mismo puede tomarlo. Además [el defraudador] debe dar 2 personas; y así libraré a los suyos.
- §150.** Si un hombre se alquila por un sueldo para un mes, el patrón pagará /.../ siclos de plata; si una mujer se alquila por un sueldo para un mes, el patrón pagará /.../ siclos de plata.

- §151.** Si uno alquila un buey de labor por un mes pagará un siclo de plata. Si uno alquila una vaca un mes, pagará medio siclo de plata.
- §152.** Si uno alquila un caballo, mulo o asno por un mes, pagará un siclo de plata.
- §153-156.** [Perdidos o muy fragmentarios].
- §157.** Si un hacha de bronce pesa una mina, su renta [alquiler] por mes es 1 siclo de plata. Si un hacha de bronce pesa media mina, su renta por mes es medio siclo de plata. Si un tapulli de bronce pesa 1 mina, su renta por mes es medio siclo de plata.
- §158.** Si un hombre se alquila para una cosecha en la cual se atará las poleas, tirará de carros, se meterá en el granero y limpiará la trilla, su sueldo por 3 meses será 30 parisu de grano. Si una mujer se alquila para la cosecha, su sueldo por 2 meses será 12 parisu de grano.
- §159.** Si uno apareja un tiro de bueyes por un día, su alquiler será medio parisu de grano.
- §160.** Si un herrero hace un recipiente pisan de cobre de media mina, su precio será de parisu y medio de grano. Si hace un hacha de 2 minas de peso, su precio será 1 parisu de zinc.
- §161.** Si hace un hacha de 1 mina de peso, su precio será 1 parisu de grano.
- §162.** Si uno desvía el agua de un canal de riego y lo saca de su lugar, pagará 1 siclo de plata. Si uno altera el cauce de un canal de riego y lo pone más alto, es caso difícil de fallar. Si otro vuelve a bajar ese cauce, está en su derecho.
- §163a.** Si animales de uno son golpeados por un dios [muertos por plaga] y su dueño los purifica [mata] y saca fuera, pero deja sus reses en una fosa en el refugio sin advertirlo al vecino, y el vecino no lo sabe y lleva a sus animales a esa fosa y ellos mueren [contagiados], entonces deberá compensar.
- §163b.** Si los animales de alguno son castigados por un dios y su dueño los purifica y saca fuera, y él da isuwán al hombre isuwapalla, pero no informa a su vecino y su vecino no está advertido y los lleva [donde están los cadáveres contaminantes], así que ellos mueren, deberá compensar.
- §164-165.** Si uno va a tomar una prenda [que se le debe por un préstamo] y hay una pelea y el acreedor rompe un gran vaso o un vaso de libaciones para vino, debe dar 1 oveja, 10 panes y una vasija de cerveza y purificar su casa de nuevo. Hasta que pase un año, el acreedor estará alejado de la casa del deudor.
- §166-167.** Si uno siembra semillas sobre semillas, la autoridad podrá poner su cuello bajo el arado. Aparejarán 2 yuntas de bueyes y dirigirán una en una dirección y la otra, en otra dirección. El hombre será muerto, los bueyes lo matarán. El que sembró el campo primero lo tomará para él. Antaño hacían así. Ahora tomarán una oveja en lugar del hombre y 2 ovejas en lugar del buey [¿Descuartizamiento simulado con ovejas?]. El ofensor dará 30 panes y 3 vasijas de cerveza y lo purificará. El que sembró antes el campo será el que lo cosechará.
- §168.** Si uno viola los límites de un campo y toma un surco del campo del vecino, el dueño del campo vecino puede separar un gipessar del campo (del ofensor) y quedárselo. El que ha violado los límites debe dar una oveja, 10 panes y una vasija de cerveza y purificar el campo de nuevo.

- §169.** Si uno compró un campo y viola los límites [¿sin quererlo?, cuando repare en ello], tomará un pan, lo partirá en honor del dios Sol, y dirá: "Has plantado mi balanza en el terreno". Él dirá, también luego: "¡Oh, dios del Sol! ¡Oh, dios del Sol! ¡Oh, dios de la Tormenta! ¡Que no haya litigio entre tú y yo!". [Expiación profiláctica].
- §170.** Si un hombre libre mata a una serpiente mientras dice el nombre de otro hombre, pagará 1 mina de plata. Si el ofensor es un esclavo, será muerto. [Sortilegio].
- §171.** Si una madre rasga el traje de su hijo, repudia a su hijo. Si su hijo vuelve a casa y ella toma la puerta y la abre, toma su iskissana y su hapulli de madera y los aparta, lo acepta de nuevo. Entonces ella lo hace su hijo de nuevo.
- §172.** Si uno mantiene la vida de un hombre libre en año de hambruna, el hombre debe dar [luego] a su sustentador un sustituto por él mismo. Si el sustituto es un esclavo, le dará [además] 10 siclos de plata.
- §173.** Si uno incumple la sentencia del tribunal del rey, su casa será arruinada. Si uno rechaza la sentencia del tribunal de un dignatario le cortarán la cabeza. Si un esclavo se alza contra su amo, será puesto [vivo] en una vasija de barro [hasta morir].
- §174.** Si un hombre lucha con otro y uno de ellos es muerto, el homicida debe dar 1 cabeza [¿esclavo?].
- §175.** Si un pastor o un guarda toma a una mujer libre en matrimonio, será tenida por esclava durante dos o cuatro años [¿mínimo y máximo?]. Ellos venderán los brazos de sus hijos [de ella] pero no serán atados con correa.
- §176a.** Si uno abre el corral de un toro [y este escapa] es caso para el tribunal del rey. Lo pondrán en venta. Engendra en el tercer año. El buey de labor, la oveja hembra y la cabra engendran en el tercer año.
- §176b.** Si uno compra [contrato de esclavo?] a un trabajador, alfarero, herrero, carpintero, trabajador del cuero, batanero, tejedor o fabricante de vestidos kapalli, pagará 10 siclos de plata (al año?).
- §177.** Si uno compra una rapaz adiestrada, pagará 25 siclos de plata. Si uno compra a un hombre o mujer viva pagará 20 siclos de plata.
- §178.** El precio de: - un buey de labor es 12 siclos - un toro es 10 siclos de plata - una vaca bien criada es 7 siclos - un buey de labor o una vaca de un año es 5 siclos de plata - ternero recién nacido es 4 siclos. Si la vaca está encinta es 8 siclos de plata - un ternero es 2 siclos de plata. Un semental, una yegua de tiro, un asno o un asno de tiro se tasan en igual proporción.
- §179.** Si es una oveja, su precio es 1 siclo de plata. El precio de 2 cabritos es medio siclo de plata.
- §180.** Si es un caballo de tiro, es 20 siclos de plata. El de un mulo es 1 mina de plata. El de 1 caballo [en el pasto] es 15 siclos de plata. El de un semental de un año es 10 siclos de plata. El de una yegua de tiro de un año es 15 siclos de plata.
- §181.** El precio de: - un potro o potra destetada es 4 siclos de plata. - 4 minas de cobre es 1 siclo de plata - un zipaddani de aceite bueno es 2 siclos de plata - un zipaddani de manteca es 1 siclo de plata - un zipaddani de miel es 1 siclo de plata - 2 quesos es 1 siclo de plata - 3 piezas de cuajo es 1 siclo de plata.

- §182.** El precio de: - un traje happusant es 12 siclos - un traje fino es 30 siclos de plata - un traje de lana azul es 20 siclos - un traje adupli es 10 siclos de plata - un traje iskallesar es 3 siclos de plata - un traje /.../ es 4 siclos de plata - un traje de tejido basto es 4 siclos - una camisa fina es 1 siclo de plata - una camisa ordinaria es /.../ siclos de plata - un vestido de 7 minas de peso es /.../ - un lienzo largo es 5 siclos de plata.
- §183.** El precio de: - 3 parisu de zinc es 1 siclo de plata - 4 parisu de /.../ es /.../- 1 parisu de vino es medio siclo de plata - 1 parisu de /.../ es de /.../ 1 iku de tierra de pantano es 3 siclos de plata - 1 iku de tierra ha. la. ni. es 2 siclos de plata. Si el campo linda con los del dueño que vende, su precio es 1 siclo de plata [más].
- §184.** [Muy fragmentario].
- §185.** El precio de: un iku de viñas es 1 mina de plata - el cuero de un buey bien criado es 1 siclo de plata- 5 cueros de res lechal es 1 siclo de plata- 10 cueros de cabra es 1 mina de plata -10 pieles de ovejas jóvenes es 1 siclo de plata - 4 pieles de cabra es 1 siclo de plata - 15 pieles de cabras trasquiladas es 1 siclo de plata - 20 pieles de cordero es 1 siclo - 20 pieles de cabrito es 1 siclo. Quien compre la carne de 2 bueyes bien criados pagará una oveja.
- §186.** Quien compre la carne de 2 reses de un año dará una oveja. Quien compre la carne de 5 reses lechales dará una oveja. Quien compre la carne de 10 cabras dará una oveja, la carne de 10 ovejas dará 1 oveja, la carne de 20 corderos dará una oveja, la carne de 20 cabritos dará una oveja.
- §187.** Si un hombre se aparea con una vaca es abominación [hurkel], el hombre será muerto. Lo llevarán a la Puerta del rey. Bien ordene el rey que sea ejecutado, bien conserve su vida, no podrá presentarse ante el rey [¿capitidisminución?].
- §188.** Si un hombre se aparea con una oveja, es abominación, el hombre será muerto. Lo traerán a la Puerta del rey. Bien el rey ordene que sea ejecutado, o bien el rey conserve su vida, él no podrá presentarse ante el rey [¿capitidisminución?].
- §189.** Si un hombre yace con su madre, es abominación. Si un hombre yace con su hija, es abominación. Si un hombre yace con su hijo, es abominación.
- §190.** Si se aparecen [los familiares de primer grado] a los hombres en forma de espíritu, varón o hembra, no hay crimen [en yacer con ellos ¿en sueños?]. Si un hombre yace con su madrastra, no es crimen. Pero si el padre vive, es abominación.
- §191.** Si un hombre libre yace con hermanas libres y con la madre de éstas, si unas viven en una ciudad y las otras en otra, no es crimen. Si ello ocurre en el mismo lugar y él [el lugar] conoce sus relaciones con la otra, es abominación.
- §192.** [Muy fragmentario].
- §193.** Si un hombre tiene una esposa, y él muere, su hermano [será el primero para] tomarla como esposa; entonces, si el hermano muere, su padre la tomará. Si entonces muere el padre, el hijo de su hermano la tomará a quien la tenía.
- §194.** Si un hombre libre yace con esclavas que son hermanas y con la madre de estas, no es crimen. Si hermanos de sangre duermen con la misma mujer libre, no es crimen. Si padre e hijo duermen con la misma esclava o prostituta, no es crimen.

- §195.** Si un hombre duerme con la esposa de su hermano mientras este aún vive, es abominación. Si un hombre tiene a una mujer libre como esposa, y entonces tiene relaciones sexuales con su hermana [de la esposa], es abominación.
- §196.** Si un esclavo o esclava de un hombre comete abominación, los trasladarán y establecerán en ciudades distintas [al delincuente y al familiar con quien yació]; se tomará una oveja en lugar de cada uno de ellos [¿para sacrificio expiatorio?].
- §197.** Si un hombre encuentra y yace con una mujer en las montañas [en despoblado], es crimen y será muerto. Pero si la toma en su casa, la culpable es la mujer, ella será muerta. Si el marido los descubre y mata, no es crimen.
- §198.** Si un marido trae al adúltero y a la esposa a la Puerta del Palacio y declara: Mi esposa no será muerta, y así salva la vida de la esposa, salva también la vida del amante y le pondrá una señal en la cabeza [confirma el perdón]. Si él declara: "Mueran los dos", serán pasados por la rueda. El rey podrá ejecutarlos o salvar sus vidas.
- §199.** Si uno se aparea con un cerdo o un perro, será muerto. El hombre que descubra el crimen lo llevará a la Puerta del Palacio. El rey podrá ejecutarlos o salvar sus vidas. Pero el culpable no podrá presentarse de nuevo ante el rey. - Si un toro salta sobre un hombre para aparearse, el toro será muerto. El hombre no será muerto; se tomará una oveja en lugar del hombre y será muerta.- Si un cerdo salta sobre un hombre para aparearse, no es crimen.
- §200.** Si un hombre se aparea con caballo o mulo, no es crimen. Pero el hombre no puede presentarse de nuevo ante el rey [¿capitidiminución?] ni ser sacerdote.- Si uno yace con una ramera y yace también con la madre de ella, no hay crimen. - Si uno da a su hijo para que sea entrenado como carpintero, herrero, tejedor, trabajador de cuero o batanero, pagará de tasa por aprendizaje 6 siclos de plata. Si el maestro lo hace un experto, el padre dará una cabeza [¿esclavo?].

Leyes Asirias^{1*}

Se conservan en dos series de tablillas. La primera, del Reino Medio, en copia del s. -XII (¿Teglatfalasar I (1114-1076)?). Semejantes al Código de Hammurabi, muy conocido en Asiria, son más incompletas. La primera consta de doce tablillas (llamadas A, B, C, etc., hasta O) de las que solo las tres primeras presentan textos amplios (solo la A está casi completa). Fueron halladas en Asur (Qalat Sherqat) entre 1903 y 1914. Esta versión modifica ligeramente la de J. Sanmartín (1999).

Tablilla A

- A1.** Si una mujer, esposa de un hombre o hija de un hombre, entra en un templo y roba alguna propiedad del templo, si es descubierta o se prueba y se confirma su culpa [...] presagio, consultarán al dios y obrarán con ella como el dios diga.
- A2.** Si una mujer, esposa de un hombre o hija de un hombre, dice insolencia o blasfema, esa mujer es la responsable de su delito y no se acusará a su marido ni a sus hijos ni hijas.
- A3.** Si un hombre está enfermo o muerto y su esposa roba algo en su casa y lo da a otro hombre o a una mujer, a cualquier persona, que maten a la esposa del hombre y a los receptadores. Pero si la esposa de un hombre que está sano comete robo en casa del marido y lo da a otro hombre o a una mujer, a cualquier persona, y el marido lo prueba a la esposa, le impondrá un castigo. El receptador que lo tomó de la esposa del hombre devolverá lo robado y tendrá el receptador el mismo castigo que el hombre impuso a la esposa.

^{1*} Texto completo versión de G. Fatás. <http://fy.unizar.es/HAnt/Fuentes/leyhitito.html>

- A4.** Si un esclavo o una esclava acepta algo de la esposa de un hombre, al esclavo o esclava les cortarán la nariz y las orejas y habrán de devolver lo robado y el marido cortará las orejas a la esposa. Pero si no castiga a la esposa y no le corta las orejas no se le cortarán al esclavo o a la esclava y no habrán de devolver lo robado.
- A5.** Si la esposa de un hombre roba en casa de otro hombre algo que vale más de cinco minas de plomo, el dueño de lo robado jurará diciendo: Yo no la incité diciéndole roba en mi casa. Si el marido acepta un arreglo, él devolverá lo robado para librarla y le cortará las orejas. Si el marido no acepta el arreglo para librarla, el dueño de lo robado se quedará con ella y le cortará la nariz.
- A6.** Si la esposa de un hombre deja algo en custodia fuera, el custodio será responsable de lo robado.
- A7.** Si una mujer le pone la mano sobre [golpea] un hombre y se le prueba pagará treinta minas de plomo y recibirá veinte bastonazos.
- A8.** Si una mujer aplasta un testículo a un hombre en una riña, se le cortará un dedo. Si el médico le cura pero se le infecta el otro testículo y [...] o si ella le aplasta el otro testículo en la riña, le arrancarán los dos [...] [¿ojos? ¿Pezones?].
- A9.** Si un hombre pone la mano sobre una mujer y la ataca como animal y se le prueba y se confirma su culpa, que le corten un dedo. Si llega a besarla, le pasarán el labio por el filo [el texto conservado dice (funda) de un hacha para cortárselo].
- A10.** Si un hombre o una mujer entre [en casa ajena] y mata a un hombre o una mujer, que entreguen a los asesinos al dueño de la casa; si le place, que los ejecuten; si prefiere un arreglo, que se quede con todo lo suyo.
- A11.** Si [...]
- A12.** Si la esposa de un hombre va por la calle y otro hombre la para y le dice: Quiero yacer contigo, que ella no consienta y se defienda. Pero si la fuerza y yace con ella y lo sorprenden sobre la esposa del hombre o testigos prueban que el hombre ha yacido con la mujer, ejecutarán al hombre y la mujer no tendrá castigo.
- A13.** Si la esposa de un hombre sale de su casa y va a casa de otro hombre y él yace con ella sabiendo que es la esposa de un hombre, se ejecutará al hombre y a la esposa.
- A14.** Si un hombre yace con la esposa de otro hombre en una taberna o en la calle [lugar público] y sabe que es la esposa de otro hombre, se hará al fornicador lo que el hombre diga que se haga a su esposa. Pero si hubiera yacido con ella sin saber que era esposa de un hombre, el fornicador es inocente. Si el hombre lo prueba a su mujer, hará con ella lo que prefiera.
- A15.** Si un hombre sorprende a otro hombre con su mujer y se le prueba a este y se confirma su culpa, que los ejecuten a ambos y él [esposo] no tendrá castigo. Si lo coge y lo lleva ante el rey o ante el juez y se prueba y confirma su culpa, si el marido de la mujer mata a su esposa, que mate también al hombre. Si corta la nariz a su esposa, que haga eunuco al hombre y que le quiebren toda la cara. Pero si no toca a su esposa, no tocará tampoco al hombre.
- A16.** Si un hombre [...] con la esposa de otro hombre por deseo de ella [...] no habrá castigo para el hombre y el marido impondrá a la esposa el castigo que prefiera.

Si él la fuerza a yacer y se le prueba y se confirma su culpa, su castigo será el mismo que el de la esposa del hombre. [Se supone que todo ocurrió por decir ella que estaba libre].

- A17.** Si un hombre dice a otro hombre: Todos yacen con tu mujer, pero no tiene testigos, acordarán las condiciones y acudirán al río. [Ordalía fluvial].
- A18.** Si un hombre dice a un allegado, a solas o en una riña: Todos yacen con tu mujer, y añade, yo puedo probarlo, pero no puede aportar ninguna prueba, o no lo prueba, le darán a esa hombre 40 bastonazos. Por un mes hará trabajos forzados para el rey. Lo repararán y pagará un talento de plomo.
- A19.** Si un hombre a solas difama a un allegado diciendo: Todos yacen con él, o en una riña le dice ante la gente: Todos yacen contigo, y añade, yo puedo probarlo, pero no puede aportar pruebas o no lo prueba, le darán al hombre cincuenta bastonazos. Por un mes hará trabajos forzados para el rey. Lo repararán y pagará un talento de plomo.
- A20.** Si un hombre yace con un allegado y se prueba y confirma su culpa, que yazgan con él y lo hagan eunuco. [El delincuente es aquí el sodomita activo].
- A21.** Si un hombre golpea a la hija de otro hombre y le causa la expulsión del fruto de su entraña y se le prueba y confirma su culpa, pagará dos talentos y treinta minas de plomo. Le darán cincuenta bastonazos. Hará trabajos forzados para el rey.
- A22.** Si a la esposa de un hombre un extraño que no es su padre ni hermano ni hijo la hace emprender un viaje sin saber que es la esposa de un hombre, que lo jure y le pague dos talentos de plomo al marido de la mujer. [Por el entredicho en que ha podido quedar su honor]. Si sabía que es esposa de un hombre pagará una compensación y jurará diciendo: No he yacido con ella. Pero si la esposa del hombre dice: Él ha yacido conmigo, aunque el hombre hubiera pagado su compensación al hombre, acudirá al Río [ordalía fluvial] sin que haya condiciones especiales. Si en el Río se echa atrás, harán con él lo que el marido haga con la esposa.
- A23.** Si la esposa de un hombre acoge a la esposa de otro hombre en su casa y se la entrega a un hombre para que yazga con ella y el hombre sabe que es la esposa de un hombre, se le tratará como al que se acuesta con la esposa de un hombre y tratarán a la alcahueta como el marido de la mujer trata a la esposa por yacer con otro. Pero si el marido de la mujer no hace nada a su esposa por acostarse con otro, no les harán nada al fornicador ni a la alcahueta y los dejarán en paz. Pero si la esposa de un hombre no sabe nada y la mujer que la acoge en su casa la pone con algún pretexto ante un hombre y él yace con ella, que a esa mujer, si al salir de casa dice que ha sido forzada a fornicar, la dejarán en paz, es inocente. Ejecutarán al fornicador y a la alcahueta. Pero si la mujer no dice nada, que el hombre imponga a su esposa el castigo que prefiera. Y ejecutarán al fornicador y a la alcahueta.
- A24.** Si la esposa de un hombre se aparta de su marido por su voluntad y, ya en la misma ciudad, ya en algún lugar vecino donde se le asignó domicilio [no vive con el marido, pero sí bajo su autoridad] entra en una casa de asirio y vive con la dueña de la casa, haciendo noche tres o cuatro veces, y el dueño de la casa no sabe que vive en su casa la esposa de un hombre, y por fin la mujer es

descubierta, el dueño de la casa cuya esposa se separó por su voluntad [podrá mutilar] a su esposa [y no] la volverá a admitir. A la mujer de un hombre con la que vivía la esposa le cortarán las orejas. Si quiere, su marido pagará para redimirla el precio de tres talentos y treinta minas de plomo, pero si lo prefiere, se quedarán con su esposa. Pero si el dueño de la casa sabía que la esposa de un hombre vivía en su casa con su mujer, pagará tres veces; mas si se niega y declara "No sabía nada", que vayan al Río. Y si el hombre en cuya casa vivía la mujer de un hombre se arredra ante el Río, pagará tres veces. Pero si es el hombre cuya esposa se había apartado por su voluntad de él quien se arredra ante el Río, el otro es inocente, y él ha de pagar las costas del Río [proceso, testigos, etc.] Pero si el hombre cuya esposa se había apartado por su voluntad de él no mutila a su esposa, que vuelva a admitirla y no habrá castigo ninguno.

- A25** Si una mujer vive en casa de su padre y su marido muere, los hermanos de su marido no han repartido aún la herencia y ella no tiene hijos, todas las joyas con que la había adornado su marido y que no se hayan perdido se las quedarán los hermanos de su marido que no hayan tenido aún partes de la herencia. Del resto, traerán en procesión a los dioses, presentarán pruebas y se lo quedarán. No están obligados a someterse al Río ni a juramento. [Viuda sin hijos que vive en su hogar paterno].
- A26** Si una mujer vive en casa de su padre y su marido muere, todas las joyas con que la había adornado su marido, si hay hijos de su marido, que se las queden ellos; si no hay hijos de su marido, será ella quien se las quede.
- A27** Si una mujer vive en casa de su padre y su esposo suele visitarla [para yacer con ella], cualquier peculio que él, su esposo, le haya dado podrá recobrarlo como cosa suya; [pero] lo que sea de la casa del padre de ella, él ni lo tocará.
- A28** Si una viuda entra en la casa de un hombre [segundas nupcias] y lleva en su seno a un hijo póstumo [del marido anterior] y él se cría en la casa de quien se ha casado con ella, pero no se redacta una tablilla relativa a su adopción, no tendrá parte en la herencia de la casa de quien lo crió, pero tampoco será responsable de sus deudas; en casa de quien lo engendró, recibirá una parte de herencia, según le toque.
- A29** Si una mujer entra en casa de su marido, su dote y todo cuanto se hubieran traído de casa de su padre, y lo que su suegro, al entrar, le hubiera entregado, queda libre para sus hijos; los hijos de su suegro no lo tocarán. Pero si su marido quiere quitárselo [implícito: por una falta que legitima la sanción], él podrá entregárselo a los hijos suyos que más quiera.
- A30** Si un padre lleva a casa del suegro de su hijo el regalo de esponsales y entrega el presente, pero la mujer no ha sido entregada aún a su hijo; y otro hijo suyo, cuya esposa vive en casa del padre de ella, muere, la esposa de su hijo muerto se la entregará en matrimonio al otro hijo: a ese para el que ya le había llevado a casa del suegro los regalos. Si el dueño de la hija que ha recibido el presente de esponsales no consiente en entregar a su hija, el padre que ha entregado el presente de esponsales, si así lo desea, cogerá (no obstante) a su nuera y se la entregará a su hijo. Pero, si así lo prefiere, que tanto cuanto hubiera entregado, plomo, plata de ley, oro y lo que no sea de comer se lo quede, pero solo lo que es el capital; lo que sea de comer, no lo tocará.

- A31** Si un hombre lleva a casa de su suegro el presente de esponsales, y luego su esposa muere, pero hay más hijas de su suegro, que él, si quiere el suegro, se case con una hija de su suegro en vez de su esposa muerta. Pero, si así lo prefiere, que se quede con la plata que hubiera entregado; que no le entreguen ni grano, ni ovejas ni nada que sea de comer; solo recibirá la plata.
- A32** Si una mujer vive en casa de su propio padre y su [...] ha sido entregado, bien haya sido ya acogida en casa de su suegro o no lo haya sido aún, asumirá la responsabilidad por las deudas, los delitos y los castigos de su marido.
- A33** [Si] una mujer vive en casa de su propio padre y su marido muere, y hay algún hijo [...]. O, [si así lo prefiere la entregará en matrimonio a su suegro. Si su marido y su suegro hubiesen muerto ambos y ella no tiene hijos, es viuda: que vaya a donde quiera.
- A34** Si un hombre acoge a una viuda y ella, sin que haya un pacto sobre eso, vive dos años en la casa de él, es una esposa : no tiene que marcharse.
- A35.** Si una viuda entra en la casa de un hombre, todo cuanto traiga consigo será entero de su marido. Y si un hombre se mete a vivir con una mujer, todo cuanto traiga consigo será entero de su mujer.
- A36.** Si una mujer vive en casa de su padre, o su marido le fija el domicilio en otro lugar y luego su marido parte en campaña y no le deja ni aceite, ni lana, ni ropa, ni alimentos ni nada de nada, y no le hace ningún envío desde la campaña, esa mujer seguirá sometida a su marido cinco años, y no se irá a vivir con otro marido. Si hay hijos, que los pongan a trabajar a jornal y que coman; la mujer seguirá esperando a su marido, y no se irá a vivir con otro marido. Si no tiene hijos, que durante cinco años, siga esperando a su marido; a comienzos del sexto año, que se vaya a vivir con el marido que le guste; su marido, al volver, no la tocará: ella ha quedado libre para su segundo marido. Si él se retrasa más de cinco años porque debe vivir lejos involuntariamente, porque lo hubiera retenido un qaa-li [¿un demonio?] y tuviera que librarse de él, o por haber sido detenido injustamente y tuviera que retrasarse, cuando vuelva tendrá que probarlo. Tendrá que entregar una mujer equivalente a su esposa y recobrará a su esposa. Pero si el rey lo envía a otro país y él se retrasa más de cinco años, que su mujer lo siga esperando; que no se vaya a vivir con otro marido. Y si, antes de los cinco años, ella se va a vivir con otro marido y da a luz, su marido, al volver, por no haberlo esperado según el pacto y haberse dado en matrimonio, se quedará tanto con ella como con su prole.
- A37.** Si un hombre repudia a su esposa [se entiende: con causa legal], si quiere, que le dé algo; Si no quiere, que no le dé nada y que se marche con las manos vacías.
- A38.** Si una mujer vive en casa de su propio padre y su marido la repudia, que él se quede con las joyas con las que él en persona la hubiera adornado, pero el precio de novia que él hubiera aportado, no lo tocará: queda libre para la mujer.
- A39.** Si un hombre da a quien no es hija suya a un marido, si el padre de ella estaba endeudado y la había puesto a vivir como prenda, y el acreedor de antes se presenta, este será compensado, a expensas del dador de la mujer, por el precio de la mujer. Si no hay nada para pagar, que se quede con el dador de la mujer. Pero si ella hubiera sido salvada de algo malo, queda libre para quien la hubiera

salvado. Y si [...] al] que toma en matrimonio a la mujer [le] hacen [escribir] una tablilla o tienen que hacerle alguna reclamación], él [...] el precio de la mujer, y el dador de la mujer [...]

- A40.** Las esposas de hombre, como las [...] y las mujeres [...] que salgan a la calle no [irán] con la cabeza [descubierta]. Las hijas de un hombre [...], bien con un paño de bien con una prenda o con [...] se cubrirán la cabeza [...]. (Laguna de unas 6 líneas) [...] van de día por la calle [...] irán [cubiertas con un velo]. La (concubina) esirtu que vaya con dueña por la calle, irá cubierta. La (sacerdotisa) qadiltu con que se haya casado un marido, irá cubierta en la calle; la qadiltu con la que no se haya casado ningún marido, en la calle irá con la cabeza descubierta: no llevará velo. La prostituta no llevará velo; irá con la cabeza descubierta. Quien vea a una prostituta con velo, que la detenga, consiga testigos y la lleve a la entrada de Palacio. Sus joyas no se las quedarán, pero sus vestidos se los quedará el que la hubiera detenido; le darán 50 bastonazos y le echarán pez en la cabeza. Pero si un hombre ve a una prostituta con velo y la deja suelta y no la lleva a la entrada de Palacio, que le den a ese hombre 50 bastonazos; el que lo denuncie se quedará con su ropa; le agujerearán las orejas, le pasarán una cuerda por ellas y se la atarán a la nuca, y él, durante un mes entero, hará trabajos forzados para el rey. La esclava no llevará velo, y quien vea a una esclava con velo, que la detenga y la lleve a la entrada de Palacio; le cortarán a ella las orejas; el que la detenga se quedará con su ropa. Si un hombre ve a una esclava con velo y la deja ir, no la detiene y la lleva a la entrada de Palacio, que se le pruebe y confirme su culpa; le darán cincuenta bastonazos; le agujerearán las orejas, le pasarán una cuerda por ellas y se la atarán a la nuca; el que le [denun]cie se quedará con su ropa. Y él, durante un mes entero, hará trabajos forzados para el rey.
- A41.** Si un hombre quiere ponerle velo a su (concubina) esirtu, que invite a sentarse a cinco o seis conocidos y que, en su presencia, le ponga el velo, diciendo: "Es mi esposa" y será su esposa. La esirtu que no haya recibido el velo ante gente y cuyo marido no haya declarado: "Es mi esposa", no será esposa, solo esirtu. Si un hombre muere y no hay hijos de la esposa suya portadora de velo, los hijos de las esirtus son hijos; que se queden con una parte de herencia.
- A42.** Si un hombre, en un día de fiesta, derrama aceite sobre la cabeza de una hija de hombre o, en un banquete, lleva fuentes de metal, no se podrá deshacer lo hecho. [Petición formal de mano].
- A43.** Si un hombre ha derramado ya el aceite, o bien ha llevado ya las fuentes, y el hijo al que le había sido destinada la mujer muere o se fuga, la entregará (de entre los hijos que quedan: del hijo mayor al más joven mayor de diez años) al que le plazca. Si el padre está muerto y el hijo al que se le había asignado esposa muere también, pero hubiera un hijo del hijo muerto mayor de diez años, que la tome él en matrimonio. Si los hijos del hijo muerto son menores de diez años, el padre de la hija, si quiere, la podrá entregar, pero, si lo prefiere, deshará, consecuentemente, el trato hecho. Si no hay hijo alguno, que devuelva tanto cuanto hubiera recibido, pedrerías y cuanto no sea de comer, pero solo lo que es el capital; lo que sea de comer, no tendrá que devolverlo.
- A44.** Caso de un asirlo o una asiria que, en calidad de prenda por deuda, valga él lo que valga [aunque solo valga una parte de lo debido], viva en la casa de un hombre, o que lo tengan retenido por el valor total, lo podrá golpear, tirarle de los pelos, recortarle las orejas o agujereárselas.

- A45.** [S]i una mujer hubiera sido entregada y a su marido se lo coge el enemigo, y no tiene ni suegro ni, hijo, seguirá sometida a su marido dos años. Durante esos dos años, si no hay nada de comer, que se presente y lo diga. [Si] ella fuese de una aldea dependiente de Palacio, que la mantenga su [...] y que ella trabaje a su [servicio]. [Si es esposa] de un (mercenario) hupshu, que la man[tenga ... y que trabaje a su servicio]. Pero [si es la mujer de un hombre cuyo] campo y [cuya casa...] que se pres[ente y declare ante los jueces], diciendo: "No hay nada de comer". Los jueces consultarán al alcalde y los magnates de la población a cómo va la tierra en esa población; le prepararán y le darán tierra y casa, para que se mantenga, por dos años; que ella viva allí, y que escriban una tablilla a su favor. Que deje pasar dos años y que luego se vaya a vivir con el marido que le guste; le escribirán una tablilla como a viuda. Si, pasado un tiempo, su esposo desaparecido vuelve al país, recobrará a su esposa, casada fuera; los hijos que ella le hubiera dado a luz a su segundo esposo, ni los tocará: será su segundo esposo quien se los quede. Por el campo y la casa que ella, para poder mantenerse, hubiera tenido que enajenar por todo su valor, tendrá que dar, si ello no ha sido notificado al registro regio, tanto como hubiere sido dado, y podrá recobrarlo. Pero si no vuelve y muere en otro país, de su campo y su casa dispondrá el rey como quiera.
- A46.** Una mujer cuyo marido muera, a la muerte del marido no tendrá que salir de su casa. Si su marido no había escriturado nada a su favor, se quedará a vivir en casa de sus hijos donde mejor guste. Los hijos de su marido la mantendrán; el alimento y la bebida se obligarán a dárselos como a una novia a la que quieren. Si es una segunda esposa y ella no tuviera hijos, que viva con uno cualquiera, y ellos la mantendrán entre todos. Si tiene hijos, y los hijos de la anterior no desean a mantenerla, que viva en casa de sus hijos propios, donde mejor le parezca. Serán sus hijos propios quienes la mantengan, y ella trabajará a su servicio. Pero si, entre los hijos de su marido, hay uno dispuesto a tomarla [por esposa], que sea el que la [toma quien la mantenga; sus propios hijos n]o tendrán que mantenerla.
- A47.** Si un hombre o una mujer hacen brujería y los sorprenden in fraganti, y se lo prueban y confirman su culpa, que ejecuten a los que hacen brujería. El hombre que ve actos de brujería, y que se entera de las brujerías por boca de un testigo de vista que le dice: "También yo lo he visto", ese testigo de oídas se presentará y lo denunciará al rey. Si el testigo de vista niega lo que él le haya dicho al rey, que haga una declaración ante el divino Toro, Hijo del dios Shamash, diciendo: "Es verdad que me lo ha dicho", y quedará libre. Al testigo de vista que había hablado y luego lo niega, que el rey lo interroge como mejor pueda y averigüe lo que haya pasado. Un sacerdote conjurador, el día en que realiza las purificaciones, hará que el hombre haga una declaración y él mismo irá diciéndole: "Del juramento que has hecho al Rey y a su Hijo, no se te va a librar. Tal y como diga esa tablilla que te has jurado al Rey y su Hijo, así has jurado".
- A48.** Si un hombre a la hija de un acreedor suyo que vive en su casa a causa de una deuda, que se lo pida al padre de ella y se la dé a un marido. Si su padre no está de acuerdo, no podrá entregarla. Si su padre muere, que se lo pida a uno de sus hermanos, y ese se lo dirá a sus hermanos. Si un hermano dice: "A mi hermana voy a redimirla antes de que pase un mes completo", y no la redime antes de que pase un mes completo, el dueño de la plata, si quiere, la declarará libre y se la dará a un marido por boca de [...] la entregará ...]. (Laguna que afecta también al párrafo siguiente.)

- A49.** [...] como un hermano [...] Y si la prostituta muere [...] declararán los hermanos de ella [...] [harán partes [...] los hermanos [de la madre de ellos.
- A50.** [Si un hombre gol]pea [a una mujer y] le [hace perder el fruto de sus entrañas ... la esposa de un hombre ...[...]] ... y harán [con él como él hi]zo con ella: tendrá que pagar el valor de una vida [en sustitución del] fruto de sus entrañas. Y si esa mujer muere, que ejecuten al hombre: tendrá que pagar el valor de una vida en sustitución del fruto de sus entrañas. Y si el marido de esa mujer no tiene hijo alguno, y golpean a su esposa y ella pierde por eso el fruto de sus entrañas, que, en sustitución del fruto de sus entrañas, ejecuten a quien la hubiera golpeado. Si el fruto de sus entrañas fuera una niña, tendrá que pagar el valor de una vida igualmente.
- A51.** Si un hombre golpea a la esposa de otro hombre que no consigue criar y le hace perder el fruto de sus entrañas, la pena es esta: abonará dos talentos de plomo.
- A52.** Si un hombre golpea a una prostituta y le hace perder el fruto de sus entrañas, que le den golpe por golpe: tendrá que pagar el valor de una vida.
- A53.** Si una mujer pierde el fruto de sus entrañas por iniciativa propia, se lo prueban y confirman su culpa, que la empalen y no la entierren. Si muere al perder el fruto de sus entrañas, que la empalen y no la entierren. Si a esa mujer, cuando estaba perdiendo el fruto de sus entrañas, la esconden [...] declararán [...].
- A54.** [...] no hay [...] esclava [...]
- A55.** [Si un hombre a una muchacha, [hija] de otro hombre, [que vive en casa] de su [padre, [...] que aún no ha sido pedida, ni ha sido desflorada a la fuerza, ni ha sido dada en matrimonio, ni tiene él derecho a reclamación alguna en relación a la casa de su padre, si ese hombre, bien en la población, bien en pleno campo, bien de noche en la calle, bien en una lugar de fiesta, bien en las fiestas patronales de la ciudad, si ese hombre toma por la fuerza a la muchacha y la viola, el padre de la muchacha se hará con la esposa del que se había acostado con la muchacha y la entregará a la violación; no se la devolverá a su marido: se la quedará él. El padre entregará en matrimonio su hija víctima de estupro al que se acostó con ella. Si este no tiene esposa, tendrá que pagarle al padre tres veces en plata del precio de una muchacha. El que se acostó con ella la tomará en matrimonio y no podrá oponerse a ella. Si al padre no le agrada esto, que acepte tres veces plata por la muchacha y que entregue su hija a quien le plazca.
- A56.** Si una joven se entrega de su grado a un hombre, el hombre tendrá que jurarlo; a su esposa, no la tocarán. El que se haya acostado con ella pagará tres veces en plata el precio de una joven; el padre hará a su hija lo que le parezca.
- A57.** Quien golpee o [... espo]sa de un hom[bre ... escri]to en una ta]blilla [...].
- A58.** Entre las penas to[das ...] de la mutilación [...]
- A.59** Aparte las penas relativas a [la esposa de un hombre] que [se encuentran escritas] en la tablilla, un hombre [podrá golpear] a su mujer, tirarle de los pelos, recortarle las orejas o vapulearla: él queda sin castigo.
- [Datación del escriba] (Mes sha sarrate, día dos, epónimo de Sagiú).

Tablilla B

(Laguna. Faltan la columna I y varias líneas al inicio de la columna II.)

- B1.** [Si los hermanos se reparten la casa de su padre, las huer]tas [y los pozos que haya e]n el terreno [...], el hijo malyor escogerá y se quedará con dos partes], y sus hermanos, uno tras otro, irán escogiendo y recibiendo. Cuantos shilujlus haya y todos los aperos que estén en los campos, los dividirá en porciones el hijo menor; el hijo mayor elegirá y se quedará con una parte y, lo de la segunda parte, lo echará a suertes con sus hermanos.
- B2.** Si un hombre que aún no ha hecho partes con sus hermanos le quita la vida a alguien, se lo entregarán a su pariente más próximo. Si al pariente le parece, que lo mate; pero, si prefiere un arreglo, que se quede con su parte de herencia.
- B3.** [Si] un hombre que aún no ha hecho partes con sus hermanos [di]ce blasfemia [eufemismo: conspira contra el rey] o se escapa, será el rey quien, de su parte de herencia, disponga a su gusto.
- B4.** [Si] hay hermanos con un campo todavía por repartir, [y un] hermano de entre ellos [...] siembra simiente [...] cultiva el campo, [y] ot[ro hermano] va [y, por] segunda vez, [se lleva la simiente del culttivo de su hermano, [y se le prue]ba y con[firma su culpa], el día mismo en que ese vaya, [el hermano que] haya cultivado [el campo] se quedará con su parte de herencia.
- B5.** [Si hay hermanos con un campo todavía] por repartir, [y un hermano de entre] ellos [...] ... [...].
(Faltan el resto de la columna II y el comienzo de la III.)
- B6.** [Si...] ... va a comprar [...] por plata, antes de que compre el cam[po o la ca]sa por plata, hará que el pregonero haga público por tres veces, durante un mes entero, en la ciudad de Asur, y que haga público también tres veces en la ciudad del campo o la casa que va a comprar, lo siguiente: Æ Compro por plata el campo o la casa de Fulano, en la zona de huerta de tal ciudad. Que los que tengan derecho a comprar o a oponerse saquen sus tablillas y las traigan a los delegados del rey y que lo impugnen, lo justifiquen y se lo queden. Los que, durante todo ese mes, sin olvidar el plazo fijado, aporten sus tablillas y las presenten ante los funcionarios, todos y cada uno podrán quedarse sin más con lo que les corresponda de tierra. Cuando el pregonero lo haga público en la ciudad de Asur, tienen que estar presentes uno de entre los altos funcionarios de la corte, el escriba de la ciudad, el pregonero mayor y los delegados del rey. Por la ciudad en que está el campo o la casa que quiere comprar, tienen que estar presentes el alcalde y 3 magnates . Harán que el pregonero lo haga público, redactarán sus tablillas y las entregarán, diciendo: "Durante todo este mes, el pregonero, por tres veces, lo ha hecho público. El que, durante todo este mes, no ha traído su tablilla y no la ha presentado a los delegados del rey, da por perdidos sus derechos sobre el campo o la casa, quedando a disposición del que lo ha mandado hacer público al pregonero". Tres son las tablillas que escribirán los jueces sobre la publicación realizada por el pregonero: uno [es la tablilla de los delegados [...]] (Faltan el resto de la columna III y el comienzo de la IV).
- B7.** [...] todo cuanto re[clama y el precio de la ca]sa [...] ha derribado [... ; entrega]rá, al dueño de la casa el doble sobre el precio de la casa. Por un talento de plomo, le darán 5 [bastonazos]; durante un me[s entero, hará trabajos forzados al servicio del rey.
- B8.** Si un hombre se apropia de un lindero grande de su vecino, y se le prueba y confirma su culpa, entregara el triple de tierra de lo que se haya apropiado,

- le cortaran un dedo, le darán cien bastonazos y, durante un mes entero, hará trabajos forzados para el rey.
- B9.** Si un hombre sobrepasa un lindero pequeño de las parcelas y se le prueba y confirma su culpa, entregará un talento de plomo, entregará el triple de tierra de lo que se haya apropiado, le darán cincuenta bastonazos y durante un mes entero hará trabajos forzados para el rey.
- B10.** Si un hombre, en un campo que no es suyo, cava un pozo y hace una caseta, no tendrá derechos sobre su pozo y su caseta, le darán treinta bastonazos] y durante veinte días, [hará] trabajos forzados para el rey.. Si [...] la caseta [...] jurará así: "Que [...]" y así: "Que [...] el pozo no [...] o la caseta [...]" el dueño del campo [...] en [...]el pozo [...]. (Faltan el resto de la columna IV y el comienzo de la V).
- B11.** [...] y [...] acre[edor[...]] para [...] o [...] acree[dor] tablillas [...] aperos [para culti [...] el campo se lo entregará] al acreedor.
- B12.** Si un hombre, en el campo [de un vecino suyo], pone una huerta, [cava] un pozo o cultiva árboles, y el dueño del campo lo ve pero no [...], la huerta queda a disposición del que la puso. Tendrá que entregar al dueño de la huerta un campo equivalente al campo.
- B13.** Si un hombre, en un terreno que no es suyo, pone una huerta, o cava un pozo, o cría verduras y árboles, y se le prueba y confirma su culpa, el día que se presente el dueño del campo, [este] se quedará con la huerta y con todas las mejoras.
- B14.** Si un hombre, en un terreno que no es suyo, ha rascado el suelo y hecho adobes, y se le prueba y confirma su culpa, entregará tres veces de terreno, se le quedarán los adobes, le darán cincuenta bastonazos, [y, durante ... días], hará trabajos forzados para el rey.
- B15.** [Si un hombre, en] un terreno que no es suyo, [... y] ha hecho adobes, [se le que]darán los adobes, [le darán ... basto]nazos, [y, durante ... días], ha[rá trabajos forzados para el rey]. (Faltan el resto de la col. V y el inicio de la VI).
- B16.** [...] no [...]
- B17.** [Si, en la zona de huer]ta, hay en los po[zos agua] [suficiente] para su [con]ducción para regar, [los due]ños de los campos actuarán juntos: cada uno hará la tarea según sea su campo, y que riegue su campo. Y, si hay alguno entre ellos que no están por el acuerdo, el que esté por el acuerdo apelará a los jueces. Obtendrá una tablilla de los jueces y hará la tarea; esas aguas se las quedarán para su solo uso y que riegue su campo. No regará nadie más.
- B18.** Si hay agua de lluvia suficiente para su conducción para un riego, los dueños de los campos actuarán juntos: cada uno hará la tarea según sea su campo, y que riegue su campo. Y, si hay alguno entre ellos que no están por el acuerdo, el que esté por el acuerdo se presentará provisto de la tablilla de los jueces ante los que no están por el acuerdo. [El alcalde] y cinco magnates [de la ciudad tienen que estar presentes...] (Faltan el resto de la columna VI y el comienzo de la VII.) bastona]zos [...] y durante [...] días] hará [trabajos forzados para el rey].
- B19.** [Si un hombre va a cul]tivar [el campo de su vecino [...] ... se lo impide [...], jurará] por el rey [...] y, por eso mismo, lo cultive. [Si...] se presenta, [el cul]tivador del campo, [al llegar la co]secha, sega[rál y trillará [la cebadal, y la guardará en los

silos [..., y ...] devolverá a los almacenes. [Según sea] el fruto medio de un campo de la población, entregará dos partes al dueño del campo.

- B20.** [Si un hom]bre cava [...] ... en un campo que no es suyo, lo rodea de linderos, pone un mojón y dice: “[...] -, y se le prueba y confirma su culpa [...] (Resto de la tablilla perdido.)

Tablilla C

(Laguna. Faltan líneas al comienzo).

- C1.** [...] su dueño [...] ..., y, si el adquirente [dice: CE ...] ... que he redimido ... “[... un esclavo por ... talentos de plomo y una esclava por cuatro talentos de plomo [...]. Y, si el que iba a comprarlos declara lo siguiente: [...], lo jurará ante e(l) dios y se quedará con tanto cuanto ... [...]
- C2.** [Si un hombre le entrega] por dinero a otro hombre [un hijo de hombre] o una hija de hombre que viven en su casa en lugar de dinero o como [prenda], o entrega a cualquier otra per]sona que viva en su casa, [y se le prueba], pierde sus derechos sobre su plata [...]-; entregará su [...] al dueño de los bienes, [le darán .. bas]tonazos y durante veinte días hará trabajos forzados para el rey.
- C3.** [Si un hombre] entrega por dinero a otro país [a un hijo de hombre] o a una hija de hombre [que viven en su casa] en lugar de dinero o como [prenda, y se la prueba y confir]ma su culpa, pierde sus derechos sobre su plata; entregará [... al due]ño de los bienes le darán [... bas]tonazos y durante cuarenta días, hará trabajos forzados para el rey. [Y, si el hombre al que hubiera entre]gado muere en el otro país, tendrá que pa[gar el valor de una vida]. Al asirio o asiria que estén retenidos [por el valor total podrá entregarlos a otro país.
- C4.** [Si un hombre entre]ga por plata [un buey,] un asno, un caballo o cualquier ani[mal que no es suyo y que] vive en su casa [como prenda ... ; ... entre]gará [un animal]; no devolverá la plata. Si no entrega un ani[mal, perderá los dere]chos sobre su plata]. El dueño de los bienes [cuyo animal] vi[vía en casa del hombre] recogerá su animal; el que lo iba a comprar [...] su plata del vendedor [...].
- C5.** [Si un hombre rob]a [en un pra]do un buey, un asno, un ca[ballo o cualquier otro animal que no es suyo] y [se lo vende] a un hom[bre] al precio corriente, [y el que va a com]prar no se da cuenta y le en[trega al hombre] el precio [corriente], el [vende]dor re[emplazará] lo robado en la misma medida en que [...]
- C6a.** [Si un hombre ...] ... o un animal, o [...] y hay hombres que testifi[can ...] el dueño de todo eso [...] ... será detenido y el hombre [...] el due[ño de los bienes [...]] recuperará sus bienes [...] ... del] vendedor, y [...] lo que] ... se ha quedado, y de su mano [...] ... contra el que se lo ven[dió ...] el vendedor no [...] sus bienes se han perdido ... presenta[rán la prueba ...] [...]
- C6b.** [Si ... se quedará con lo que ... y el adqui]rente ... por plata ... [...] dos cabras al dueño de la plata [...] acudirá, y todo cuanto [...] no aceptará por cuenta suya [...]. (Laguna)
- C7.** [Si...] o lo que sea que se se encuentre [en casa de un asirio como prenda [...], y pa[sa] el plazo [... 1 ... Si la plata al[canza] el mismo valor que [...] ... ; si la plata no al[canza] el mismo valor que [...] se lo apropia y se queda con [...] ... el capital representado por esa plata ... [...] no hay [...].

- C8.** [Si un hombre roba...] o un animal o cualquier otra cosa, [y se le prue]ba y confirma [su culpa], entregará [lo roba]do, [le] darán cincuenta bastonazos, hará [trabajos forzados para el rey durante ... días]: esta es la sentencia [que dirán] los jueces ... [Y, si] llega [...], devolverá lo robado -todo cuanto haya ro[bado- por su valor total, poco o mucho. [Le] impondrán [la pena que] al rey le parezca.
- C9.** [Si... de un hombre] o un esclavo [...] cualquier cosa de valor como señal de confianza [...] fuera depositado para su custodia, [y el hombre ... en cuya] casa se han depositado para su custodia no se lo notiffica al dueño [...] de lo que le ha sido confiado, y le encuentran [con los bienes en su po]der, [su dueño se los llevará; ese hombre será responsable de lo robado.
- C10.** [Si un hombre] aumenta [el valor de los bienes confiados por] su compañero [...], y se lo prueban y constatan su culpa, ese [es un ladrón]. Le impondrán la pena que al rey [le parezca].
- C11.** [Si un hombre] aumenta y anota [...], los acreedores pierden, [y se lo prueban] y constatan su culpa, ... que] ... haya apuntado, [...] le darán [...] bastonazos, en poder de los acree[dores ...] el escriba [...].
(El resto se ha perdido).

La Tábula Contrebiensis^{1*}

Esta inscripción fue descubierta en Botorrita (Zaragoza) en la ciudad celtíbera de Contrebia Belaisca. Allí han sido hallados, entre otros, tres textos de gran importancia: este latino y dos grandes inscripciones en lengua celta y alfabeto ibérico.

El texto latino contiene el pleito sobre la construcción de un acueducto o acequia. El juicio se realizó en presencia del procónsul romano de Hispania Citerior, de la máxima autoridad de Contrebia Belaisca y de un tribunal compuesto por cinco magistrados de esta ciudad y representantes de Salduie y Alaun (las comunidades indígenas afectadas).

Lectura

- 1 Senatus Contrebie[n]sis quei tum aderunt iudices sunt. Sei par[ret ag]rum quem Salluienses
2. [ab Sosinest]ane[is] emerunt rivi faciendi aquaive ducendae causa qua de re agitur Sosinestanos
3. [iure suo Sa]lluiensibus vendidisse inviteis Allavonensibus; tum sei ita [p]arret eei iudices iudicent
4. eum agrum qua de re agitur Sosinestanos Salluiensibus iure suo vendidisse; sei non parr[e]t iudicent
5. iur[e] suo non vendidi[sse.]

1 * - <http://fyl.unizar.es/HAnt/Fuentes/Tab.Contr.html> - <http://www.arxeos.com/General.html>

6. Eidem quei supra scriptei [sunt] iudices sunt. Sei Sosinestana ceivitas esset, tum, qua Salluiensis
7. novissime publice depalarunt qua de re agitur, sei [i]ntra eos palos Salluiensis rivom per agrum
8. publicum Sosinestanorum iure suo facere licere[t] aut sei per agrum preivatam Sosinestanorum
9. qua rivom fieri oporteret rivom iure suo Salluie[n]sibus facere liceret dum quanti is a[ger] aestumatu[s]
10. esset,qua rivos duceretur, Salluienses pequniam solverent, tum, sei ita [p]arret, eei iudices iudicent
11. Salluiensibus rivom iure suo facere licer[e]; sei non parret iudicent iure suo facere non licere.
12. Sei iudicarent Salluiensibus rivom facere licere,tum quos magistratus Contrebiensis quinque
13. ex senatu suo dederit eorum arbitratu pro agro preivato q[u]a rivos ducetur Salluienses
14. publice pequniam solvonto. Iudicium addeixit C.Valerius C.f. Flaccus imperator.
15. Sentent[ia]m deixerunt: quod iudicium nostrum est qua de re agitur secundum Salluienses iudicamus. Quom ea res
16. ud[ic]atas[t mag]is[t]ratus Contrebienses heisce fuerunt: Lubbus Urdinocum Letondonis f. praetor; Lesso Siriscum
17. Lubbi f. [ma]gistratus; Babbus Bolgondiscum Ablonis f. magistratus; Segilus Annicum Lubi f. magistratus;
18. [--]atu[---]ulovicum Uxenti f. magistratus; Ablo Tindilicum Lubbi f. magistratus. Caussam Sallui[ensium]
19. defen[d]it ---]assius [-]eihar f. Salluiensis. Caussam Allavonensium defendit Turibas Teitabas f.
20. [Allavo]n[en]s[is]. Actum [C]ontrebiae Balaiscae eidibus Maieis, L. Cornelio Cn. Octavio consulibu[s].

Traducción

Sean jueces quienes del senado contrebiense se hallaren presentes. Si resulta probado que el terreno que los saluienses compraron a los sosinestanos para construir una canalización o hacer una traída de aguas -de cuyo asunto se litiga-, lo vendieron

los sosinestanos con pleno derecho a los saluienses, [aun] contra la voluntad de los alavonenses. En tal caso, si así resulta probado, sentencien estos jueces que el terreno -de cuyo asunto se litiga- lo vendieron los sosinestanos a los saluienses con pleno derecho; si resulta probado que no, sentencien que no lo vendieron con pleno derecho. Sean jueces los mismos suprascritos. Si resultara aplicable el derecho civil a Sosinesta ('si Sosinesta fuera una civitas'), entonces, en el lugar en que, muy recientemente, los saluienses, de manera oficial, colocaron estacas -asunto sobre el que versa esta causa- [juzguen] si podían los saluienses con pleno derecho hacer la canalización a través de un terreno público de los sosinestanos, por el interior de esos mojones. O si los saluienses podían, con pleno derecho, hacer la canalización a través de un terreno privado de los sosinestanos, por el cual habría de discurrir la canalización, a condición [en tal caso] de que los saluienses pagaran dinero en la cuantía en la que fuera tasado el terreno por el que discurriría la canalización. En tal caso, si así resulta probado, sentencien estos jueces que los saluienses pueden hacer la canalización con pleno derecho. Si no resulta probado, sentencien que no pueden hacerlo con pleno derecho.

Si sentenciaran que los saluienses podían hacer la canalización, que los saluienses paguen entonces corporativamente por el campo privado a cuyo través será conducida la canalización, de acuerdo con el arbitraje de cinco [miembros] que la magistratura contrebiense designe [a tal fin] de su senado.

Sancionó aprobatoriamente este procedimiento judicial Cayo Valerio Flacco, hijo de Cayo, general en jefe [=procónsul de la 'prov. H. Citerior'] Manifestaron [los jueces] esta opinión: 'Puesto que poseemos la facultad de juzgar, fallamos, en el asunto de que trata, a favor de los saluienses'. Cuando este asunto fue juzgado, estos fueron los magistrados contrebienses: Lubbo, de los Urdinos, hijo de Letondo, pretor [de Contrebia]; Lesso, de los Sirisos, hijo de Lubbo, magistrado; Babbo, de los Bolgondisos, hijo de Ablón, magistrado; Segilo, de los Annios, hijo de Lubbo, magistrado; ...ato, de los ...ulovios, hijo de Uxentio, magistrado; Ablón, de los Tindilios, hijo de Lubbo, magistrado.

La causa de los saluienses la defendió...asio, hijo de...eihar, saluiense. La causa de los alavonenses la defendió Turibas, hijo de Teitabas, alavonense. Actuado en Contrebia Balaisca (=Belaisca), en los Idus de mayo (=día 15), siendo cónsules Lucio Cornelio (=Cinna) y Gneo Octavio (año 87 a. de C.)

Bibliografía

- AE 79, 377=CIL 1,2,4(textos) (ed. 1986), n. 2951a
- Birks, P. / A. Rodger / J.S. Richardson, "Further aspects of the Tabula Contrebiensis", *JRS*, 1984.
- D'Ors, A., "Las fórmulas procesales del Bronce de Contrebia", *Anuario de Historia del derecho español*, 50, 1980, 1-20.
- Fatás G, "El bronce de Contrebia Belaisca", *Cuadernos de trabajos de la escuela de Historia y Arqueología en Roma*, 15, 1981, 57-66.
- Fatás G, "Romanos y Celtíberos Citeriores en el siglo I a. C. ", *Caesaraugusta*, 53-4, 1981, 195-234.
- Fatás G., "The Tabula Contrebiensis", *Antiquity* 57, 1983, 12-18.
- Fatás, G., *Contrebia Belaisca II: Tabula Contrebiensis*, Zaragoza, 1980.
- Fatás, G., "El nuevo bronce latino de Contrebia", *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1979, 421-438.
- Mariner, S., "Il bronzo di Contrebia: studio linguistico", *Cuadernos de trabajos de la Escuela Española en Roma*, 15, 1981, 67-94.
- Murga, J.L., "La addictio del gobernador en los litigios provinciales", *RIDA*, 30, 1983, 151 ss.
- Passerini, A., "Nuove e vecchie tracce dell'interdetto uti possidetis negli arbitrati pubblici internazionale del secollo II a.C.", *Athenaeum*, 15, 1937, 25-56.
- Richardson, J.S., "The Tabula Contrebiensis: Roman law in Spain in the early first century", *JRS*, 73, 1983, 33-41.
- Torrent, A., "Consideraciones jurídicas sobre el bronce de Contrebia", *Cuadernos de trabajos de la Escuela Española en Roma*, 15, 1981, 95-104.

MAGISTRATUS, IMPERIUM Y POTESTAS^{1*}

1. MAGISTRATUS

Significa tanto «magistrado» como «magistratura». Su etimología es clara (la de *magister* en su sentido originario, como en *magister populi* y *magister equitum*, aplicados al *dictator* y a su teniente, respectivamente). Las características básicas de la magistratura republicana ordinaria son su anualidad, colegialidad, electividad, irremovilidad, irresponsabilidad durante su ejercicio e incompatibilidad, así como las restricciones a la reiteración de cargos (*iteratio*). Suele requerirse una edad mínima y el desempeño previo de la de rango inmediatamente inferior.

2. IMPERIUM

- a) Mandato, orden.
- b) Una norma legal es denominada *imperium legis* si se refiere a una *lex* propiamente dicha.
- c) *Imperium* alude asimismo al derecho a dar órdenes (*ius imperandi*), al poder sobre un grupo menor, como la familia (del tipo del *imperium domesticum* es el del *paterfamilias*). También es *imperium domi* el de los magistrados mayores ejerciendo «en casa»; es decir, en Roma y una milla en torno a sus murallas. En su ámbito se ejerce el *ius intercessionis*, pues los magistrados actúan colegialmente de modo ordinario solo en la ciudad de Roma). Cuando los ciudadanos obtuvieron limitaciones al *imperium* inicialmente omnímodo, como el *ius provocationis* o de apelación a los comicios en caso de penas capitales (muerte, destierro, confiscación, pérdida de la ciudadanía), las obtuvieron en el ámbito del *imperium domi*, no (o muy raramente) en el del *imperium militiae*, típico del ejercicio fuera

¹ * Historia antigua. <http://fly.unizar.es/HAnt/Roma> Prof. G Fatás

de Roma y su milla en torno (que es el único ámbito de actuación de los *tribuni plebis*, por ejemplo).

- d) El poder supremo del pueblo romano de los Quirites, su soberanía (*imperium populi Romani*).
- e) En sentido técnico es el poder oficial de los más altos magistrados (*magistratus maiores*) en la República y del César en el Imperio, vinculado estrechamente a características que no dependen solo del *ius* (lo concerniente al derecho humano en cuanto que es conforme con lo divino; su violación es iniuria), sino del *fas* (lo que es lícito hacer según la divinidad; su violación es *nefastum*), como la capacidad de *auspicia maiora*. *Imperium* es, en origen, el mandato que moviliza al ejército cívico (*exercitus imperatus*) emitido por un magistrado *creatus cum imperio*, en virtud de la ancestral *lex curiata de imperio*, que bajo los Césares se transformó en una *lex de imperio* para investir con este al emperador. Conocemos bien su contenido por las varias copias epigráficas de la *lex de imperio Vespasiani* del año 69-70. El magistrado patricio antiguo, *cum imperio*, es creado *auspicato*: es decir, previa toma de auspicios que han de ser favorables, al igual que se hace para reunir los *comitia centuriata*. La *lex curiata de imperio* tiene carácter auspicial y confiere, por eso, plenamente el *imperium* y el correspondiente *ius auspiciorum*. Enseguida se amplía la denominación al ejercicio de las potestades del que lo manda, habitualmente el mismo. Por analogía y extensión, se entiende luego que el *imperium* del magistrado superior que lo posea abarca diversos ámbitos de la administración, la iniciativa legislativa ante los comicios (*ius agendi cum populo*), la convocatoria del Senado (*ius agendi cum patribus*) y el mando militar (*imperium militiae*). En la administración de justicia, el *imperium* se opone a veces a (o se distingue de) la *iurisdictio* o bien aparece coherentemente vinculado a esta. Las fuentes no están de acuerdo en si algunas actuaciones de la magistratura se llevan a cabo en virtud del uno o de la otra (p. ej., *res titutio in integrum*, *missiones*, etc.), probablemente por su fecha tardía y la pérdida semántica ya acaecida en tiempos de las codificaciones bajo imperiales.

6 *Imperium* puede, asimismo, aludir al territorio de la *res publica*. *Imperium maius* es el de un magistrado superior (cónsul respecto del pretor). Su contrario es el *imperium minus* (sin *ius intercessionis* respecto del *maius*) y el *par imperium* se refiere al de magistrados de igual rango. Denomínase *imperium merum* o puro, estricto, al de un magistrado. En principio no actúa en la jurisdicción civil, pero sí en la criminal (en virtud del *ius* o *potestas gladii* anejo al *imperium*). Si el *imperium* abarca también jurisdicción civil, es *imperium mixtum*.

3. POTESTAS

En sentido general, es un «poder» que, de hecho, se posee y, en particular, una «facultad legal» en virtud de la cual se tiene un derecho (*ius*) que se ejerce. No depende del *imperium*, aunque, desde luego, todo *imperium* implica *iurisdictio* y *potestas*, que es, en general, una facultad legal derivada del conjunto de derechos y deberes que supone el ejercicio de una magistratura o función pública y que le son característicos.

A menudo la *potestas* se concreta en un derecho (así, *ius edicendi* o de edicto que obliga a los ciudadanos, *ius coercendi* = *coercitio*, *ius multae dictionis*, etc.) o en unas obligaciones para cuyo cumplimiento se dispone de facultades (p. ej., la *cura morum* de los censores). Los conflictos entre distintas *potestates* se resuelven, como los del *imperium*, acudiendo al principio de la *par maiorve potestas*.

Cursus Honorum Senatorio^{1*}

El miembro de la *nobilitas* que aspira a pertenecer al Senado (300 miembros), debe seguir una carrera bastante rígida de cargos públicos u *honores*, el *cursus honorum*.

Comienza, joven, sirviendo como mando auxiliar en el entorno de un magistrado curul (cónsul, pretor) al frente de las legiones. Se entrena en la vida pública ejerciendo una serie de funciones menores (luego se reglamentarán: un total de 26 y luego 20 plazas por año), tales como cuidarse de la acuñación de moneda, del cumplimiento de las sentencias con penas graves, etc. El primer puesto electivo es el de cuestor, auxiliar importante de los altos magistrados. El segundo, el de edil (4 puestos), encargado de la administración de Roma-ciudad. Después, la pretura y el consulado. Una vez que ha sido elegido edil, será inscrito por los censores en el *album Senatus*. Pero el joven *nobilis* tiene, por nacimiento, el privilegio de asistir (como oyente) a las sesiones del Senado. Los linajes son aún importantes: entre 233 y 133 hubo unos doscientos cónsules: 52 eran de solo cinco familias: Cornelii, Aemilii, Fulvii, Claudii Marcelli y Postumii. (El *ordo equester* no dispondrá de una carrera reglamentada similar, regulada por leyes, hasta tiempos del Alto Imperio.)

Tras diez años de disponibilidad militar y en los que puede ejercer funciones menores, el *nobilis* aspira a la cuestura. Guarda intervalos de dos años mínimo entre un cargo y otro y no puede aspirar al consulado antes de los 36, según establece la *lex Villia* del 180. Desde 151 se prohíbe iterar el consulado. Las guerras exteriores obligaron a aprobar con frecuencia una *pro-rogatio* del *imperium*, esto es, el magistrado saliente dejaba de serlo, pero Roma autorizaba a que ejerciese *cum imperio*, a modo de cónsul o de pretor (*procónsul*, *pro-praetor*) en provincias. El Senado enviaba *legati* para controlar a estos promagistrados.

¹ * Historia Antigua- Universidad de Zaragoza - Prof. Dr. G. Fatás. <http://unizar.es/HP/Roma>

Cuatro Sacerdocios Romanos:^{1*} Pontífices, Flamines, Rex, Vestales

1. PONTÍFICES

El sufijo de pontifex indica «que hace» (como en artifex, p. ej.), de lo que se ha deducido que estarían relacionados con los puentes de la Ciudad primitiva, si bien hay estudiosos que recuerdan que, inicialmente, pons vale por «vía, camino», y que el pontífice tendría a su cargo la comunicación de la comunidad romana con los dioses. Los pontífices, presididos por el Pontifex maximus (que sustituyó en esta función al rey y a su sucedáneo religioso, el rex sacrorum o sacrificulus), son un collegium de carácter, en principio, consultivo y encargado de velar por el desarrollo de los ritos y prescripciones de la religión de Roma. Solían celebrar sesiones en el edificio de la Regia, la antigua morada del rex Numa Pompilio, padre de la religión romana organizada, en el extremo E. del Foro, entre la Vía Sacra y la Casa de las Vestales. Los pontífices fueron, al comienzo, tres, todos patricios; pero su número llegó a quince (dieciséis, bajo César, que fue pontifex maximus). Parece que la forma antigua de designación era electiva, con participación de 17 de las 35 tribus administrativas, escogidas por sorteo. Desde la lex Ogulnia (300 a. C.) la mitad del colegio se reclutó entre plebeyos. Su función era consultiva, pero cuando emitían decreta sobre consultas hechas o asuntos de su incumbencia, podía tenerse un caso como zanjado. Del collegium pontificum formaban parte el pontífice propiamente dicho, los flamines y el rex sacrorum, aunque no conocemos detalles; en ocasiones parece que incluía a las Vestales. Tenían a su cargo, entre otras destacadas funciones, la validez de los rituales, el registro de los Annales y el importante control del calendario público.

¹ * *Historia Antigua* - Universidad de Zaragoza - Prof. Dr. G. Fatás. <http://fly.unizar.es/HAnt/Roma>

2. FLAMINES

El nombre flamen se ha comparado con el sánscrito brahman y con el antiguo islandés blot (fiesta sacrificial). Eran quince. Los maiores eran el flamen Dialis o de Júpiter, el Martialis y el Quirinalis, de Marte y Quirino respectivamente: es decir, de la vieja triada indoeuropea anterior a la oficial de origen etrusco (Júpiter, Juno, Minerva). Los otros doce servían el culto de otros tantos dioses, aunque solo nos constan diez: Volturno, Pales, Furrina, Flora, Falácer, Pomona, Vulcano, Ceres, Carmentis y Portunus. Con posterioridad al 44 a. C., los distintos emperadores divinizados póstumamente, comenzando por el divus Iulius (42 a. C.), recibieron un flamen específico. El Dialis debía conservarse permanentemente en perfecto estado de pureza ritual, pues se le consideraba persona sacratísima, obligada a evitar situaciones inmundas, evitar contemplar malos presagios, ser objeto de hechizos, etc., por el desvalimiento en que podía, por tales causas, quedar la comunidad.

3. REX

El rex sacrorum o rex sacrificolus (mejor que sacrificulus) desempeñó las funciones religiosas del rey, tras el 509. Sujeto a la autoridad del pontifex, era de rango superior a los flamines. Como en el caso del princeps senatus, era patricio e hijo de matrimonio romano pleno. Estaba sujeto a tabúes, su puesto era vitalicio y su esposa, cuyas atribuciones son mal conocidas, era la regina.

4. VESTALES

Las vírgenes vestales se encargaban del culto a Vesta, la diosa del hogar (equivalente etimológicamente a Hestia). Roma tenía su propia Vesta, como civitas, probablemente la misma que, en su día, tuvo la casa del rey: Vesta publica populi Romani Quiritium. Su residencia, en forma de gran cabaña redonda (acaso como la primitiva morada regia), no contenía imagen alguna, sino el ignis inextinctus, sempiternus, el fuego del lar de Roma que jamás debía apagarse. En torno al 9 de junio, mientras se procedía a limpiar ciertas partes del complejo de edificios de las Vestales, los días eran religiosi y nefasti hasta que se concluía la limpieza purificadora. Según algunos, las vírgenes vestales simbolizaban a las hijas del rey (pasaron de dos a seis) e inicialmente prestaban su servicio por cinco años. En tiempos históricos, su consagración solía durar seis lustros y se les exigía virginidad estricta so pena de ser enterradas vivas. Las aspirantes no podían tener más de diez años de edad y eran seleccionadas por el collegium pontificum. No era necesario el linaje patricio. Recibían altos honores públicos y vivían rodeadas de extraordinario respeto. Su morada era inviolable y custodiaban, por esa causa, testamentos y documentos secretos de importancia.

Novus Annus^{1*}

- **Perdurabilidad excepcional:** casi un milenio. Se extiende con Roma y se enriquece no obstante su conflicto con Xmo. Muestra cómo la conducta occidental se imbuyó de este esquema mágico religioso algunos de cuyos elementos viven en nuestros campos (y ciudades: votos y regalos).
- **Rito de tránsito,** mágico, por un lado, y consagración oficial del tiempo cívico, por otro. Cómo organizar el tiempo para que sirva a la dicha en las actividades agrarias, guerreras, políticas y sociales? A quién invocar para que propicie que el Tiempo pendiente sea venturoso? Debe actuarse en un momento del tiempo sideral -vegetal o no- para regenerar el Tiempo que viene, no gastado. Que es un Tiempo de acción, no de salvación y destinado a un Día Universal determinado desde la Eternidad. Roma acabó por colocar estos ritos bajo el signo de Jano.
- **Tránsito de Año.** Originalmente, el año romano es lunar y de diez meses. Este año «romúleo» se basa en la agricultura arcaica y va de marzo a diciembre. La reforma de Numa -adición de enero y febrero- ajusta las cosas en torno al solsticio de invierno, pero siempre convivirán el año arcaico y el solar. Los dos meses neutros nuevos son el espacio para que conecten el fin del Tiempo viejo y el comienzo del Tiempo nuevo.
- **Fin del Año.** El viejo fin de año son, para los varones sobre todo, las Saturnalia: fin de la actividad rural por término de la sementera otoñal, pórtico a un lapso inactivo por Muerte de la Naturaleza, que se consagra a los difuntos y a la magia para prepararse a la actividad por venir. Con ello sintonizan las Lupercales con ritos flagelatorios de purificación y fecundidad y las Terminalia, con ritos mágicos de fecundidad: frutos quemados, aspersión de mojones con sangre de cordero, etc. Mediante magia simpática: la muerte se combate con la muerte.

¹ *Historia Antigua - Universidad de Zaragoza - Prof. Dr. G. Fatás. <http://fly.unizar.es/HAnt/Roma>

- Comienzo del Año. El calendario arcaico se celebra el 1 de marzo: se enciende el fuego de Vesta, se renuevan las guirnaldas de laurel de las casas sacerdotales (rex, pontífices, salios) y se celebran las Matronalia, contrapunto femenino de las Saturnalia, en honor de Juno Lucina, diosa del parto y de la primera Luna Llena del tiempo nuevo, que anuncia la nueva Fecundidad (regalos maritales). El año militar moviliza procesionalmente los escudos sagrados de los Salios (*ancilia movere*), en oposición al *armilustrium* de mitad de octubre. Los Salios gritan (para espantar al mal), cantan (para despertar a la Naturaleza) y saltan (para excitar el crecimiento del grano). El año agrario cuenta con la fiesta de Anna Perenna en la siguiente Luna Nueva, en la que las señoras sirven a sus siervos, como los hombres en las Saturnales. Anna Perenna se ahoga en el Tíber (el tiempo fluvente) y resucita o engaña a Marte que ama a la joven sin saber que es una vieja. Fiesta precedida, el 14 de marzo, por la expulsión popular de Mamurio Veturio hacia tierra osca, con palos: expulsión del Tiempo transcurrido, muerto, inerte.
- **Desajuste de calendarios.** La introducción de enero y febrero crea un «tampón de enlace» que se emplea para representar simbólica y anticipadamente las actividades del Año Vivo (tránsito, iniciación, regeneración). El punto central de este lapso es oficialmente el 1 de enero, mientras que la tradición mantiene dos referencias y no una: esta y la del 1 de marzo. Ello genera una fértil tensión entre tiempo cívico y tiempo sacro.
- **Jano.** Aparte de su imagen histórica, en su origen Jano encabeza el mes inicial del Año. Jano es el dios de todos los *initia* y *prima*, de los inicios, al igual que los *summa* son típicos de Jove. Y, más seguramente, de los pasos o tránsitos (por ejemplo, de la guerra a la paz: templo de Jano Quirino. Cerrado, hay paz, cerrando la puerta a la guerra O albergando la paz en el templo?). Esta divinidad de movimiento inicial es masculina y está estrechamente asociada a Juno incluso en el comienzo de cada mes, pues Juno vela por el nacimiento de la Luna Nueva.

Evolución del Concepto de Derecho Civil^{1*}

1. EN SUS INICIOS

Para explicar la evolución del concepto de Derecho Civil debemos remontarnos a Roma. En Roma se distinguía entre *Ius Civile* e *Ius Gentium* (o *Naturale*), el primero se refiere al usado por los romanos, entendido no como una imposición, sino como un privilegio. El segundo se refiere al Derecho común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad. Según el profesor Arangio Ruiz el *Ius Gentium* se refiere a un sistema estrictamente romano para dar tratamiento jurídico a las relaciones entre romanos y extranjeros, sistema que sería producto de la expansión económica y militar del pueblo romano o *civitas*.

Además otros textos contraponen el *Ius Civile* al *Ius Pretorium* (*Ius Honorarium*), el cual habría sido introducido con el propósito de suplir, ayudar y corregir el *Ius Civile*. Pero esta contraposición no es real, el *Ius Pretorium* significa la renovación del *Ius Civile* provocada por las nuevas necesidades y por los nuevos hechos. Hay que hacer una aclaración y esta es que el *Pretor* no creaba derecho, solo declaraba como entendía el derecho y los principios que seguiría en el ejercicio de sus funciones.

El *Ius Civile* como derecho del *cives*, del ciudadano romano, no se identifica con el derecho privado. Es cierto que la construcción romana construyó de preferencia las instituciones privadas (persona, familia, propiedad, obligaciones, herencia), pero dentro del *Ius Civile* hay instituciones que son extrañas al derecho civil (a nuestra concepción de derecho civil), así las de carácter penal, procesal y las administrativas o políticas.

El *Ius Civile*, en su sentido propio y originario sería el ordenamiento tradicional que habrían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en una comunidad política

¹ * Paulina Besa, Diego Vera, Rodrigo García, Rafael Vial, Jorge Valenzuela y Cristian Salas Hoernig. www.monografias.com › Derecho

y estaría constituido por una serie de principios fundamentales establecidos por la jurisprudencia religiosa y luego laica de los prudentes.

Este núcleo de principios tradicionales se va ensanchando a lo largo de la historia del Derecho romano naciendo un *Ius Civile Novum*, por obra de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y decretos de los príncipes. Al mismo tiempo, el viejo *Ius Civile*, el de los principios tradicionales experimenta la influencia del *Ius Gentium* y del *Ius Pretorium* o *Honorarium*, y todos estos Derechos van a ser *Ius Civile* en la compilación de Justiniano, porque con aquel se entroncaron y no se diferenciaron.

2. CONCEPTO DE DERECHO CIVIL EN LA EDAD MEDIA

En el 476 d.C. se produce la caída del Imperio Romano de Occidente en lo que se ha denominado el inicio de la Edad Media. La invasión de los pueblos bárbaros que la provoca definitivamente acaba también de manera oficial con el Derecho de Roma. Pero el Derecho romano seguía sobreviviendo en la práctica de los pueblos dominados y con gran influencia en las leyes de los pueblos invasores.

Durante muchos años no va a haber más Derecho que la costumbre, el fuero, los estatutos de las ciudades e incluso el estatuto de las corporaciones y gremios. Hay pues un acusadísimo particularismo jurídico.

A finales del siglo XI y principios del XII se produce un fenómeno importante en grado sumo: la recepción del Derecho de Roma. Sabemos que la compilación de Justiniano se lleva a cabo entre los años 528 a 533 d.C. en el Imperio romano de Oriente. Es muy posterior a la caída del Imperio romano de Occidente y, por otra parte, es casi desconocida en él.

A partir del siglo XII los glosadores de Bolonia estudian el Derecho romano mediante glosas y exégesis, aplicando la técnica escolástica de los silogismos, distinciones y subdivisiones. Desde entonces se va identificando el Derecho civil con el Derecho romano, con el Derecho que Roma ha legado tal y como lo ha dejado, hasta el punto que desde el siglo XII la obra de Justiniano recibe el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

Ahora bien, la compilación justiniana contenía numerosos textos de tipo público que habían perdido actualidad e interés, pues no eran aplicables a la sociedad política del tiempo de la Recepción. De ahí que los glosadores y comentaristas mostrasen una mayor atención hacia normas e instituciones privadas (circulación de los bienes, derechos sobre ellos, situación de las personas, etc.). Empieza, por tanto a abrirse camino la idea de Derecho civil como Derecho privado.

El Derecho civil, entendido como Derecho romano, va a desempeñar un papel sumamente importante en la Edad Media: el de Derecho común. Hemos dicho en líneas anteriores que hasta la recepción reinó un absoluto particularismo jurídico. El Derecho civil va a ser Derecho común; es decir, un derecho normal frente al que los derechos particulares son anomalías. Hay que destacar que la fuerza del Derecho civil como Derecho común provenía también de una necesidad política: el concepto de Imperio Sacro Romano Germánico, restaurado por Carlomagno en el año 800 como continuación del Imperio Romano. La sociedad medieval hasta finales de la Edad Media va a vivir, no sin tensiones, la idea de que era un todo unitario bajo el Imperio, que tenía, por tanto, un único Derecho. El Imperio postulaba un único Derecho, que va a ser el civil-romano. Al mismo tiempo, la idea de Cristiandad, también unitaria en

el plano religioso, llevaba a que el Derecho de la Iglesia fuese igualmente un Derecho común. Este Derecho común era la ley eclesiástica que junto a la ley civil representaban las potestades del Imperio y la Iglesia.

El Derecho canónico adquiere una importancia relevante a partir de las Decretales de Gregorio IX (1234), y se estudiará intensivamente. Es un Derecho que no se limitaba a regular el fuero interno de los fieles, sino que también se extendía a aspectos de su vida ordinaria y sus principios espiritualistas (buena fe, obligación de cumplir la palabra dada, etc.) ejercerán una influencia decisiva en los textos de la compilación justiniana y en el Derecho civil que hoy conocemos y estudiamos. Entre el *Ius Civile* y el *Ius Canonicum* va a darse una influencia recíproca y continua. También como Derecho común se considera el Derecho feudal. El sistema de vasallaje propio de la época obliga a utilizar normas (costumbres sobre todo) para resolver los litigios entre señores y vasallos. El estudio de este Derecho feudal por los juristas va a constituir un tercer elemento del naciente Derecho común, junto al romano y al canónico, aunque mucho menos importante que ellos.

Una que pierde fuerza la idea de Imperio (a mediados del siglo XIII), el Derecho romano no deja de tener valor de Derecho común, y ahora porque se considera como *ratio scripta*. Ese Derecho se estudia ya (porque las nuevas necesidades hacen inaplicables muchos de sus textos) más como sistema conceptual que como sistema normativo, porque es un sistema racionalmente construido.

El Derecho civil (Derecho romano) se convierte en un derecho de los principios tradicionales. De él van a salir ya otros Derechos que atienden a la evolución social y económica de los siglos XIV y XV, como el Derecho mercantil. Las compañías mercantiles, la letra de cambio, el comercio marítimo exigían regulación que no daban los textos romanos.

3. EL DERECHO CIVIL EN LA EDAD MODERNA

En la Edad Moderna, el Estado se convierte en el Estado absoluto que tiende a que su Derecho nacional sea el exclusivo o predominante. De ahí que el Derecho civil, entendido como Derecho romano, sufra un gran eclipse, si bien ello ya estaba preparado desde finales de la Edad Media por la crítica a que se somete: las fuentes que se manejaban -se dice- no son genuinas; las glosas y comentarios a los textos romanos eran cada vez más contradictorios y más abundantes; la aplicación del Derecho se había convertido en una tarea insegura ante tantas interpretaciones dispares.

Los Estados modernos, soberanos y absolutos, inician ante todo una labor de consolidación de su Derecho nacional. En Castilla esta labor la harán las Ordenanzas de Montalvo (1484) y la Nueva Recopilación (1567). En Francia, las antiguas costumbres son recopiladas y reducidas a textos escritos, continuándose posteriormente esa tarea de fijación del Derecho nacional (Ordenanza de Colbert y D'Aguessau). En Alemania, la atomización de los Estados miembros del Imperio impide esta realización, pero Prusia, al ganar hegemonía, recopila su Derecho civil (*Allgemeines Landrecht*).

Ahora bien, todavía en las viejas definiciones de los siglos XVI y XVII se sigue llamando Derecho civil al Derecho romano, que se contraponen al Derecho real, que es el Derecho nacional. Pero la fijación legislativa de este Derecho ha sido el primer paso para la nacionalización del Derecho civil. El segundo paso se dará cuando el estudio del Derecho real se imponga. Sin abandonar el estudio del Derecho civil, las Universidades,

los teóricos y eruditos estudian y comentan el Derecho real. La sustitución se opera insensiblemente y el Derecho civil vuelve a ser no ya el Derecho romano, sino el Derecho propio y exclusivo de cada Estado. Paralelamente cabe anotar que ese Derecho civil va a identificarse con el Derecho privado. En efecto, la teoría de la organización política (el Derecho público) se estudia con separación del Derecho civil, lo mismo que el aspecto jurídico de la actividad política. Se desligan también, desde el siglo XVI, las materias de Derecho penal o Derecho criminal. La materia procesal se separa igualmente del tronco del Derecho civil por la falta real de vigencia de los textos romanos en esta materia, y el Derecho mercantil sigue con su evolución y desarrollo apartado, como desde su nacimiento en la Edad Media, del Derecho civil.

4. LAS CODIFICACIONES

La cristalización definitiva del Derecho civil como Derecho nacional y privado se opera con la codificación.

La idea de un Código civil hay que ligarla con el pensamiento de la Ilustración y del racionalismo que dominó en Europa a partir del siglo XVIII. Hasta ese momento se acostumbraba, como ya hemos visto, a recoger las diversas leyes vigentes en un determinado momento en un solo texto, recopilándolas. La idea de la codificación es, sin embargo, más amplia que la de una pura recopilación de textos. Recopilar es reunir en un texto, por orden sistemático o por orden cronológico, las leyes que hasta un determinado momento han sido dictadas. Codificar es una tarea más ambiciosa. Una codificación es la reunión de todas las leyes de un país o las que se refieren a una determinada rama jurídica, en un solo cuerpo presidido en su formación por una unidad de criterio y de tiempo. Según esto, un Código civil es un cuerpo de leyes racionalmente formado y asentado sobre unos principios armónicos y coherentes. Un Código es siempre una obra nueva, que recoge de la tradición jurídica aquello que debe ser conservado y que da cauce a las ideas y aspiraciones de todo signo vigente en la época en que se realiza.

Los factores que parecen determinar la idea de codificación, entendida como proceso histórico, pueden ser esquematizados del modo siguiente:

- 1.º La codificación se identificaba inicialmente con un intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos unos determinados ideales de carácter político, económico y social. El Código era un vehículo de transmisión y de vigorización de una ideología y de unas directrices políticas. Inicialmente, fueron las aspiraciones y los ideales del tipo de vida liberal-burgués, aunque posteriormente hayan podido ser otros diferentes.
- 2.º Porque significaban la renovación de unos ideales de vida, los Códigos debían constituir obras unitarias. Ello exigía la derogación de todo el Derecho anterior y la prohibición o interdicción de una heterointegración del sistema (el recurso a los llamados Derechos supletorios), sustituyéndola por una autointegración, en virtud de la cual el Código se basta a sí mismo.
- 3.º En los Códigos ha existido siempre un intento de tecnificación y de racionalización de las actividades jurídicas, que se traduce, primero, en un afán por la simplificación, que es una reducción del material normativo, y una formulación del mismo que se quiere que sea clara e inequívoca. Los Códigos vienen a expresarse en un lenguaje somero, lacónico y, en cierto modo, lapidario o, por lo menos muy comprimido, como si esa reducción o comprensión ahuyentara los problemas.

La tecnificación quiere decir también instalación del material normativo en unas condiciones que lo hagan más fácilmente cognoscible y manejable.

- 4.º Por último, la codificación entendida como racionalización del mundo jurídico pretende la construcción de un sistema que se funda en la lógica jurídica y que pueda desarrollarse conforme a ella. En este sentido, en el ideal codificador es evidente la idea progresista de suponer que el orden jurídico sigue una línea evolutiva de mejora. Los Códigos pretenden poner la legislación al nivel «de los adelantos de la ciencia jurídica». En otro sentido, la racionalización consiste también en la conveniencia de sustituir una práctica jurídica empírica y casuística por un sistema que proceda con una cierta automaticidad y que proporcione una mayor dosis de seguridad en los negocios y en las actividades jurídicas.

A finales del siglo XVII Prusia tiene un Código: el denominado «Derecho territorial general de los Estados prusianos», que acusa un enorme influjo de la escuela protestante del Derecho natural, pero que no recoge las ideas sociales y políticas de la época y, además, deja subsistentes los Derechos particulares de los Estados. También a finales del siglo XVIII se inicia en Austria la labor codificadora.

En el siglo XIX florece el fenómeno codificador. Se abre con el Código civil francés, llamado Código Napoleón en recuerdo del hombre genial que lo llevó a cabo en los días del Consulado, que tanto recordó en Santa Elena donde esperaba la muerte. Promulgado en 21 de marzo de 1804, fue el resultado de su tenaz voluntad para verlo hecho realidad tras los fracasos de anteriores proyectos en la época revolucionaria, y el resultado también de su intuición certera al escoger a los juristas que podían redactarlo y defenderlo.

El Código francés es una obra capital de enorme influencia en el mundo, sobre todo en el siglo XIX. Fue el vehículo de las ideas de la Revolución francesa y responde a una ideología típica del liberalismo burgués, pues no en balde es la burguesía la que inicia la Revolución y la que, a la postre, sale vencedora. Es un Código que afirma el primado del individuo, de su igualdad ante la ley fuera de las circunstancias de su condición social y de su libertad, y de ahí que sus pilares básicos sean la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa. El matrimonio se sustrae a la Iglesia Católica, adquiriendo la institución un carácter laico y fundado en el contrato. Igualmente se sustrae a la Iglesia el registro de los estados civiles, organizándose y regulándose detalladamente el Registro civil. Ahora bien, el Código Napoleón no rompe con la tradición jurídica francesa en la que se recogía el Derecho romano y las antiguas costumbres, lo que hace es continuarla y adaptarla a las nuevas ideas. Es una sabia combinación de tradición, principios racionales (es la época del racionalismo) y revolucionarios.

En 1811 Austria tiene su Código civil, de gran perfección técnica e influenciado por las ideas de la escuela del Derecho natural, pero preservándose de las revolucionarias francesas.

En Alemania el problema de la Codificación se planteó desde un punto de vista completamente distinto. No debe olvidarse que en Alemania no se logró la unidad nacional hasta el año 1870. A principio del siglo XIX se suscita en torno a la conveniencia de la Codificación una polémica famosa entre Savigny y Thibaut. Este último publicó en el año 1814 un trabajo, "Sobre la necesidad de un Código civil para Alemania", sosteniendo la conveniencia de redactar un Código, sobre el modelo francés, inspirado

en la razón, que pudiera constituir el vehículo para conseguir la unidad de Alemania. Savigny le replicó en su obra "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la jurisprudencia", sosteniendo que el Derecho es sustancialmente un producto histórico y una obra del espíritu del pueblo y no un producto de laboratorio como sería un Código civil. Retrasada la unidad nacional alemana, se promulgan, a lo largo del siglo XIX, algunos Códigos civiles de naciones alemanas (por ejemplo, Código de Sajonia, etc.), pero la obra de la codificación no se reanuda sino una vez instaurado el Imperio. El Código civil, que se realiza a través de dos proyectos, se promulga finalmente en 1896, para comenzar a regir el 1.º de enero de 1900. Es con el Código civil francés el prototipo de los Códigos civiles modernos europeos. Influye en él, de manera decisiva, el pandectismo, con todas sus características como son la técnica más depurada y su carácter un tanto esotérico, abstracto, positivista y logicista. El Código civil alemán ha influido en otros Códigos del centro de Europa y en algunos Códigos americanos (Brasil).

Como paradigma de los Códigos civiles europeos ha de mencionarse también el Código civil suizo. En Suiza la Codificación se retrasó como consecuencia de la autonomía cantonal. Algunos cantones elaboran sus propios Códigos y la codificación general comenzó mediante la unificación del Derecho de Obligaciones (Código de Obligaciones). Conseguido este último, la redacción de un proyecto de código civil, bajo la dirección de Huber, se realizó dentro del presente siglo (1908). Es un Código que ha merecido los elogios de los profesionales del Derecho y que ha sido también adoptado como modelo por algunos países.

La codificación italiana tomó como modelo a la codificación francesa. El Código de 1865 seguía fielmente al Código de Napoleón. El régimen fascista se propuso reformarlo y sirviéndose de la gran tradición jurídica italiana, así como de los trabajos de los más notables juristas de aquel país, tras una larga elaboración de más de quince años, dio cima a su obra en 1942. El Código es una obra de gran perfección técnica, que permitió que, no obstante la caída del régimen fascista, siguiese en vigor con algunas muy leves modificaciones. Ha servido también de ejemplo y de modelo a algunos Códigos civiles, como puede ser, por ejemplo, el Código civil de Venezuela de 1947.

El ciclo de la Codificación ha continuado hasta nuestros días. Algunos países sustituyen sus antiguos Códigos decimonónicos por otros más técnicos y perfectos, como el de Portugal de 1966, que empezó a regir en 1967. Otros readaptan su Derecho civil a sus nuevas condiciones sociales y políticas como Polonia en 1966.

No puede cerrarse este apartado sin señalar que el movimiento de la Codificación civil, originariamente europeo, trascendió casi inmediatamente a la América Latina, continente del que sería injusto no recordar la obra de dos grandes juristas como fueron Bello, autor del Código chileno, y Vélez Sarsfield, autor del Código argentino, uno y otro con clara resonancia e influencia en el Código español.

5. EL DERECHO CIVIL EN LA ACTUALIDAD

La evolución histórica del Derecho civil nos lo presenta como el sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona y sus diferentes estados, de su patrimonio y del tráfico de bienes.

Pero más importante que determinar de qué se ocupa el Derecho Civil es analizar cómo se ocupa, pues de ahí nace la crisis por la que está atravesando.

Efectivamente, si hoy el criterio de valores está en crisis, el Derecho civil no puede por menos de sufrir también las consecuencias de esa crisis. La del Derecho civil es, además, la del desmoronamiento de la sociedad que contempló la obra de la codificación, y si estamos ante otra sociedad o hacia ella nos dirigimos, el Derecho Civil heredero de los códigos decimonónicos nos va a servir de poco.

La codificación se basaba en la afirmación del individuo frente al Estado, sin cuerpos intermedios; el Código civil aseguraba el libre desenvolvimiento del individuo, de su voluntad. De ahí que el principio de la autonomía de la voluntad, con su reflejo en el derecho de propiedad que se concebía absoluto y con las mínimas excepciones posibles a este absolutismo, fuese el pilar de sustentación de todo el edificio. El sistema jurídico va a ser en realidad el sistema de los derechos subjetivos, señala Orestano, de poderes del individuo.

Pero la evolución social ha ido por otros caminos. Los ideales de la burguesía, que detentadora de los bienes económicos y de producción quería un sistema que le permitiese su libre y omnímodo disfrute, no se han aceptado por inmensas capas de la sociedad sin poder económico, para las que el juego de la autonomía de la voluntad no significa más que la sumisión al más fuerte y para la que los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico no son más que abstracciones. Por otra parte, el rechazo de un puro sistema liberal de economía, cuyo motor era la persecución del interés individual que redundaría en el bienestar colectivo, hace que la propiedad de los medios de producción no se identifique con propiedad privada.

Todo ello indica que el Estado va a intervenir decisivamente en la vida económica y jurídica, y que las normas no van a sancionar la autonomía de la voluntad individual, sino que la van a dirigir o coartar en beneficio de los intereses colectivos o para evitar que sea un instrumento de dominación de los débiles. Así, el propietario tendrá cada vez más deberes; no se le va a prohibir ya que haga o no haga, sino que se le va a obligar a un hacer. Así, el empresario no impondrá los contratos de trabajo que quiera a los que no pueden discutir sus cláusulas. Es un nuevo orden jurídico distinto del cristalizado en la codificación del XIX.

Los principios escuetamente expuestos anteriormente producen un impacto en el Derecho civil, que se traduce en una disgregación. Son Derechos especiales los que surgen frente al Derecho civil que queda como común, en los que se desarrollan nuevas normas. Se habla así de un Derecho del trabajo, de un Derecho de la economía, de un Derecho agrario, de un Derecho bancario, de un Derecho de arrendamiento, de un Derecho urbanístico, etc. La disgregación, como puro fenómeno externo e índice de una especialización técnica o científica, no tiene trascendencia grave. La gravedad radica en la consolidación de los desmembramientos, porque entonces se ha roto la unidad interna del Derecho civil.

La crisis del Derecho civil codificado tiene otras causas. Básicamente es de anotar su carácter excesivamente patrimonial, que hace que la persona se contemple y regule en función de sujeto de una relación jurídica de aquella naturaleza y no por sí misma: sus valores, sus bienes y atributos como tal persona pasan por completo desapercibidos y abandonados al campo de las declaraciones constitucionales sonoras y espectaculares. Al Derecho civil se le priva así de lo más sustancial que tenía, pues su función y su finalidad no es otra que la defensa de la persona y de sus fines. El movimiento contemporáneo, por el contrario, está prestando una gran atención al campo de los derechos fundamentales de la persona, al margen de las facetas políticas o penales del tema.

El Derecho Hispano-Romano^{1*}

1. EL DERECHO EN LA ESPAÑA PRIMITIVA

1.1. Concepto de Historia del Derecho Español

Este concepto está nutrido por tres términos: dos sustantivos (Historia y Derecho) y un adjetivo (español).

Historia: sería la ciencia que tiene por objeto el estudio del origen y transformaciones experimentadas por las diversas manifestaciones de la vida humana, y todo ello en el correr de los tiempos. ¿Tiene historia el Derecho? ¿Es historiable el Derecho?

Derecho: es todo sistema de normas con su lógica propia, destinado a regular con justicia la vida social de una comunidad.

Como *Sistema de Normas* hay que entender las distintas normas que integran dicho sistema, y estas normas se encuentran entrelazadas entre sí con sentido coherente.

Norma: Toda norma tiene una dimensión formal, que supone regla de conducta, en definitiva, cauce por el cual se manifiesta el Derecho; dimensión material, puesto que las normas se configuran como instituciones jurídicas, son el objeto de las relaciones o intereses vitales; dimensión espiritual ya que tiene una vocación de justicia.

Instituto Jurídico:- Conjunto de normas que regulan un hecho.

Todas las normas que se legislan tienen que ser lícitas.

El derecho sí que puede ser historiable, puesto que el derecho como valor humano está sometido a transformaciones sucesivas, los sistemas jurídicos van

^{1*} http://html.com/historia-del-derecho-espanol_1.html

evolucionando y teniendo su propia historia. A nuestra asignatura no le competen las causas de esta evolución.

Los movimientos transformadores que van modulando al derecho son múltiples atendiendo a dos tipos de causas: *materiales* (Geografía, clima, raza, etc.) y *espirituales* (concepciones religiosas, éticas, morales, etc.)

Historia del Derecho es la ciencia que estudia el origen y sucesivas transformaciones experimentadas por el sistema jurídico a través de los tiempos => Historia de los sistemas jurídicos.

La naturaleza de la Historia del Derecho tiene un carácter doble; por un lado una *vertiente histórica*, por tanto la historia del derecho es historia pues estudia la historia del derecho bajo la visión histórica, la historia del derecho sería una rama de la historia general, y por otro lado una *vertiente jurídica* pues la historia del derecho es derecho y ello si se atiende a su objetivo o contenido.

Si se atiende a la existencia historia de un pueblo español por lógica podrá hablarse de un Derecho español.

Hay dificultades a la hora de afirmar que hay un pueblo español puesto que lo *español* ha dependido de la movilidad histórica de sus bases humanas y ello también a través del tiempo.

Los autores.- Se entenderá por Derecho español al conjunto de sistemas jurídicos vividos por el pueblo español, incluyendo los creados en sus propio seno de forma autodidacta y a los recibidos e importados. Estos sistemas tienen que haber sido asimilados por el pueblo español.

Historia del Derecho español. Es la ciencia que estudia el origen y las transformaciones de los diferentes sistemas jurídicos vividos por el pueblo español a través de los tiempos tanto formado en sus seno como recibidos del exterior.

232 Transcendencia de incluir la Historia del Derecho en los planes de estudio.

233 Según todos los autores el fin de incluirla es por utilidad ya que el ordenamiento jurídico vigente es la suma de los diferentes sistemas jurídicos que han cuajado en el sistema español. Difícilmente podemos saber el alcance de las normas vigentes si no conocemos su origen o procedimiento. 234 El conocimiento del Derecho pasado es esencial. 235 Caracteres y contenidos del Derecho histórico español. 236 Reconstrucción de los sistemas jurídicos de cada época. 237 Según Brumer divide la Historia del Derecho en dos partes: Historia del general del Derecho, la cual se ocupa de la historia del Derecho en su conjunto, la segunda parte consiste en la Historia Especial del Derecho esta se ocupa de la evolución jurídica del Derecho atendiendo a sus distintas ramas.

1.2. Los pueblos primitivos en la Península Ibérica

La situación de los pueblos peninsulares previa a dominación romana. Hacia el primer milenio a.C. se observa un movimiento migratorio de pueblos de origen indoeuropeos. Llegan a España hacia el 900 a.C. esto se observa en los cambios encontrados en los restos arqueológicos. Estos pueblos sustituyen la metalurgia del cobre por la del hierro. La cultura de estos pueblos recibe el nombre de Hallstática. Este nombre procede de una localidad austríaca denominada Hallstat.

Estos pueblos penetran por los pasos orientales de los Pirineos, se establecen en Cataluña y dan origen a la *cultura de los campos de urnas* y esto es así porque depositaban sus restos incinerados en cajas o urnas.

Otros pasos de penetración serían los centrales u occidentales de los Pirineos. Estos pueblos se asentaron en el Valle del Ebro desde Navarra hasta Lérida. Son un pueblo más evolucionado con agricultura cerealista y ganadera variada. A diferencia de los anteriores sus sepulturas son a base de túmulos o sea por encima del suelo.

Estas culturas se mezclan dependiendo de la zona donde se asientan. En la Meseta el impacto de este asentamiento es muy fuerte debido a la despoblación de esta. En las cordilleras cantábricas este asentamiento fue más complejo pues ya había otros pueblos que habían implantado una cultura megalítica original y propia. Los grupos indoeuropeos llegan a dichas zonas hacia el año 500 a.C. y al fusionarse con la cultura autóctona crean una nueva cultura denominada *cultura de los castros*.

En cuanto al área mediterránea allí se desarrolló la *cultura ibérica* que contradicción con lo dicho hasta hace pocas fechas su origen no es africano sino mediterráneo oriental, concretamente de la cultura Argar procedente de la península de Anatolia. A esta área mediterránea llegaron también los pueblos fenicios, griegos y cartaginenses.

La distribución geográfica que desarrollaron con sus respectivos asentamientos fueron delimitando las diversas áreas culturales que se encontraron los romanos a su llegada a la península ibérica hacia el S. III a.C. Se encontraron un mosaico de pueblos con falta de unidad y homogeneidad. Dichas zonas culturales se pueden dividir en dos:

- Zona Meridional o levantina con población fundamentalmente *ibérica*.
- Zona Central y noroeste con población *celta* y *celtibera*.

A destacar entre la primera zona y la segunda que la zona meridional tenía un mayor desarrollo cultural que la segunda y esto se debe por el contacto con los pueblos colonizadores.

Los romanos encontraron en la zona meridional tan desarrollados como los *tartesios* y en la zona central y noroeste *cántabro* y *astur*.

1.3. Colonizadores mediterráneos y su régimen jurídico

Frente a las oleadas migratorias llegaron a la península ibérica otros pueblos de origen mediterráneos que no se realizó de forma masiva, hablamos de *fenicios* y *griegos*. No llegaron con un afán de dominio o conquista, sino que la razón de su llegada la encontramos con la idea de crear y fundar colonias o factorías que rewertiera en beneficios de sus propias metrópolis. Los fenicios llegaron hacia el año 1000 a.C. fundando colonias en la costa meridional como por ejemplo Gadir.

Los griegos llegaron hacia el S. VI a.C., la colonización la iniciaron los griegos *rodios*, la siguieron los griegos *feceos*, esta colonización fue continuada por los griegos de Marsella llegando a la costa levantinas destacando *Ampurias*.

Ambos pueblos tanto griegos como fenicios fueron absorbidos por los cartagineses que imprimieron a sus acciones un carácter militar, no encontrando oposición por parte de los fenicios aunque si por parte de los griegos que lucharon.

Hasta la fecha no tenemos conocimiento del *Derecho de Cartago*. Se cree que se aplicó el Derecho de las metrópolis de procedencia, basado en costumbres aunque también posee verdaderas leyes. Debió de existir una influencia recíproca, colonizadores y pueblos peninsulares, esta influencia solo se lleva a cabo en temas relacionados con el comercio.

El **Derecho cartaginés** debido al carácter militar tuvo una *doble vertiente*: se aplicaría el *Derecho de Cartago* para regular las relaciones entre los propios cartaginenses y por otra parte se respetó el Derecho de los peninsulares en tanto que no entraba en conflicto con el Derecho cartaginés.

1.4. El Derecho y la sociedad política en la Hispania prerromana A.- Forma económica.

Zona central y noroeste. Presentaba una economía rudimentaria y de tipo cerrada con predominio del pastoreo y escaso tráfico económico —> Economía natural.

Zona sur o de levante. Presentaba una agricultura desarrollada y de tipo latifundista poseyendo numerosas industrias (aceite, vino, armas, etc.). Su tráfico mercantil era muy extenso incluso fuera del mapa geográfico nacional con fenicios y griegos. Tenían una economía dineraria.

B.- Forma Social

Zona central y noroeste. Presentaba asentamientos en forma de aldeas abiertas conocidas como *Vieus* en casos excepcionales se han encontrado fortificadas.

Zona sur o de levante. Presentaba asentamientos urbanos denominados *civitas opidium* cuando eran fortificados se denominaban *Castelum*.

Las diferencias entre los asentamientos encontrados se derivan de la orografía y la fertilidad del suelo.

La población sería de 4 a 5 millones desigualmente repartidos. En el S. III ya se había logrado la fusión entre celtas e iberos, pero no era absoluta ni en el plano de igualdad.

Estos pueblos de la edad primitiva se extractaban en diversas clases sociales, la base para incluirse en una u otra se encontraba en la edad, en la jerarquía, etc.

Estaban los siguientes estadios.

- **Clase privilegiado:** *príncipes, nobiles o maxi manu*, distinguidos por razón de nacimiento eran poseedores y propietarios de grandes latifundios y dirigían o intervenían en la política. Por ese poder bajo su patrocinio se incluían *clientes* y se formaban *clientelas*. No tenían un poder directo.
- **Simple libres o plebeyos o plebes.** Vivían en el centro de la población dedicados a trabajos industriales y de cultivo de la tierra (*rustici*) eran hombres sin tierra que entraban en relación de clientela con el noble.
- **Siervos, esclavos públicos o de ciudades,** también lo eran de particulares. Aquí nos encontramos a los siervos adscripticios o semilibres, jurídicamente tenían libertad, por ejemplo para casarse pero como estaban adscritos a un campo de cultivo carecían de libertad económica dependiendo del príncipe o del noble en este aspecto.

- **Forma Jurídica**

El Derecho primitivo tenía un conjunto de normas que lo caracterizaban:

- **Legitimidad:** Dado el desarrollo cultural de estos pueblos su Derecho era muy rudimentario y profundamente tradicional, basado en la pretendida antigüedad de sus normas, en esa antigüedad encontraban la legitimidad de los mismos. Esta legitimidad no se basaba ni en ideales de Justicia ni en ideales de equidad, sino que encontraba su apoyo en su vetustez. Los pueblos del levante y del sur presentaban un Derecho más evolucionado debido al influjo recibido por los pueblos colonizadores.
- **Vigencia:** estos pueblos se regían por un criterio personalista de su Derecho a diferencia del territorialista. Cada Derecho se consideraba propio de cada pueblo sin que la dominación de un pueblo sobre otro significara la pérdida de algún derecho; es decir, el pueblo dominante con su propio sistema jurídico respetaba el Derecho del pueblo dominado. Testimonios históricos aluden a instituciones jurídicas de una determinada comunidad (Derecho de los Turdetanos, Derecho de los Cántabros, etc.).

No nos hablan del Derecho del territorio. De tal forma que el Derecho de dicha comunidad se consideraba como un privilegio de cada uno de los miembros de la misma, los forasteros no gozaban de protección jurídica, salvo cuando se suscribía un llamado *Hospitium* o pactos de hospitalidad, esto es todo acuerdo concertado por una comunidad con un individuo perteneciente a otra o entre comunidades distintas y esto para conseguir protección y defensa recíproca.

- **Forma de creación del Derecho por parte de estos pueblos.** Los pueblos peninsulares indígenas tenían un Derecho consuetudinario, no obstante resaltamos como excepción, que el pueblo llamado de los *Turdetanos* en que se descubrió un Derecho legal basado en *6000 leyes con 6000 años* de antigüedad, estas leyes escritas estaban escritas en forma métrica (en verso) con un propósito nemotécnico, para que llegaran a las clases iletradas. Nos ha llegado la existencia de estas leyes a través del historiador latino *Estrabón*, aunque no las conocemos.

Este Derecho peninsular primitivo estaba basado en la antigüedad de sus normas, con carácter personalista y era un Derecho consuetudinario.

1.5. Las fuentes del Derecho primitivo

Existe la imposibilidad de encontrar fuentes directas pues no tenemos textos legales escritos. Sin embargo, se han hallado abundantes inscripciones, los investigadores no se han puesto de acuerdo en cuanto a estas. Las inscripciones están escritas en lengua latina y nos hablan del Derecho indígena concretamente de los diferentes pactos de hospitalidad, los llamados *Hospitium*. Nos encontramos con una ausencia de fuentes directas con lo para llegar al contenido de las normas hemos tenido que acudir a las fuentes indirectas:

1.-Obras de literatura greco - romana

Autores:

Solvio de Megalópolis: Historiador de origen griego, acompañó al *general Escipión* en sus campañas bética, celtibérica. Destacamos su obra «*Historia de la República Romana*».

Otro autor griego es *Estrabón*, este viajero jamás visitó España pero en su obra titulada *Geografía* en su libro II lo dedica completamente a la Península Ibérica. No obstante es el autor que más datos ofreció de los diferentes pueblos primitivos.

Dio doro de Sicilia. Obra: *Biblioteca Histórica*.

Como autores latinos tenemos: *Tito Livio* obra: *Los anales o Historia de Roma*, en dicha obra se suministraba muchos datos del vivir de estos pueblos.

Otros: **Julio César, Plinio el viejo**, etc.

Hay que valorar el alcance de estos testimonios que nos ofrecen luz sobre el Derecho de estos pueblos. Su valor es relativo, ya que estos autores han hablado de este Derecho primitivo, pero cuando el mismo se encontraba en plena desnaturalización. También porque la mentalidad de estos autores, no hay que olvidar, que también viene influenciada por sus personales criterios; es decir, que son autores que escriben sus obras de la mano del pueblo conquistador y con ese criterio escriben su obra de lo que se deduce que al reseñar dicho Derecho primitivo lo hacen sin consignar la verdadera naturaleza jurídica de dicho sistema jurídico.

2.- La segunda fuente indirecta sería los restos arqueológicos y a diferencia de los anteriores ofrecen la nota de autenticidad irrecusable. La dificultad la hallamos en el significado que se les pueda dar.

No obstante, esas ciudades, armas, monedas... nos pueden ofrecer el Estado o ciclo económico, cómo vivían, su situación política, etc. Por tanto, nos da un conocimiento parcial y fragmentario del Derecho primitivo.

Para rellenar estas lagunas los investigadores acuden a 2 métodos:

M. deductivo: por vía de la lógica.

M. comparativo: conociendo el contenido de una institución completa de un pueblo si este otro pueblo a análisis es análogo se puede llegar a la conclusión que sus instituciones jurídicas también son semejantes.

2. LA ROMANIZACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA DE ESPAÑA

2.1. Las causas de la invasión

La crisis interna que sufría Cartago como consecuencia de la pérdida contra Roma de la I Guerra Púnica. Esta crisis había llevado a Cartago a una situación que mina su economía. Sus dirigentes para paliar esta situación y estabilizar a sus bases deciden emprender una política expansionista, como resultado el Senado de Cartago decide someter militarmente a la Península Ibérica. La acción militar se inicia en el 237 a.C. con el sometimiento de los Turdetanos por el general Amílcar. No hay que olvidar que aunque llegan en el 237 a.C., militarmente ya desde el S. VII a.C. el pueblo cartaginés había estado en contacto con la costa mediterránea Peninsular desde mediados del S. VII a.C. en la costa Suroeste y de Baleares habían creado verdaderos centros comerciales.

Esta política expansionista alarmó a Roma por lo que esta firmó en el 226 a.C. con el general cartaginés Asdrubal el llamado tratado del Ebro, acuerdo en virtud del cual ambas potencias fijaban por vía de pacto sus áreas de influencia. Asignando a Cartago la zona sur desde el Ebro. Este pacto duro poco, pues el general Aníbal lo incumplió y aprovechando un enfrentamiento interno entre dos poblaciones

peninsulares (Saguntinos y Turbocetas) intervino militarmente a favor de estos últimos lo que motivo que Sagunto llamara en ayuda a Roma y con ello estamos en el inicio de la Segunda Guerra Púnica, pues con este pretexto Roma desembarcará en Ampurias al mando del general Escipión, año 218 a.C.

2.2. Formas de Anexión

Situada la guerra entre Roma y Cartago, los hechos se dan así: cada potencia busca aliados y apoyos en las diferentes tribus indígenas y Roma, con estas tribus que se convierten en aliados, firma pactos o también llamado Foedes donde se incluían condiciones ventajosas de tal forma que cuando Roma decidió convertir a Hispania en provincias, estos distintos pactos son sustituidos por diferentes *estatutos jurídicos*, y así el contenido de estos estatutos variará entre ellos dependiendo del grado de apoyo militar prestado a favor del Roma, esto es, que dependiendo del comportamiento de esas tribus tenemos tres tipos de estatutos jurídicos:

Civitates VI captae o dediticias:

Dentro estarían el conjunto de ciudades que se habían resistido militarmente. Estas ciudades quedaban como ciudades rendidas o *dediticias*. A su vez pasaban a depender directamente del senado romano. Con el tiempo Roma comenzó a devolver el uso de dichos territorios a sus antiguos propietarios, pero reservándose Roma el *dominium* (la propiedad), estos propietarios por el derecho del uso de sus antiguas propiedades cada cinco años debían de pagar un canon o también llamado *Vectigal*. De forma excepcional estas ciudades rebeldes eran arrasadas y su habitantes vendidos como esclavos (v.g. Numancia). Civitates stipendiariae o ciudades estipendiarias (estipendio = tributo):

Las ciudades para conseguir su libertad o para llegar a una tregua con Roma, debían de pagar a esta un *stipendium* o tributo, este era una cantidad fija y determinada por Roma, podía pagarse en dinero o en especies y su abono se distribuía entre todos sus habitantes. Con el tiempo, cuando alcanzaban el rango de provincia, pasaba a depender directamente del magistrado o gobernador impuesto por Roma, otorgándoles un estatuto jurídico llamado Lex Provinciae que en cualquier momento podía ser revocada por Roma. Este tipo de ciudades generalmente gozaban de autonomía y conservaban su propia organización indígena, respetándose sus ordenamientos jurídicos.

-*Civitates liberae et immune*.

Esta ciudades no estaban sujetas a carga fiscal, gozando de un amplio margen de autonomía política. A su vez se distinguían:

-*Civitates liberae et immune foederate* (federadas)

Su situación privilegiada partía de un *foedus* o pacto . Esta situación se perdía cuando dicha ciudad incumplía alguna de las cláusulas contenidas en el *foedus*.

-*Civitates sine foedere liberae et immune* (sin federar).

No existía pacto y esa situación privilegiada provenía de un acto unilateral del senado que en cualquier momento podía ser revocado. El alcance de estos estatutos es que gozaban de no pagar el impuesto, también gozaban de libertad o de autonomía jurisdiccional. Este conjunto de libertades trajo como consecuencia el que se conservara de una forma total sus ordenamientos jurídicos propios. También estaban exentos de ocupación militar.

Nota: en el segundo estadio el Derecho privado lo dejaba Roma y no así el Derecho público. En el tercer estadio se respeta tanto el Derecho público como privado. En el primer estadio ninguno de los dos.

Estos modos de anexión se podían realizar lógicamente en regiones o zonas previamente urbanizadas tales como la Bética, la costa levantina inclusive la meseta, pueblos que ya habían superado socialmente la organización tribal.

En las zonas del Norte, con población más dispersa, la presencia romana fue más tardía y en ese caso siempre con carácter militar alcanzándose un pobre nivel de romanización.

Como conclusión a este punto diremos que el ordenamiento jurídico del pueblo se respeta (salvo en el caso excepcional), el Derecho privado se respeta y en algunos casos hay autonomía política al incipiente Derecho público que pudiera tener dicha comunidad.

El principio que se adopta en la conquista es el principio personalista.

2.3. Etapas de la conquista desde el punto de vista militar

Este proceso dura alrededor de dos siglos y se puede dividir en 4 periodos en forma genérica:

- 1.- Año 218 a.C. , llegada de Roma a la Península Ibérica, hasta el 154 a.C., inicio de la guerra Celtibérico Lusitanas. Destacar que dentro de este periodo se cifra el año 206 a.C. como el fin de la guerra de Roma con Cartago.

En este periodo la explotación sufrida por el pueblo peninsular a manos de Cartago es sustituida por el nuevo conquistador , Roma. Así en el 206 el senado romano decide permanecer definitivamente en Hispania y convertirla en una de sus provincias . Durante este periodo la conquista militar se limitó a la franja mediterránea y a la zona sur o meridional.

Roma obtuvo grandes beneficios tanto en metálico como en material humano.

- 2.- Año **154** a.C. con el inicio del asalto militar a la meseta (guerras Celtibérico Lusitanas) Hasta el año 83 a.C. con las guerras Sartrianas.

Nos encontramos en una etapa especialmente sangrienta por dichas luchas entre los celtíberos y lusitanos. Las guerras contra el pueblo lusitano acaban con la muerte de Viriato y las guerras celtibéricas finalizan con la destrucción de Numancia.

Una vez pacificada la meseta, Roma decide enviar a Hispania una comisión de 10 senadores con el encargo de elaborar una Lex Provinciae. En dicho Estatuto jurídico Roma pretendía establecer las condiciones de anexión con los diferentes pueblos indígenas distinguiendo a los sometidos por su voluntad con los sometidos con la fuerza de las armas.

- 3.- Año 83 a.C. hasta el 29 a.C. fecha en la que comienzan las guerras Cántabras. En el 73 a.C. se produce un período de relajación tanto militar como social. Entre el 49 y el 44 se produce en la metrópolis romana las guerras de César y Pompeyo. Tanto las guerras Sertorianas como las guerras de César y Pompeyo son guerras civiles romanas cuyo espacio bélico traspasa la metrópolis llegando a la Hispania. Cada bando crea en torno a él fuertes clientelas (pueblos indígenas que se agrupan alrededor de alguno de los bandos en conflicto). Al finalizar las guerras civiles, muchas tropas venidas a

la Península Ibérica no regresarían a Roma, sino que se establecerían en Hispania formando verdaderas colonias, es decir centros de romanización.

- 4.- Año 29 a.C. al 19 a.C., año de la pacificación definitiva de la península Ibérica). La causa que motiva estas guerras son:
 - A.- Necesidad de Roma de asegurarse militarmente el norte peninsular con la idea fundamental de encontrar nuevas minas para su explotación.
 - B.- Las numerosas incursiones militares de cántabros y astures que se daban con frecuencia en zonas ya controladas por Roma.

2.4. Factores de la romanización social de la Península Ibérica

2.4.1 Presencia del ejército romano

El primer contacto de los pueblos de la península Ibérica con Roma es a través de su ejército. La composición de dicho ejército ha variado. La necesidad de mantener un nutrido ejército para las continuas luchas emprendidas por Roma provocó un desgaste para la sociedad romana debido a que el reclutamiento recae en las clases medias. En el año 107 a.C. se produce un proceso de *proletización* y por consiguiente *profesionalización* de sus unidades. Se produce una masiva incorporación de las clases más pobres en sus filas. Junto a estos miembros el ejército romano se integraba por los miembros de las tropas itálicas. Estas tropas itálicas no eran ciudadanos romanos y se alistaban en calidad de aliados, con el tiempo y con ocasión de esas guerras sociales se enfrentan contra Roma hasta que definitivamente Roma les concede la ciudadanía romana. Una vez alcanzado el status romano se produce un vacío en el ejército romano cubierto por los contingentes provinciales, procedentes de las distintas provincias que integraban el Imperio Romano. Referencia este hecho de la primera romanización, verdadero factor de romanización, doble, puesto que convivieron con soldados con condición de ciudadanos romanos y con tropas itálicas. Estos contingentes provinciales cuando regresan a sus tribus de origen también contribuyeron a la romanización con sus propios compatriotas.

También contribuyeron las clientelas indígenas, tanto sociales (dependencia y subordinación con sus patronos) , como militares (grupos selectos de tropas indígenas que entraban como guardia personal de personalidades.

La composición del ejército romano repercutió en la romanización (2º Etapa). En esta segunda fase los miembros del ejército romano de clases humildes se enrolaban para acceder a la propiedad de las tierras provinciales, ya que al licenciarse como premio se repartían tierras provinciales entre estos miembros. Además a Roma le vinieron bien estas reparticiones, pues al establecerse estos contingentes militares ya como propietarios, ejercían sobre estos nuevos territorios un mejor control.

También cabe destacar el efecto romanizante de los campamentos militares al entrar en contacto de una forma estable con los indígenas del lugar.

Por último, las tropas indígenas o ejército romano se vio beneficiado por la llegada de tropas indígenas en calidad de auxilio. Aunque era de forma transitoria. Hubo tropas que lucharon a lado de Roma en su guerra contra Cartago, hubo tribus que lucharon al lado de Roma en las guerras celtibéricas lusitanas y al final de las guerras civiles de Roma para suplir las tropas itálicas que habían accedido a la condición de ciudadanos romanos recluto indígenas que fueron a luchar a Italia.

2.4.2. Colonización

A parte de que hubiera causas militares para conquistar la Península Ibérica, Roma tenía motivos económicos para invadir la Península Ibérica. Desde mediados del S. II a.C. se produce en Roma una profunda crisis agraria que provocó una masiva emigración de los colonos itálicos y aspiran a instalarse en las nuevas provincias. Desde finales del S. I d.C. con ocasión de la concesión de la *latinidad* por Vespasiano se dio un proceso de conversión de las ciudades indígenas en municipios tomando como modelo al municipio Romano, lo cual supone un nuevo factor de romanización.

Latinidad supone la facultad de los pobladores de poderse regir por el derecho romano pero solo en asuntos de comercio, Derecho mercantil.

2.4.3. Reparto de tierra y traslado de gentes

Roma para ejercer un mayor control sobre estos pueblos peninsulares obligó a las poblaciones indígenas fortificadas a trasladarse a zonas llanas y la prohibición a hacer construcciones amuralladas.

2.4.4. Organización política - administrativa

La conquista solo supuso un cambio de autonomía política conservando de forma general sus estructuras y ordenamientos jurídicos. Sin embargo, las colonias o municipios latinos donde la labor de mando se encomendaba a la figura del gobernador romano provocó el que este tuviera una intervención decisiva desde todos los órdenes: político, administrativo, fiscal y judicial. Con el incremento de las colonias se experimenta un incremento de la acción de este gobernador que cuando interviene lo hace apoyado en las normas y leyes romanas.

A partir de la división de la Península Ibérica en provincias en el año 27 a.C. (Lusitana, Bética y Tarraconense) se opera una verdadera integración de Hispania en la órbita romana a excepción de algunas zonas del norte peninsular.

2.4.5. Otros factores

A.- Intensa política de construcción de vías terrestres -> calzadas. B.- Intensa política de construcción de vías fluviales utilizadas para el comercio. C.- Construcciones en general: arte, artesanía, la religión etc. Son factores decisivos. D.- El latín como elemento unificador fundamental del panorama peninsular.

No todos los factores actuaron por igual en el fenómeno de la romanización. La conquista militar duro dos siglos.

2.5. Crisis del Bajo Imperio

El alto nivel de desarrollo económico que el mundo romano experimentó durante la república y durante el Alto Imperio, varía desde el S. III d.C. experimentando una profunda decadencia, originada en la metrópolis pero con consecuencias en las provincias.

La crisis la encontramos en la seguridad técnica y cultural en el Oriente Bizantino esto provoca una crisis economía en el área urbana, esto es la ruina de la burguesía instalada en municipios, muy culta y romanizada. También empobrecimiento de las clases mercantiles y obreras que produjo el despoblamiento de ciudades y emigración de la ciudad al campo, modificando su organización economía con la emigración al campo, coincide con una política de acumulación territorial provocando grandes

latifundios. Por tanto, la crisis en las ciudades se dirige también al campo.

Los pequeños propietarios ante la presión fiscal se ven obligados a:

- a.- Dar sus tierras a los grandes propietarios.
- b.- Entrar en servidumbre de grandes terratenientes.

Esta circunstancia provoca grandes altercados fundamentalmente de los campesinos y la adopción de una economía cerrada o doméstica.

Esta situación llega a otros ámbitos:

- 1.- Política, debilitamiento de las estructuras políticas.
- 2.- Administración, que provoca anarquía y corrupción.

La crisis también alcanza a la vida jurídica alejándose de la brillantez de Época clásica.

El emperador Diocleciano intenta poner parches tomando medidas tales como la obligada adscripción hereditaria de los miembros de la burguesía a sus cargos públicos, de los artesanos a sus oficios, de los soldados a los ejércitos. También introdujo una reorganización de los Impuestos y la adopción de medidas de medidas económicas controladas o dirigidas. Todas estas medidas fracasaron por su carácter forzoso y fundamentalmente por la violencia de su imposición.

2.6. La romanización jurídica de Hispania

Romanización jurídica entendida como la gradual asimilación del Derecho y de las instituciones romanas por parte de los habitantes de la Península Ibérica:

2.6.1. Originaria concepción personalista del Derecho en Roma

El pueblo romano partía de dicha concepción personalista del hecho trayendo esto como consecuencia el que el Derecho de cada comunidad solo tenía vigencia para los ciudadanos pertenecientes a las mismas no siendo pues de aplicación para los extranjeros. Este criterio personalista respecto a su Derecho dio lugar a que en un primer momento en el Imperio Romano existieran o convivieran tres clases distintas de estatutos jurídicos:

- 1.- **Derecho Romano o *Ius Civile***. El Derecho romano era considerado como un privilegio que solo disfrutaban los ciudadanos de Roma, del *latium*. Este Derecho romano regulaba la vida jurídica completa de dicho ciudadano afectando tanto a la esfera pública como a la esfera privada. Este estatus le acompañaba a donde se trasladase y al ser un privilegio solo excepcionalmente se otorgaba a extranjeros como premio o recompensa.
- 2.- **Derecho latino o *Ius Latii***. Consistía en el disfrute parcial del Derecho romano, sería como ostentar una semiciudadanía. Este disfrute parcial alcanzaba solo al *Ius commercii*, relaciones derivadas del tráfico jurídico patrimonial (patrimonio, contrato, testamentos). Sería este Derecho latino el disfrute del Derecho romano en materias de comercio. Este *Ius Latii* también recibía el nombre de latinidad, esta latinidad no alcanzaba materias como el *Ius suffragium*, o posibilidad de votar, al *Ius honorarium* o Derecho público y al *Ius familiae*, derecho de la familia.

En todas estas facetas prohibidas al Derecho latino, este se tenía que regir por su propio derecho. Cuando esta latinidad se otorgaba no solo al individuo sino al

conjunto de una comunidad, a este le estaba permitido adoptar la organización municipal romana.

A los vecinos de dichas comunidades que ocupaban puestos de responsabilidad o magistraturas, una vez que terminaban su mandato se les otorgaba como premio la ciudadanía en su integridad.

- 3.- **Derecho de los peregrinos o *lus peregrinum***. Derecho propio de los diferentes pueblos sometidos al dominio político de Roma que no gozaban de la ciudadanía romana de la *latinidad*. En principio Roma respetaba la aplicación de dichos derechos en materia de Derecho privado ante los tribunales romanos.
- 4.- **Derecho de gentes o *lus gentium***. Conjunto de normas estricto del Derecho romano que por su carácter general y común de los diversos pueblos sometidos se utilizaba para solucionar conflictos que pudieran surgir entre peregrinos y romanos y entre peregrinos de diferentes pueblos.

2.6.2. Principios de la organización jurídica de la Península Ibérica

Este principio, criterio de aplicación personalista del Derecho fue variando y transformándose hacia una aplicación territorial de *lus Civile*; es decir, hacia el triunfo del principio territorialista. Este proceso se fue materializando a medida que se extendía el fenómeno de la romanización. Este proceso de territorialización esta imbuido en una serie de procesos básicos:

- 1.- Por una parte el sistema jurídico romano se implanta de forma gradual y paulatina pero a su vez este Derecho romano experimento un claro influjo de los distintos derechos indígenas del pueblo peninsular. Al entrar en contacto ambos sistemas jurídicos el Derecho romano propiamente dicho pierde su pureza pudiéndose hablar del nacimiento de un Derecho hispanromano.
- 2.- Pero a su vez el propio *lus Civile*, el elaborado en el *latinum* de Roma como ya se explico fue experimentando una transformación interna transformándose en un derecho más vulgar, más práctico y más barbarizado.

2.6.3. Proceso histórico de la romanización oficial

El proceso cronológico de aplicación del Derecho Romano tuvo claros y distintos periodos.

- A.- La **prerromanización** hasta las concesiones particulares de latinidad y ciudadanía, año 218 inicio de la conquista al año 73 d.C. concesiones de latinidad por Vespasiano. Durante tres siglos que abarca este periodo el Derecho romano es considerado como un privilegio de los ciudadanos y así se aplicó de forma plena a los ciudadanos romanos que se trasladaron a España (soldados, funcionarios, algunos comerciantes), no solo se trasladaron sino que además se establecieron en colonias que se llamaron ciudades de nueva planta. También esta ciudadanía se concedió a los indígenas unas veces con carácter personal y otras a una colectividad siempre con carácter de premio. La aplicación del Derecho romano alcanza cotas bastantes reducidas utilizando los pueblos indígenas su propio Derecho en ciertos casos inclusive la utilización de ese Derecho lo era en forma total (ciudades federadas) en otros casos el uso del Derecho indígena lo era parcial (concesión de la latinidad) así a principios del S. I d.C. un quinto de la Península Ibérica.

B.- Plena **romanización** (73 d.C. año de la concesión de la latinidad por el emperador Vespasiano a mediados del S. III inicio del «Bajo Imperio» con el emperador Caracalla)

Durante este periodo se produce de una forma definitiva la romanización del país a través de dos medidas de carácter oficial:

- 1.- Concesión del *lus latii*, latinidad, a todas las ciudades de la Península Ibérica (73-74 d.C.) permitiendo a todos los hispanos que pasaron legalmente a regirse por el Derecho romano en materias integrantes del *lus commercium* conservando su propio Derecho para las demás relaciones jurídicas. A partir de ese momento todas las ciudades tenían la obligación de adoptar una organización municipal conforme al modelo romano dándose un proceso de municipalidad romana.
- 2.- Concesión de la ciudadanía romana a todos los súbditos libres del Imperio romano, medida concedida en el 212 d.C., dicha medida oficial supuso el final de la territorialidad del Derecho romano declarándose formalmente como derecho vigente y único para todos los territorios integrantes del Imperio Romano al *lus Civile* quedando con dicha medida expresamente derogados todos los derechos de los peregrinos, de los indígenas.

Teóricamente con estas disposiciones oficiales en el territorio hispano a partir de 212 a.C. regía un solo derecho. Sin embargo, esto es inexacto ya que surgió el problema de la aplicación práctica del *lus Civile* en última instancia la dificultad de aplicar el Derecho civil de Roma a los habitantes peninsulares por cuanto estos vivían distanciados y alejados de la metrópolis romana tanto desde un punto de vista económico y social. Por dicha circunstancia se produjo un efecto: el fenómeno de la formación de un Derecho vivido que sería el fruto de la proyección del Derecho romano oficial con las distintas prácticas de los pueblos peninsulares, este fenómeno crearía un resultado concretado en el nacimiento de un Derecho romano vulgar.

Las razones que favorecieron esto fueron:

- 1.- El carácter demasiado complejo del Derecho romano clásico que crearía dificultad para su comprensión
- 2.- Insuficiencia de funcionarios romanos en la Península Ibérica lo que evitaba la difusión de dicho Derecho romano clásico.
- 3.- El idioma, el latín clásico al ser utilizado por los pueblos peninsulares también dio lugar al nacimiento del latín vulgar.

Este Derecho romano vulgar adoptó modalidades y características distintas dependiendo de las diferentes regiones peninsulares.

Este Derecho romano vulgar no consistió en el nacimiento de un nuevo sistema jurídico distinto o diferente al Derecho romano clásico. Este Derecho romano vulgar era el Derecho romano clásico pero desnaturalizado, desvirtuado.

Las manifestaciones externas del Derecho romano vulgar aparecen a través:

- Simplificación y degeneración de conceptos y normas del Derecho romano clásico.
- Mistificación de principios romanos e indígenas dado que los habitantes peninsulares enmascaraban el Derecho de Roma para en realidad dar vigencia y validez a sus propias instituciones. Con esta mistificación nacieron un conjunto de principios jurídicos nuevos que tendrán su origen en antiguas costumbres ibéricas. El Derecho romano clásico también recibió influencias de este Derecho romano vulgar.

C.- **Derecho posclásico y barbarizado** mediados del S. III a partir del Emperador Diocleciano hasta el final del Imperio.

Durante este último periodo se consolida definitivamente la penetración jurídica romana coincidiendo con una fase evolutiva del propio Derecho romano oficial. Fase en el que este Derecho en el seno de la propia metrópolis experimenta una decadencia y a este Derecho romano decadente se la conoce como Derecho romano posclásico o Derecho romano tardío.

La característica fundamental sería la caída vertiginosa de la jurisprudencia romana que en esta época pierde la brillantez de la época clásica hasta terminar por desaparecer siendo sustituida por una práctica jurídica simplificada y de carácter tosco, exteriorizándose en la legislación oficial a partir de las constituciones del Emperador Constantino y sus sucesores.

Hay que constatar que esta barbarización del Derecho romano clásico se dio solo en las provincias donde se volvió al Derecho romano clásico.

Con esta degeneración no solo se pueden sacar conclusiones negativas, sino lo que la jurisprudencia perdió de brillantez, se ganó en eficacia práctica. Este nuevo Derecho menos técnico era mejor comprendido y asimilado por el ciudadano normal. También hay que reseñar el que se le añadió una serie de valores éticos y humanos procedentes del cristianismo. En cuanto a la influencia cristiana referir que el cristianismo se empezó a notar a finales del S. I d.C. pero realmente tomó carta de naturaleza al final del S. II y principio del S. III. Entró lenta y progresivamente después de la Paz de Constantino primero en los distritos rurales. En la formación del Derecho romano si tuvo influencia pero indirecta, no intentó transformaciones transcendentales de las estructuras económicas, políticas y sociales, sino que con la difusión de esta nueva doctrina se exhortaba a que sus adeptos adoptaran esas estructuras económicas, políticas y sociales a los nuevos valores. En la práctica se incorporaron nuevos principios (indisolubilidad del matrimonio, humanización de la Patria potestad y críticas a favor de la abolición de la esclavitud).

3. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO

3.1. Las fuentes del Derecho romano clásico

Distintos tipos de fuentes. En la etapa de vigencia del Derecho romano clásico se dieron dos sistemas jurídicos de fuentes: *Ius Civile* y *Ius Honorarium*

Dentro del *Ius Civile* se reconocía las siguientes fuentes de producción:

- **Las *leges*** que emanaban de los órganos jurídicos y el *Ius* que emanaban de la actividad privada de los juristas o científicos del derecho. Este *Ius* es lo que conoce como jurisprudencia

El concepto de jurisprudencia coincide no con el de jurisprudencia actual sino con el de Doctrina.

Las *leges* nacían de la República Imperial, dependía del momento y de donde emanaban:

- **Los *comicios*** u órgano supremo de la soberanía popular que cuando legislaba podía hacerlo de dos formas:

A.-*Legatio*.- *leges* dictadas directamente en los comicios.

B.- *Data*.- leyes dictadas directamente por un magistrado en uso de una autorización previa que recibía de la asamblea.

• **El Senado.** Este tenía asumido facultades administrativas y políticas, y cuando legislaba recibían el nombre de *senata consulta*. Con el tiempo sus facultades se extendieron también al Derecho privado e invadió la actividad legislativa de los comicios.

En la época Imperial S. II d.C. con el emperador Adriano su poder fue decayendo y recortando sus funciones y estos *senata consulta* se dirigían a meras aportaciones de las propuestas del Príncipe (*Oratio*)

Con la actividad legislativa del príncipe fue consolidándose su autoridad y reuniendo en sus manos todos los poderes incluido el legislativo (*Constituciones*). Tipos:

Edictos: Notificaciones que el príncipe hacía directamente al pueblo.

Mandatos: Serían instrucciones internas que el príncipe daba a los funcionarios a su servicio.

Rescriptas: Que son las respuestas que el príncipe daba a preguntas que se le formulaban.

Decretas: Es el nombre que reciben genéricamente las decisiones judiciales del Emperador o Príncipe.

El *ius* o *lura* estaría compuesto por la jurisprudencia romana realizando una labor interpretativa. Los juristas la hacían emitiendo informes o dictámenes recibiendo el nombre de *Responsa*, respondiendo a preguntas del juez y/o de las partes de un proceso junto a estos *responsa* se daban comentarios, trabajos monográficos, etc. del *ius Civile* que tenían un fin práctico. La práctica en los tribunales recibe el nombre de *práctica forense*. En la época de esplendor, durante el mandato de los emperadores Augusto y Tiberio, se les concedió a estos juristas el *ius publice respondendi* o facultad de emitir dictámenes en nombre del Emperador pasando dichos dictámenes a vincular al juez.

• ***Ius Honorarium*** que junto al *ius civile* es la fuente del Derecho romano clásico. Este *Ius Honorarium* arrancaba de las normas del *ius Civile* para compilarlo, restringirlo o ampliarlo. Era el fruto de la actividad jurisdiccional de los magistrados (Edictos del Pretor). Generalmente eran normas de carácter procesal eran promulgadas por dicho pretor y estaban vigentes durante el tiempo de su mandato. Generalmente si estas normas procesales habían sido útiles eran prolongadas por sus antecesores.

En el año 30 d.C. por orden de Adriano se redactó un texto fijo que contenía el *Ius Honorarium* que era el *Edicto Perpetuo*. También los gobernantes de las provincias del Imperio Romano formularon para el área de jurisdicción un *Edicto Perpetuo*.

En última instancia el *Ius Honorarium* en esencia representó una corrección del rigor del *ius Civile*.

3.2. Las fuentes del Derecho posclásico y sus primeras recopilaciones

La constitución de Caracalla en el año 212 d.C. otorgaba la *ciudadanía romana* a todos los habitantes del Imperio romano. Desde el punto de vista teórico vino a otorgar vigencia general al Derecho romano para todo el imperio, lo cual significó

desde el punto de vista teórico, la aplicación de un sistema jurídico único constituido por las distintas fuentes que integraban el *Ius Civile*, porque también de forma oficial esta constitución de Caracalla expresamente derogaba los sistemas jurídicos de los distintos pueblos peninsulares.

Sin embargo, este hecho histórico coincidió con un nuevo sistema de fuentes del derecho romano distinto al anterior. Esta circunstancia fue debida a la afirmación del poder imperial con la concentración del Poder Legislativo en manos del príncipe, coincidiendo con la desaparición de los antiguos órganos de producción oficial del derecho, es decir los *comicios* y *senado*.

Esta circunstancia política sucedió a partir del Emperador Diocleciano que empezó a promulgar verdaderas leyes. A diferencia del cuadro de fuentes del Derecho romano clásico, el sistema de fuentes de este Derecho romano clásico, el sistema de fuentes de este Derecho romano posclásico se dividía en:

A.-Leges, igual que en la época anterior emanadas del emperador, o sea, legislación imperial. Se manifestaban a través de constituciones imperiales que sí que contenían algunas innovaciones y ello en el campo del Derecho privado. Afectaba a soluciones que el Emperador daba sobre casos concretos y circunstancias particulares con destino local o regional. Estas constituciones imperiales también adolecieron de una gran profusión, existiendo una gran dispersión de constituciones imperiales, ante este problema se adopta reunir las en un solo texto, con un orden sistemático para facilitar su manejo. En la época de Diocleciano por iniciativa privada confeccionaron dos recopilaciones de *Leges imperiales*:

- Codex gregorianus (294 d.C.)
- Codex Hermogenianus (314 al 324 d.C.)

Dichas recopilaciones recibieron el nombre de sus autores con Teodoro II de Oriente (438 d.C.) y Valentiniano III de Occidente (439 d.C.) mandaron realizar una recopilación denominada *Codex Theodosianus* se recogen las constituciones del emperador Constantino y sus sucesores. Este *Codex Theodosianus* fue recogido e introducido como apéndice en el año 468 d.C. en el *Codex Novellae Posttheodosiane* esta obra incluía todas las codificaciones romanas tardías y esta obra sí que derogaba las constituciones anteriores pasando a ser la obra central del Derecho romano de la época.

B.- *Ius o Iura* que era el Derecho de los juristas, es decir, la jurisprudencia romana.

El *Ius* a diferencia de la época anterior el mismo presentaba un acusado descenso de su nivel técnico limitándose la obra de estos juristas a meras interpretaciones bastante deficientes de los escritos clásicos. Fue bastante abundante con una gran profusión de textos con una nota común, su mala calidad. Ante tal circunstancia los Emperadores toman medidas. Constantino promulgó su llamada *Ley de citas*, en dicho texto se restringían los autores que podían ser base para la alegación de *Iura* ante los tribunales. El Emperador Teodosio II de oriente y Valentiniano III de Occidente dictaron una Constitución donde se limitaban los juristas cuyos escritos podían ser igualmente utilizados en juicios y con autoridad de *Ius*: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Cayo, Modestino eran los juristas admitidos, también se admitían a los juristas más antiguos que hubiesen sido citados en sus escritos por los citados autores. Junto a esta restricción se establecía

un orden de prelación de estos autores estableciéndose que en caso de duda prevalecía Papiniano. **3.3. El Derecho provincial del Derecho romano**

Nos habla de las disposiciones dictadas con carácter territorial para la provincia de la Hispania romana. Así antes de la constitución de Caracalla diferentes elementos integraban las fuentes de aplicación para España.

3.3.1. Derecho provincial romano

Este Derecho provincial romano es el conjunto de disposiciones procedentes de los poderes públicos de Roma tanto la autoridad central de la metrópolis como la provincia destinadas a la organización inmediata de los nuevos territorios conquistados, así como a la sucesiva organización política administrativa de las provincias y ciudades. Se trataba fundamentalmente de normas de Derecho público que regulaba la gobernación de la metrópoli respeto de las provincias, de forma exclusiva estas normas regulaban aspectos de derecho privado.

Este Derecho provincial en la práctica se materializaba a través de un *lex o formula provinciae*. El Senado dejaba establecida la situación jurídica básica de las ciudades y pueblos sometidos, y este a tenor de los distintos pactos o acuerdos que se hubiesen concertado en su día.

La *Lex provinciae* dictada para Hispania fue promulgada en el 133 a.C. después de la caída de Numancia.

3.3.2. Leyes especiales

Con este nombre se denominaban las distintas normas que se dictaba para la regulación de situaciones concretas.

En grupo de estas normas especiales estaban constituidas por varias leyes municipales destinadas para la regulación de la organización pública de colonias y municipios en los cuales se hubiesen establecido una estructura idéntica a la romana.

Desde el S. I a.C. la fundación de cada ciudad entrañaba la redacción de una Lex particular destinada a regular la misma. Estas lex particulares eran del tipo de la *Data o datae*, eran normas dictadas directamente por un magistrado y en algún caso por algún emperador pero siempre con autorización delegada de los comicios o el senado.

- 1.- **Lex ursonuiris**.- Ley promulgada en tiempos de la República año 44 a.C. siendo atribuida a Marco Antonio y con destino a la colonia de Urso (Osuna - Sevilla).
- 2.- **Lex salpensana** (Utrera) y la *Lex malacitana* (Málaga) año 81 -84 d.C. distada por el Emperador

Diocleciano.

Estas leyes especiales organizaban anteriores núcleos urbanos otorgándoseles la latinidad (*Ius Latii*)

Estas leyes municipales constituyen en valioso testimonio para el conocimiento real del Derecho municipal del mundo romano.

3.3.3. Leges de los distritos mineros imperiales

Conjunto de Leyes provinciales destinadas a regular el régimen jurídico de esas zonas mineras a las cuales se les concedía organización propia con independencias de la ciudad que dicho distrito minero estuviese enclavado.

3.3.4.- Disposiciones circunstanciales de gobierno

Conjunto de normas también de derecho provincial emanadas del propio emperador o de los gobernadores provinciales.

Decreto o Edicta repentina, en los mismos se regulaba sobre el régimen interno de las ciudades tanto romanas como indígenas. En algunos casos estos *Edicta repentina* resolvían temas de Derecho privado. Por ejemplo Edicto emanado del propretor de la Bética en el 190 a.C. llamado Lucio Emilio Paulo tras las guerras con los lusitanos que concedió la libertad a todos los siervos de la ciudad indígena de *Hasta*, este premio se realizó como recompensa por la ayuda prestada en la guerra.

Todas estas disposiciones de Derecho provincial afectaban a aspectos de la organización pública, de las relaciones políticas y administrativas que regulaban las relaciones entre el gobierno de Roma y los súbditos, aun siendo normas de carácter público no regulaban todos los aspectos del Derecho público; y desde luego no regulaban salvo excepciones el campo del Derecho privado y el Derecho procesal. Así todas estas materias no reguladas por el *ius provincial* se regulaban por el Derecho de cada habitante.

El *ius* se aplicaba a todos los ciudadanos romanos instalados en la Hispania y después de Vespasiano para los que gozaban de la latinidad en concepto de comercio.

El derecho de los indígenas se aplicarían para todas aquellas materias que los ciudadanos no tuvieran la consideración de ciudadanos romanos y después de la concesión de Vespasiano para todas las materias que no fueran de comercio.

Para resolver conflictos entre romanos e indígenas se utiliza el *ius Gentium*.

4. EL DERECHO ROMANO DEL IMPERIO DE ORIENTE

Provocado el cisma de Occidente el emperador de la zona Oriental el emperador Justiniano del 528 al 533 d.C. llevó a cabo la obra más importante de recopilación del derecho romano. Esta obra se dividió en varios textos:

- *Las instituciones*: obra elemental y básica que tenía como fin la enseñanza del Derecho. Junto a la institución el llamado *Digesto* constituía una recopilación de textos de la jurisprudencia clásica romana.
- Código. Compilación de constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano.
- Novelas.- Serían todas las constituciones promulgadas desde el código.
- Todos estos textos se refunden el S. XII en el *Corpus Iuris Civilis*.

El Derecho romano explicado era el Derecho traído, aplicado y asimilado fruto de la violencia. El Derecho de Justiniano fue introducido a través de la intelectualidad, a las universidades.

5. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO, CANÓNICO Y FEUDAL

Este Derecho romano Justiniano, canónico y feudal sería un sistema jurídico que se toma fuera del territorio hispano, es decir, en Italia en las universidades. Es un nuevo Derecho que es el Derecho común.

Nacería realmente sobre el S. XII pero va entrando en el territorio hispano al mismo tiempo que se van creando los derechos regionales. Es el primer sistema jurídico que tiene influencia en nuestro sistema jurídico y que no entra de forma violenta, viene de las universidades del intelecto. La llegada se llama el fenómeno de la recepción.

5.1.- La recepción del Derecho común en Europa

Recepción es el movimiento de renovación fundamental de la vida jurídica que agitó a los países de occidente y centro europeo, y ello a partir del S. XII y siglos de la Baja Edad Media.

Este fenómeno tuvo un carácter europeo manifestándose como la configuración de un Derecho nuevo, común para todos los países de este arco europeo y para su formación se basó en tres grandes elementos:

a) Reelaboración del Derecho romano justiniano: En el imperio romano oriental el emperador Justiniano entre el 528 y 533 llevó a cabo la obra más importante de recopilación del Derecho romano que estaba integrada por distintos títulos:

- Instituciones: obra elemental con el fin de la enseñanza del Derecho.
- Digesto: recopilación de textos de la jurisprudencia clásica.
- Código: compilación de constituciones imperiales hechas desde Adriano hasta Justiniano.
- Novelas: que son el conjunto de constituciones imperiales que se promulgan después del Código. Desde el S. XII esta obra recibe una denominación única que es la de *Corpus Iuris Civilis* y esto sería el primer elemento formativo del Derecho común; es decir: a) Reelaboración del Derecho justiniano; b) Reelaboración del Derecho canónico de la Iglesia romana; c) Reelaboración del Derecho feudal de la región de Lombardía.

5.2. Las escuelas de glosadores y comentaristas

El cultivo de esos nuevos Derechos por parte de las *escuelas universitarias italianas* y del Sur o *mediodía francés* fue iniciado a finales del S. XI, inclinándose estos estudios en primer lugar por el estudio de los textos justinianos, bizantinos redescubiertos en las bibliotecas de Italia y más tarde en las del sur francés. De todas estas escuelas universitarias destacamos la escuela de Bolonia y dentro de esta la labor del monje Irnerio, este fue el creador de la escuela que se formó en torno a él; es decir, la escuela de los *glosadores* que explicaban los textos justinianos y con especial interés el *Digesto* a través de notas marginales o glosas mediante los que intentaban esclarecer y dar su explicación sobre dichos textos romanos. Su labor también tuvo otras direcciones, adaptó también la forma de *Sumae*, que eran resúmenes de distintas materias del *Corpus Iuris Civilis*. Junto a todo esto también su obra adoptó la forma de *Colecciones*, planteamientos de casos concretos para su posterior solución.

A mediados del S. XIII el bolones Accursio recogió todas estas glosas refundiéndolas en un solo texto, el *Magna Glosa* y desde la mitad del S. XIII hasta el S. XV los comentaristas posteriores seguidores de este método se denominaron *post-glosadores*, estudiaban los textos romanos a través del *método escolástico* que era partir de conceptos generales que extraían de normas particulares y, utilizando el razonamiento y la deducción, establecían reglas aplicadas a la realidad por ellos vivida.

Entre todos los posglosadores destacar Cino de Pistoia, a Bartolo de Sassoferrato y a Baldo de Ubaldi.

Esta labor estudiosa no solo abarcó al Derecho romano justiniano sino que también abarcó a textos canónicos y en especial al *decreto de Glaciano* y los *decretales* de Gregorio IX y también abarcó el estudio del *Derecho feudal de Lombardia*. Esto se plasmó en la obra de *Libri Feudorum*, colección de origen milanés donde se recogía la normativa que regulaba las relaciones públicas que vinculaban la región de Lombardia con el imperio alemán como feudo que dicha región en esa época era del imperio germano.

5.3. Derecho canónico clásico

Dentro del clima de la reforma que impulsó el Papa Gregorio VII (1073-1085), se construyó el nuevo Corpus de la normativa canónica, cuya misión fue configurar un Derecho Eclesiástico para toda la Iglesia, superando la diversidad de textos jurídicos y de disposiciones nacidas en los Concilios nacionales, regionales y provinciales, pero sobre todo acabar con las falsificaciones y las traducciones de los Padres de la Iglesia.

Con el fin de recoger los textos principales se confeccionaron una serie de colecciones que habían inspirado la reforma del siglo IX: según expone Gabriel Lebrás. y entre ellas la *Colección Anselmo Dedicata*, de origen italiano, y ofrecida al Obispo de Milán, Anselmo entre el 892-896; los *Libri de Synodalibus causis* realizados por Reginón, Abad de Prüm -Treveris-, hacia el 906 y el *Decreto de Ruchardo* (1008-1012) o compilación titulada *Decretorum libri XX* realizada por Burchardo, Obispo de Worms, e inspirada en las anteriores obras con el fin de conciliar los textos contradictorios y eliminar los caducos.

En esta labor de superar las contradicciones entre los cánones y sentencias, y distinguir entre las normas temporales y perpetuas, destacó Bernaldo de Constanza (m. 1110), y su método sería utilizado dialécticamente por Abelardo (1079-1142), autor de la famosa obra *Sic et non*, compilación de textos tomados de las Escrituras y de la Patrística, aparentemente contradictorios en torno a 150 importantes cuestiones teológicas. A través de dicho método se planteaba una cuestión, se la proponían diversas soluciones, se individualizaba el tratamiento de los problemas, se argumentaban las contrarias, y se evaluaban y examinaban las distintas *autoritates*. De este modo, se pretendían resolver las contradicciones aparentes.

Dicho método fue utilizado por Pedro Lombardo (n. 1164), que, además de fijar las reglas para conciliar las diversas posiciones contradictorias, aplica las reglas de la concordancia. Otra colección sería el *Liber Tarraconensis*, redactado en Aquitania -Poitiers- (1085-1090).

Un siglo después del *Decreto de Burchardo* aparecen las obras del célebre Yves de Chartres (m. 1116), autor de tres colecciones canónica: la *tripartita* (hacia el 1090.), que recoge en su primera parte Decretales, en la segunda, cánones de la Hispana y en la tercera, textos patrísticos y romanos; el *Decretum*, realizado según el plan inspirado por Burchardo, hacia el 1094, utilizando ampliamente esta colección, así como otras de decretales, textos romanos y capitulares francas, texto que se convierte en el más importante de las colecciones, sistemático, dividido en 37 partes y en 1200 capítulos; y la *Panormía*, o extracto de la colección anterior, dividido en 8 libros y 74 títulos, realizado hacia el 1095, y convertida en una de las obras de mayor uso práctico.

Otro de los grandes textos del Derecho canónico proviene de la región formada en la área pirenaica entre el 1010 y 1020, llamada la *Cesaraugustana*, conocida así por encontrarse en un *códice de Zaragoza*, que refunde las colecciones anteriores de Anselmo de Luca y del Cardenal Deusdedit (1086-1087), el *Decreto de Yves de Chartres*, otros textos del *Digesto*, y extractos de diferentes obras que en total hacen 15 libros. Han de mencionarse asimismo las *Collectiones Catalaunenses*(1125-1130).

La unificación del Derecho canónico se consiguió a través del *Decreto de Graciano* -hacia 1040-, realizado por el monje camaldulense Juan Graciano, profesor de Teología del Convento de Bolonia, que confecciona su obra a base de los materiales acumulados durante los once primeros siglos para lograr, como señala en su obra, la *Concordantia Discordantium Canonum*; esto es, la concordancia de los cánones discordantes. Su obra reúne cánones de Concilios ecuménicos y decretales, obras de Papas y Padres de la Iglesia, reuniendo toda la tradición canónica y el nuevo Derecho como *Extravagante*.

Graciano utiliza el método escolástico, estableciendo la concordancia de los textos divergentes a través de diversos razonamientos, que Calasso sistematiza en:

- I.- *Ratione Significationis*, atendiendo al espíritu de las normas
- II.- *Ratione Temporis*, la norma posterior deroga a la anterior
- III.- *Ratione Loci*, la norma particular deroga la general
- IV.- *Ratione Dispensationis*, búsqueda de la estructura lógica para eliminar una de las dos normas.

La obra contiene tres partes: *una*, estudio de las fuentes del Derecho y de la organización de la Iglesia -101 distinciones-; *la segunda parte*, que trata de la jurisdicción eclesiástica, procedimiento, matrimonio y régimen de bienes de la Iglesia -36 partes subdivididas en cuestiones y estas en cánones-; y *la tercera*, titulada *De Consecratione*, que se ocupa de los sacramentos y la liturgia.

Dicha obra, a pesar de ser privada, se convirtió en la pieza maestra de la ciencia jurídica canónica y tuvo una gran difusión en España, conservándose actualmente 50 Códices y estudiándose como texto en las Facultades de Derecho de los reinos hispánicos y europeos.

Con posterioridad se celebraron diversos Concilios, entre ellos el de III y IV de Letrán, I y II de Lyon, Constanza y Basilea, y los Pontífices continuaron promulgando numerosas Decretales, que fueron ordenadas en colecciones por los canonistas. Así se formaron los textos que reunían las *Decretales* desde Alejandro III(1181) a Honorio III(1127), designadas con el nombre de *Quinque Compilationes Antiquae*, y la *Compilatio Prima* de Bernardo Pavía (m. 1213), dividida en cinco libros, cuyo contenido se resume en un verso mnemotécnico *ludex, iudicium, Clerus, Connubia, et Crimen*.

En 1234, el Papa Gregorio IX promulgó el *Liber Extra*-Decretales fuera del Decreto de Graciano-, llamado ordinariamente *Decretales de Gregorio IX*. Esta obra fue realizada por el jurista catalán Raimundo de Penafort (1185-1275), General de la Orden de los Dominicos y profesor de la Universidad de Bolonia. En ella se recogen las *Decretales de Gregorio IX* y de los Papas anteriores, tomadas de las cinco compilaciones antiguas más los *Cánones de los Concilios III y IV de Letrán*, y algunos textos anteriores; constituyendo no una recopilación sino una nueva redacción con

textos abreviados, según el mismo plan de la *Compilación de Bernardo de Pavía*, y dividido en cinco libros, a imitación del Código de Justiniano.

El L.I, trata sobre las fuentes del Derecho, la organización judicial, la paz y tregua; el L.II, del Derecho Procesal, el L.III del Clero y Bienes eclesiásticos; el L. IV del matrimonio, esponsales y filiación; y el L.V, de los delitos y penas.

El Papa envió las Decretales oficialmente a las Universidades de Bolonia, París y Salamanca, con el fin de que fuera enseñada junto con el Decreto de Graciano.

La actividad legislativa de los Papas del S. XIII conduce al Papa Bonifacio VIII (1239-1298), canonista como Gregorio IX, a realizar con la ayuda de Guillermo de Mendagout, arzobispo de Embrum, y Berenguer Fredol, Obispo de Beziers, una recopilación de textos canónicos, conciliares y pontificales posteriores a 1234, que recibió el nombre de *Liber Sextus*, por considerársele un Sexto Libro unido a las Decretales de Gregorio IX, aunque esto es impropio e inexacto. Dicha obra también se dividió en cinco libros como las anteriores.

Otra colección auténtica, considerada Séptimo Libro, fue preparada por Clemente V (1305-1313) y promulgada por Juan XXII en 1317, y recibió la denominación de *Clementina*, enviada por este Papa a las Universidades de París y Orleans, y después a las restantes Universidades. Los editores recogieron 20 Decretales de este último Papa, dándoles posteriormente el nombre de *Extravagantes de Juan XXII*, para diferenciarlas de las llamadas *Extravagantes Comunes*, que comprendía una serie de textos de Papas diversos desde 1298 hasta Sixto IV (m. 1484).

El conjunto de todas estas colecciones formó el *Corpus Iuris Canonici*, llamado de este modo desde el siglo XVI a imitación del *Corpus Iuris Civilis*.

El *Corpus Iuris Canonici* recoge el *Decreto de Graciano*, las *Decretales de Gregorio IX*, el *Liber Sextus*, las *Clementinas*, las *Extravagantes de Juan XXII* y las *Comunes*. De dicha obra se hicieron múltiples ediciones.

El gran artificio del *Corpus Iuris Canonici* es debido, según Lebrás, a su fundación sobre la escritura; su alimento en la ley -Concilios y Decretales- y su consolidación fundamentada en el encuentro entre la técnica romana y los principios teológicos. A estos factores debe el poseer un doble carácter de cuerpo de leyes -*Corpus Legum*-, pero también de *Corpus Doctrinarum*.

Del mismo modo que había sucedido con el *Corpus Iuris Civilis* se produjo el idéntico proceso de trabajos de la glosa, la lectura y comentarios, dejándose el nombre de decretistas a los comentaristas de Graciano y decretalistas a los de las Decretales de Gregorio IX. Entre los *decretistas* destaca un discípulo de Graciano llamado Paucapalea (1145-1148) que realiza más de 160 adiciones al Decreto -*Paleae*-, significándose en las glosas. Otro decretista notable fue Rolando Bandinelli, profesor de Bolonia, que pasó a llamarse cuando fue Papa, Alejandro III (1155-1181), autor de una *Summa* y de un *Decreto*; Rufino (1163-1170), Obispo de Asís, discípulo de Búlgaro, maestro en París, autor de una *Summa sobre el Decreto*; Etienne, Obispo de Tournai, (1138-1203); y Bernardo de Pavía, autor de la *Compilatio Prima*, así como Juan Teutónico (m. 1212), que escribe una *Glossa ordinaria del Decreto*; y Bartolomé de Brescia (m.1258), autor de una obra sobre Procedimiento.

Entre los *Decretalistas* figuran Vicente Hispano (m. 1248), Obispo de Zaragoza, profesor en Bolonia, que glosa la *Compilatio IV*; el Papa Inocencio IV (m. 1254);

Bernardo Parma que realiza la *Glossa ordinaria de Gregorio IX*. El *Liber Sextus* y las *Clementinas* fueron glosadas por Juan de Andrés (1270-1348), profesor de Bolonia y Padua, autor de las obras *Comentarios Canónicos y Cuestiones Mercuriales*, y Guillermo de Mendagout, que también glosa las *Decretales*.

Otros célebres decretalistas fueron Enrique de Susa o de Segusia (m. 1271), Arzobispo de Embrum y Cardenal de Ostia -conocido como el Ostiense-, autor de la *Summa Aurea o Summa Iuris Canonici*, a quien Dante en su *Divina Comedia* coloca en el paraíso; Sinibaldo de Fieschi, luego Papa Inocencio IV, (m. 1242), autor de las obras *Apparatus súper decretales* y *De potestate ecclesiastica et jurisdictione Imperii*; y Marsilio de Padua, maestro en París, autor de la obra *Defensor Pacis*.

En el S. XV, destacan como decretalistas Nicolás Tudesco, Arzobispo de Palermo (1386-1453) -llamado el abad Panormitano-, autor de unos *Comentarios a las Decretales y a las Clementinas*; Juan de Imola (m. 1430), autor de las obras *Comentarios y Consilia*; Agustín de Triunfo, Álvaro Pelayo, obispo de Silves; Nicolás de Cusa y el Cardenal Juan de Torquemada (1388-1468), autor de un *Comentario in Decretum Gratiani*, conteniendo 6 volúmenes -ed. 1516- defensor de la autoridad del Papa sobre el Concilio, lo cual le valió de Eugenio IV el calificativo de *Defensor Fidei*. También el autor castellano Rodrigo Sánchez de Arévalo, que destaca en sus trabajos sobre la ciencia política, interviene en esta cuestión de la autoridad del Papa y del Emperador, en su *De Monarquía Orbis*, y el franciscano español Álvaro Pelayo en 1474 publica su famoso libro llamado *De Planctu Ecclesiae*.

Por último, entre los *procesalistas* cabe destacar las figuras de Egidio Fuscadio y Guillermo Durantis o Durando (1270-1348), originario de Beziers -Provenza-, profesor en Padua y Bolonia, Obispo de Mende, y autor de la obra práctica titulada *Speculum Iudiciale* (1271).

Durante los siglos medievales y modernos se produjo aquella especialidad de estudios jurídicos doble, *Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonici*, cuyas interrelaciones se reflejan en una famosa frase: *civilista sine canonista parum valet; canonista sine civilista nihil*. En todo caso, ambos ordenamientos serán alegados abundantemente en los siglos posteriores a su realización como grandes cuerpos del Derecho.

Las colecciones canónicas oficiales -*Decretales, Sexto y Clementinas*-, fueron impresas tras el descubrimiento de la tipografía por Gutenberg: *Clementinas y Extravagantes* en Maguncia en 1460; *Sexto* en 1465 y *Decretales* en 1463; y en Estrasburgo, el *Decreto* en 1471; y, asimismo, las fuentes del Derecho -*Corpus Iuris Canonici*- fueron impresas por Cristóbal Plantino en Amberes: *Decretales* -1579- , *Decreto de Graciano* -1575-. El *Corpus Iuris Canonici* fue oficialmente editado de 1582 por orden de Gregorio XIII y será la base oficial del Derecho de la Iglesia hasta el Código de 1917.

En 1563, Juan Pablo Lancelotti publicó unas *Instituciones de Derecho Canónico* con carácter privado y en 1590 se formó una colección particular por Pedro Mateo, jurista de Lyon, con el nombre de *Liber Septimus Decretalium*. Y en el siglo XVIII, se publicaron nuevas *Instituciones o Tratados de Derecho Canónico* por Próspero Lambertini -luego Benedicto XIV- (m. 1758), Carlos Sebastián Berardi (1769), Julio Lorenzo Servagio (1728-1772), y Juan Devotio (m. 1820).

Los abusos introducidos en la Iglesia, que no habían logrado superar las reformas efectuadas por los Concilios medievales y por el último *Concilio de Letrán* (1512-1517), produjeron la ruptura de la unidad dogmática y disciplinar por causa de la reforma protestante, determinando la Iglesia celebrar un Concilio cuyo lugar de reunión -fue sugerido por Carlos V- la ciudad de Trento, que aunque era imperial se encontraba cerca de Italia. La convocatoria de dilatando hasta que se produjo su apertura en 1545 por Bula de constitución de Paulo III -*Laetare Hyerusalem*- de 30 de noviembre de 1544. El Concilio se celebró en tres etapas (1545-1563), articuladas en 25 sesiones y se abordó entre otras materias la determinación del *Canon de la Escritura*, determinándose que la *Vulgata Latina* debía ser considerada como auténtica y jurídicamente irrecusable, se trató la cuestión del pecado original, la concepción inmaculada de la Virgen y los sacramentos. En el segundo período se trató de la presencia real de Cristo y la transustanciación, y los sacramentos de la penitencia y de la extrema unción. Y en el tercer período el índice de libros prohibidos -sesión XVIII- y los sacramentos del orden y del matrimonio. La Bula confirmatoria del Concilio se firmó el treinta de julio de 1563, y los decretos tridentinos fueron publicados inmediatamente en Amberes por el famoso impresor Cristóbal Plantino. Felipe II los promulgó por Real Cédula y en Cortes para su vigencia.

A lo largo de la Edad Moderna, se formaron diversas colecciones de Concilios, entre las que sobresalen la *Collectio Romana*, publicada por Jacobo Sirmondo y Pedro Morino (1608-1612); la *Collectio Regia* (1644) -nombre dado por editarse en la Imprenta Real de París-; las *Collectiones* de Felipe Labbaei y Gabriel Cossart (1617-1672), de Juan Harduin (1714-1715), de Nicolás Coleti (1728-1733), y sobre todo de Juan Dominico Mansi (1759-1798).

La legislación pontificia fue recogida en el *Bullarium* de Laercio Cherubini (1586), continuada por su hijo **Ángel Cherubini** (1634-1644), y proseguida por Jerónimo Mainardo (1733) en el *Magnum Bullarium Romanum*.

5.4. Difusión del *Ius Comune* en Europa

Este Derecho renacido y reelaborado en estas escuelas universitarias poco a poco fue tomando fisonomía propia, ganando las conciencias de las gentes ilustradas de Europa al tomar propio cuerpo también empezó a denominarse como *Ius Comune*, que fue la denominación que recibió para diferenciarla de los derechos particulares nacionales propios de cada país.

En Italia el fenómeno de la recepción fue muy rápido y decisivo. En Francia fue desigual entre la zona Norte y la Sur, siendo esta última la que experimentó una mayor difusión de este derecho.

En Inglaterra prácticamente no influyó la recepción y en Alemania cuajó pero en el S. XV.

Las causas generales que favorecieron esta difusión fueron:

- Motivaciones de índole política, así el Derecho común, apareció como el Derecho propio de la cristiandad medieval, entendiéndose como un elemento que favorecería la unidad política y espiritual europea.
- Impulso imprimido por los distintos monarcas europeos y este por interés propio, pues los principios en los que se inspiraba este nuevo Derecho

fortalecían su poder político, lo que era interesante pues consolidaba sus respectivas monarquías.

- El hecho de que este nuevo sistema político regulaba mejor las relaciones surgidas en el desarrollo de la vida económica, industrial y mercantil nuevas así como las relaciones sociales derivadas del Renacimiento de la vida urbana.
- Razones de índole científica puesto que este Derecho estaba elaborado por técnicas más depuradas que los derechos nacionales.

5.5. La recepción del *Ius Comune* en los reinos hispánicos

Análogas causas a la que motivaron la recepción en el marco europeo fueron las que motivaron la expansión en el marco peninsular. Esta similitud tiene una excepción, la encontramos en el aspecto político pues se daba un cierto recelo por parte de las monarquías hispánicas a la llegada de este sistema jurídico ya que pensaban que el Derecho común podía ser considerado como el Derecho propio del floreciente y peligroso *sacro imperio germánico*.

No obstante este nuevo Derecho también se difundió por Hispania. Los instrumentos de penetración serían la afluencia de estudiantes españoles a las escuelas universitarias italianas llegando incluso a ser profesores de las mismas como San Raimundo de Peñaflores, que colaboró directamente en la compilación de los *decretales de Gregorio IX*. También en el S. XV estudiantes españoles, en particular catalanes, estudiaron en universidades del Sur de Francia como Montpellier y Toulouse.

En el S. XIII comenzaron a fundarse las primeras universidades en los reinos peninsulares: Salamanca, Valladolid, etc. En consecuencia, de esta obra docente se extrae la formación de una nueva clase profesional, la de los letrados o sabedores del Derecho. Pronto estos técnicos en materias jurídicas comenzaron a ocupar cargos de responsabilidad en la corte como notarios, jueces, etc.

Otra circunstancia son los libros de Derecho; textos legales romanos y canónicos en especial *Summas* de glosadores y posglosadores, formularios notariales de origen italiano, lo que favorecería la proyección del Derecho Común en la práctica documental.

Esta llegada del Derecho común fue fruto de un rechazo por distintos estamentos en la vida hispana. Esa resistencia es múltiple:

Por un lado presentaron resistencia aquellos territorios que ya contaban con una antigua tradición jurídica consolidada (Castilla, Aragón, etc.).

También las clases nobiliarias porque para estos el nuevo Derecho podía suponer un claro y eminente peligro para sus privilegios.

También las clases rurales que veían a este Derecho con una estructura muy compleja y ajena a su comprensión.

Contrario a estos consiguió apoyos de las clases medias, en especial, la burguesía de los grandes centros urbanos.

Este fenómeno de la recepción se verifica hacia finales del S. XII en nuestro territorio. Su recepción varía dependiendo de los distintos territorios. Cataluña recibe este

Derecho en época muy temprana, esto se debe a su proximidad geográfica y relaciones políticas y comerciales con Italia y el sur francés. Este auge precoz en Cataluña explicaría lo que la proyección de este Derecho también llegase a los territorios dependientes de Cataluña en este siglo (Mallorca y Valencia) en ambos se cifra la llegada hacia la primera mitad del S. XIII.

En Aragón se siente de forma superficial también desde la primera mitad del S. XIII.

En Castilla llegaría posteriormente, hacia la segunda mitad del siglo XIII, pero imponiéndose definitivamente en el siglo XIV.

Esta circunstancia hay que hacerla extensiva a Navarra.

Las formas de manifestación de la recepción serían:

- 1.- En la aplicación práctica del Derecho. Así las primeras apariciones de este Derecho se observan en la aplicación efectiva del Derecho concretamente en la práctica notarial y en la judicial. Así se utilizaría formularios romanistas, Derecho común, para las contrataciones privadas.

Igualmente se invocarían leyes romanas y canónicas así como las alegaciones de los glosadores y posglosadores por mediación de los abogados y los jueces en la práctica forense.

Dentro de estos medios también sería razón del uso de este Derecho la insuficiencia de normas contenidas en el Derecho nacional del país; es decir, el Derecho común sería utilizado para rellenar las lagunas jurídicas existentes.

A la hora de interpretar el Derecho nacional oficial emanado de los monarcas también se acudió a esos principios romanistas. Esta circunstancia proliferó tanto que algunos monarcas quisieron poner coto al abuso de la interpretación romanista del Derecho oficial y para ello acudieron a disposiciones prohibitivas, lo que trajo consecuencias contraproducentes.

Jaine I y Pedro el Grande en ese Derecho limitativo ordenaron acudir al llamado *sentido natural* en defecto de leyes propias. Esta circunstancia sería cauce aprovechado por jueces y juristas para de una forma indirecta aplicar las leyes romanas y canónicas.

- 2.- En la producción del Derecho. Este nuevo sistema jurídico sirvió de inspiración de la labor legislativa de los soberanos en la Baja Edad Media. A pesar de esta señalada actitud reacia por parte de los monarcas, estos paulatinamente se inclinaron a la inclusión de los nuevos principios reguladores del Derecho común en la renovación de sus respectivos sistemas jurídicos. Ejemplo, la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, es decir, el código de las 7 partidas, este texto supuso la versión castellana del *Ius Comune*. También Jaine I en sus principales obras se valió del Derecho común, por ejemplo en el Código de Valencia.
- 3.- En la vigencia supletoria del Derecho común. Así en algunos reinos hispánicos pero ya a finales de la época medieval y principios de la moderna se produjo la admisión oficial y solemne del Derecho común como Derecho supletorio con reconocimiento oficial de una situación que ya se estaba dando.

Podemos hacer una división en cuanto a esta asunción a modo de ejemplo:

De forma expresa en el reino de *Mallorca* se reconoció la supletoriedad de este Derecho dentro de un privilegio de Jaime III.

También de forma expresa en *Cataluña* el monarca Martín el Humano proclamó esta vigencia supletoria en las cortes celebradas en el año 1409.

En *Navarra* también se proclama oficialmente en sus Cortes celebradas en el año 1576.

De forma tácita en *Aragón, Castilla y Valencia*, la existencia y reconocimiento del Derecho común se hace con la introducción del mismo dentro de la legislación oficial: vg. Código de las 7 partidas y Código de Valencia.

El resultado efectivo en la práctica de los distintos elementos que integran el *Ius Comune* sería:

En referencia al Derecho romano fue el elemento de mayor peso.

El Derecho canónico tuvo menor influjo pero por ejemplo influyó decisivamente en la regulación del régimen matrimonial civil. El Derecho lombardo feudal influyó en la regulación del Derecho feudal consuetudinario de Cataluña. Así como en los artículos de las partidas que hacían referencia al Derecho feudal.

La recepción también influyó de forma más o menos dependiendo del campo del Derecho del que se tratase: En cuanto al Derecho público el influjo fue indirecto y teórico. En el Derecho privado, procesal y penal su influjo fue directo y decisivo. Constatar que para la redacción de los códigos oficiales el Derecho común se sirvió de dos maneras para su penetración: En unos casos fue la inspiración de los nuevos códigos (partidas, Código de Valencia). En otros casos para redacción de los códigos oficiales esta llamada legislación justinianea decretalista, Derecho común, se utilizó como fuente supletoria de dichos códigos.

IX. GLOSARIO JURÍDICO DE DERECHO ROMANO

9.1. LOCUCIONES LATINAS^{1*}

1. *A civitatibus*

2. *A fortiori*

3. *a legibus*

4. *a lite*

5. *a materno genere*

6. *a novo*

7. *a nunc*

8. *a pari*

9. *a prorrata*

10. *a primo*

11. *a principiis*

12. *a principio*

13. *a quo*

14. *a respublica*

15. *a simili*

SIGNIFICADO EN ESPAÑOL

por las ciudades.

con más razón.

por las leyes.

lo relativo al proceso.

por línea materna.

de nuevo.

desde ahora.

a similar, parecido.

en o a proporción.

desde el comienzo.

desde el comienzo.

desde el comienzo.

del cual (se apela).

por el Estado.

a semejanza o por igual razón.

¹ Emilio Saavedra Arias. *Tesoro jurídico*. Edit. Grigley. Perú, 1997, págs. 51–62.

16. <i>a vero domino</i>	por el verdadero propietario.
17. <i>ab annis</i>	según la edad.
18. <i>ab abdito</i>	de origen secreto, oculto.
19. <i>ab absurdo</i>	por lo absurdo.
20. <i>ab initio</i>	desde el comienzo.
21. <i>ab intestato</i>	sin testamento.
22. <i>ab irato</i>	por impulso de la ira.
23. <i>aberratio ictus</i>	errar en el acto o hecho.
24. <i>absentem aggredior</i>	acusar a uno en su ausencia.
25. <i>accusator abstitit</i>	el acusador retira la demanda.
26. <i>acta forensia</i>	actos judiciales.
27. <i>acta judiciorum</i>	acto de los jueces, juzgamiento.
28. <i>acerbos funus</i>	muerte prematura.
29. <i>acta senatus</i>	actas de las sesiones del senado.
30. <i>actio ex stipulatio</i>	convención o acción de estipular.
31. <i>actio honesta</i>	acción honrosa.
32. <i>actiones publicae</i>	la actividad política.
33. <i>ad diem</i>	hasta el día.
34. <i>ad domun</i>	a domicilio (citación a).
35. <i>ad hoc</i>	a esto, por esto; para el caso. Ex.: Paraeste asunto delicado le mandaré un hombre ad hoc, es decir especial, a propósito.
36. <i>ad iudicem</i>	ante el juez.
37. <i>ad interim</i>	entre tanto, por el momento, provisionalmente.
38. <i>ad judicia</i>	para el juicio o para la demanda.
39. <i>ad libitum</i>	a voluntad o a elección.
40. <i>ad litem</i>	para el pleito. Ex.: el mandato <i>ad litem</i> se limita al pleito de que se trata.
41. <i>ad naturam</i>	conforme a la naturaleza.
42. <i>ad nutum</i>	a voluntad, a capricho.
43. <i>ad populum</i>	ante el pueblo.
44. <i>ad summan</i>	en una palabra

45. <i>ad valorem</i>	según el valor, para el valor. Ex.: Dícese de los derechos arancelarios basados en el valor de los objetos importados.
46. <i>ad verbum</i>	literalmente.
47. <i>adversum legem</i>	contra la ley.
48. <i>aequa sententia</i>	sentencia justa.
49. <i>aequum bonum</i>	la equidad y el bien, el derecho natural.
50. <i>aetas aurea</i>	la edad de oro.
51. <i>affectu carere</i>	carecer de voluntad.
52. <i>animus</i>	voluntad, ánimo, propósito.
53. <i>animus abutendi</i>	intención de abusar.
54. <i>animus confitendi</i>	intención de confesar.
55. <i>animus corrigendi</i>	intención de corregir.
56. <i>animus delinquendi</i>	intención de delinquir.
57. <i>animus difamandi</i>	<i>ánimo o intención de difamar.</i>
58. <i>animus domini</i>	la intención del propietario.
59. <i>animus falsandi</i>	intención de mentir.
60. <i>animus furandi</i>	intención de hurtar.
61. <i>animus injuriandi</i>	intención de injuriar.
62. <i>animus laedendi</i>	intención de herir u ofender.
63. <i>animus necandi</i>	intención de matar.
64. <i>animus nocendi</i>	intención de hacer mal.
65. <i>animus obligandi</i>	intención de obligar.
66. <i>animus praevaricandi</i>	intención de prevaricar.
67. <i>animus violandi</i>	intención de violar.
68. <i>apex juris</i>	sutileza jurídica o legal.
69. <i>Apúd acta</i>	Se emplea en actuaciones judiciales que constan en acta en un mismo expediente, su significado es «en el mismo expediente».
70. <i>arbitrio iudicis</i>	al arbitrio del juez.
71. <i>arbitrio boni viri</i>	arbitraje del hombre bueno y competente.
72. <i>argumenta criminis</i>	las pruebas del delito.

73. <i>auctor actorque fuit</i>	fue instigador y realizador.
74. <i>autoritatis interpositio</i>	concesión de autorización.
75. <i>autoritas tutoris</i>	autorización del tutor.
76. <i>absens damnatur</i>	es condenado en rebeldía.
77. <i>bellum conscisco</i>	declarar la guerra.
78. <i>bellum socialis</i>	guerra contra los aliados.
79. <i>bona fiscalía</i>	los bienes del fisco.
80. <i>bona vacantia</i>	bienes vacantes.
81. <i>cadaca possessio</i>	bienes sin dueño.
82. <i>caducae hereditates</i>	herencias vacantes.
83. <i>castigatio domestica</i>	castigo familiar o doméstico.
84. <i>causam amittere</i>	perder un pleito.
85. <i>causam commentor</i>	preparar una defensa judicial.
86. <i>causam obtinere</i>	ganar un pleito.
87. <i>causus belli</i>	caso de guerra.
88. <i>causa donandi</i>	motivo de donación.
89. <i>causa turpis</i>	fundamento deshonesto.
90. <i>cautio judicatum solvi</i>	caución garantía para pagar los gastos del proceso.
91. <i>civilia munera</i>	cargos políticos.
92. <i>civilia officia</i>	deberes cívicos.
93. <i>civis optimo iure</i>	ciudadano de pleno derecho.
94. <i>civitatem amittere</i>	perder los derechos ciudadanos.
95. <i>civitatis largitio</i>	concesión del derecho de ciudadanía.
96. <i>conditio sine qua non</i>	condición esencial o sin la cual no puede darse.
97. <i>contra bonos mores</i>	contra las buenas costumbres.
98. <i>Corpus iuris civilis</i>	El cuerpo del Derecho civil, en otras palabras todo lo concerniente al derecho civil romano.
99. <i>culpa lata</i>	falta grave.
100. <i>culpa levis</i>	falta leve.
101. <i>damna dissolvo</i>	reparar los daños, indemnizar.
102. <i>damnum emergens</i>	daño emergente o sufrido.

103. <i>de cuius</i>	del causante, del que se trata.
104. <i>de jure</i>	de derecho.
105. <i>De lege lata</i>	De amplia ley, o mejor «de lege lata sensu» en el sentido amplio de la ley.
106. <i>de meritis</i>	del merecimiento.
107. <i>defensores plebis</i>	defensores (o protectores) del pueblo.
108. <i>dies certus</i>	día cierto o determinado.
109. <i>dies festi</i>	días inhábiles o de fiesta.
110. <i>dies termine</i>	día en que se vence o termina el plazo.
111. <i>directa denuntiatio belli</i>	franca declaración de guerra.
112. <i>directa ratio</i>	la recta razón.
113. <i>directa verba</i>	palabras claras.
114. <i>divulgatio legis</i>	la promulgación de la ley.
115. <i>do ut des</i>	doy para que des.
116. <i>do ut facias</i>	doy para que hagas.
117. <i>facio ut des</i>	hago para que des.
118. <i>facio ut facias</i>	hago para que hagas.
119. <i>erga omnes</i>	contra todos u oponible a todos.
120. <i>error in corpore</i>	derecho a contestar a las consultas sobre derecho.
121. <i>Exceptio "non adimpleti contractus"</i>	Excepción que el demandado invoca para suspender los efectos del contrato mientras no se cumpla la contraprestación.
122. <i>ex accidente</i>	accidentalmente.
123. <i>ex abrupto</i>	bruscamente.
124. <i>ex aequo</i>	con igual título. Ex.: Su hijo y el mío obtuvieron un premio <i>ex aequo</i> . Entiéndase también como en razón de equidad.
125. <i>ex jure</i>	según el derecho o la justicia.
126. <i>ex lege</i>	según la ley o de acuerdo a.
127. <i>ex more</i>	según la costumbre o usos.

128. <i>ex nunc</i>	de aquí en adelante (desde la promulgación de la ley).
129. <i>ex professo</i>	como quien conoce perfectamente lo que dice. Hablar de una cosa « <i>ex professo</i> ». También significa en castellano de intento: lo hizo <i>ex professo</i> .
130. <i>ex testamento</i>	según las disposiciones testamentarias.
131. <i>ex tunc</i>	desde entonces; con efecto retroactivo.
132. <i>factio testamenti</i>	capacidad legal de hacer testamento
133. <i>falsum iudicare</i>	juzgar erroneamente
134. <i>fidem adhibeo</i>	dar crédito.
135. <i>fortunae subsidium</i>	amparo contra la desgracia.
136. <i>grosso modo</i>	groseramente, someramente, de modo imperfecto.
137. <i>habeas corpus</i>	que tengas el cuerpo. Nombre de una ley inglesa célebre, que garantiza la libertad individual, obligando a presentar el cuerpo del detenido ante el tribunal para que decida la validez de la detención.
138. <i>hereditatis socius</i>	coheredero.
139. <i>hic est ille situs</i>	aquí está el sepultado.
140. <i>hic et nunc</i>	aquí y ahora. Va a pagarme usted, <i>hic et nunc</i> , es decir enseguida.
141. <i>hic situs est</i>	aquí yace.
142. <i>hoc vos testor</i>	os pongo por testigos de esto.
143. <i>homo forensis</i>	el abogado.
144. <i>ictus intentare</i>	procurar herir.
145. <i>id est</i>	esto es; locución que suele escribirse abreviadamente i. e.
146. <i>idonei homines</i>	hombres dignos.

147. <i>imbecillitas magistratum</i>	falta de energía de los magistrados.
148. <i>immutus pax</i>	paz ininterrumpida.
149. <i>in abdito</i>	en secreto.
150. <i>in articulo mortis</i>	en la inminencia de la muerte.
151. <i>in diem</i>	para el día (señalando plazo).
152. <i>in ex aequo</i>	en igualdad de condiciones.
153. <i>iacere situ</i>	caer en el abandono, en el olvido.
154. <i>in extremis</i>	en el último momento, en caso de muerte.
155. <i>in jus vocatio</i>	citación, llamamiento en justicia.
156. <i>in limine litis</i>	al inicio del juicio (o pleito).
157. <i>interposita persona</i>	por testafarro o persona interpuesta.
158. <i>in sua causa iudico</i>	ser juez en su propia causa.
159. <i>in nomine</i>	nominalmente.
160. <i>ipso facto</i>	de hecho.
161. <i>ipso jure</i>	de derecho.
162. <i>intuito personae</i>	en atención a la persona.
163. <i>ius accrescendi</i>	derecho de acrecer.
164. <i>iudex aequus</i>	juez equitativo.
165. <i>iura civitatis</i>	los derechos de ciudadanía.
166. <i>iura experiri</i>	recurrir a las leyes.
167. <i>ius gentium</i>	el derecho de gentes (que afecta a los ciudadanos de cualquier Estado).
168. <i>iura negant</i>	las leyes se oponen a ello.
169. <i>ius legis actionis</i>	derecho a defender sus derechos ante la ley.
170. <i>ius respondendi</i>	derecho a contestar a las consultas sobre derecho
171. <i>juris tantum</i>	lo que resulta del propio derecho o le pertenece; salvo prueba en contrario.
172. <i>lex fori</i>	ley del tribunal.
173. <i>lex omnes mortales alligat</i>	la ley obliga a todos los mortales.

174. <i>legum dandarum auctoritas</i>	facultad de dictar leyes.
175. <i>lex de ambitu</i>	ley sobre cohecho.
176. <i>legis latio</i>	propuesta de ley.
177. <i>legem perferre</i>	hacer votar una ley.
178. <i>lege uti</i>	invocar una ley
179. <i>legem praerumpere</i>	infringir la ley.
180. <i>leges iudicariae</i>	formalidades judiciales.
181. <i>lege solutus</i>	exento de la ley.
182. <i>lex de ambitu</i>	ley sobre la intriga electoral.
183. <i>lex mancipii</i>	contrato de compra-venta.
184. <i>lex naturae</i>	las leyes de la naturaleza.
185. <i>lex sancit, ne...</i>	la ley prohíbe que...
186. <i>magistri societatum</i>	los presidentes de las compañías.
187. <i>mea vita</i>	vida mía.
188. <i>malum venenum facere</i>	preparar una droga nociva.
189. <i>mores subverto</i>	corromper las costumbres.
190. <i>mores sinistri</i>	costumbres viciosas.
191. <i>mors ultima linea rerum est</i>	la muerte es el último punto de las cosas.
192. <i>motu proprio</i>	por impulso propio, voluntariamente.
193. <i>mutatis mutandi</i>	cambiando lo que ha de cambiarse.
194. <i>non est virtus superba</i>	la virtud no es desdeñosa.
195. <i>non bis in idem</i>	no (se debe juzgar) dos veces sobre lo mismo.
196. <i>obliterata domina</i>	los créditos olvidados.
197. <i>omnibus sententiis absolvi</i>	ser absuelto por unanimidad.
198. <i>odium singularis</i>	odio personal.
199. <i>pacta exuere</i>	romper los tratados.
200. <i>pacta servare</i>	respetar los acuerdos.
201. <i>pactis, pacto stare</i>	cumplir lo acordado.
202. <i>per legem non licet</i>	la ley no permite.
203. <i>patre certo nasci</i>	nacer de padre conocido.

204. <i>patre nullu natus</i>	hijo de padre desconocido.
205. <i>plus petitio</i>	petición exagerada.
206. <i>poenam dissolvo</i>	cumplir la condena o castigo.
207. <i>poenas alicui dare</i>	dar satisfacciones a uno.
208. <i>poenam constituere</i>	fijar la indemnización.
209. <i>principium urbis</i>	origen de la ciudad.
210. <i>pro indiviso</i>	para o por la indivisión.
211. <i>pro rata</i>	proporcionalmente.
212. <i>publica bona</i>	bienes del Estado.
213. <i>publicae largitiones</i>	liberalidades a cargo del tesoro público.
214. <i>pecori signum imprimere</i>	marcar el ganado.
215. <i>progenies vitiosior</i>	generación más corrompida.
216. <i>quotidianus sumptus</i>	el gasto diario.
217. <i>ratio iudiciorum</i>	la organización de los tribunales.
218. <i>ratio rerum civilium</i>	la organización política.
219. <i>Rebus sic stantibus</i>	Las cosas permanecen como están en los contratos se considera implícita la cláusula «Rebus...».
220. <i>rei capitalis reus</i>	acusado de un crimen capital.
221. <i>recta iudex</i>	juez justiciero.
222. <i>res</i>	cosa.
223. <i>res nullius</i>	cosa sin dueño.
224. <i>sceleris cogitatio</i>	la idea del crimen.
225. <i>sancio legem</i>	consagrar los derechos.
226. <i>secundum praesentem iudicare</i>	fallar en favor de la parte presente.
227. <i>seditionem concitare</i>	exitar a la rebelión.
228. <i>seditiosa oratio</i>	discurso sedicioso.
229. <i>signa canere</i>	dar la señal de ataque (con las trompetas).
230. <i>sub signis</i>	bajo las banderas, organizados militarmente.
231. <i>silent leges inter arma</i>	enmudecen las leyes en medio (del estrépido) de las armas.

232. <i>similis metuenti</i>	parecido al que tiene miedo.
233. <i>singularis nequitia</i>	maldad sin igual.
234. <i>singularis cupiditia</i>	codicia inconcebible.
235. <i>singularis vir</i>	hombre extraordinario.
236. <i>sincerus fama</i>	reputación intachable.
237. <i>sine fine</i>	infinito.
238. <i>socialia carmina</i>	epitalamio, cantos nupciales.
239. <i>socialis torus</i>	el tálamo nupcial.
240. <i>socius culpae</i>	complice de la culpa.
241. <i>solidus utilitas</i>	ventaja real.
242. <i>sub poena mortis</i>	bajo pena de muerte.
243. <i>sub hasta vendere</i>	vender en pública subasta.
244. <i>suborno falsum testem</i>	sobornar a un testigo falso.
245. <i>suffragium ferre</i>	votar.
246. <i>suprema iudicia</i>	últimas voluntades.
247. <i>estamento suscribo</i>	firmar un testamento.
248. <i>testimonia sumo</i>	tomar declaración a los testigos.
249. <i>tabellae dotis</i>	escrituras de la dote.
250. <i>tenuis damnum</i>	daño insignificante.
251. <i>ultra petita</i>	más allá de la demanda o del pedido.
252. <i>ut singuli</i>	considerados aisladamente.
253. <i>ut universi</i>	considerados en general.
254. <i>vir civilis</i>	hombre de Estado, político.
255. <i>vadimonium constitutum</i>	compromiso de comparecencia.
256. <i>vadimonium differre</i>	aplazar la comparecencia.
257. <i>vectigalis civitas</i>	insultos, injurias.
258. <i>verba canina</i>	pueblo tributario.
259. <i>verba rerire</i>	estropear las palabras.
260. <i>vitiosus nomen</i>	término peyorativo.
261. <i>vitiosus vita</i>	vida depravada.

9.2. PRINCIPIOS Y MÁXIMAS DE DERECHO ROMANO^{2*}

1. *Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur*

(*Dig. Paulus: Lib. I, tit. XVII, lex 166*)

^{2*} Emilio Saavedra Arias. *Tesoro jurídico*. Edit. Grigley. Perú, 1997.págs. 65–529.

El que defiende una cosa ajena, nunca se considera abandonada.

- 2. *Qui enim rem suam neglexerit, nulli querellae subiectus est.*** Quien abandona una cosa suya no está sujeto a la acción de nadie.

3. *Advocatorum error litigatoribus non noceat*

(*Cod. Iust., Lib. II, tit. X, lex 3^o*)

El error de los abogados no debe perjudicar a los litigantes.

- 4. *Ante omnia autem universi, advocati ita praebeant patrocina iurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam convinciendi et maledicendi temeritatem prorumpant;...***

(*Cod. Iust., Lib. 11, tit. VI, lex 6^o § 1^o*)

Pero ante todo presten todos los abogados sus servicios a los litigantes de suerte, que no se lancen a la licencia de ultrajar, ni a la temeridad de maldecir, más allá de lo que exija la conveniencia de los litigios.

- 5. *Praeterea nuilum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recepit fidem, ineat advocatus, nuliam conferat pactionem.***

(*Cod. Iust., Lib. II, tit. VI, lex 6^o § 2^o*)

Además el abogado no debe hacer ningún contrato con el litigante a quien defiende, ni celebrar con él pacto alguno.

- 6. *Advocati temperent se ab iniuria.*** (*Cod. Iust., Lib. II, tit. VI, lex 6^o § 1^o*) Los abogados han de abstenerse de injuriar.

- 7. *Advocatus malas causas non defendat.*** El abogado no patrocina malas causas.

- 8. *Ea, quae advocati praesentibus his, quarum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.***

(*Cod. Iust., Lib. II, tit. X, lex 1^o*)

Las alegaciones formuladas por los abogados, en presencia de aquellos cuya causa defienden, deben ser consideradas como pronunciadas por los mismos patrocinados.

- 9. *Advocatus accipere debemus, omnes omnio, qui causis agendis quoquo studio operantur; non tamen qui pro tractatu non adfuturi causis accipere quid solent, advocatorum numero erunt.***

(*Dig., Ulpianus: Lib. L, tit. XIII, lex 1^o, § 11*)

Por abogado debemos entender todos los que de alguna manera trabajan en la defensa de las causas; pero no deben contarse en su número a los que suelen recibir emolumentos por algún servicio no prestado.

- 10. *Non licet advocato vendere iustum patrociniium, et jurisconsulto iustum consilium, quamvis nec liceat iudici vendere iustum iudicium.***

No es lícito al abogado vender ni develar los secretos de sus patrocinados, ni el jurisconsulto sus consejos, a la parte contraria, como tampoco es lícito al juez vender justicia.

- 12. *Advocati, ... non minus provident humano generi quam si praellis atque vulneribus patriam parentesque salvarent.***

(Cod. Iust. Lib. II, tit. VII, lex 14)

Los abogados... no son menos virtuosos al género humano que si en batallas y a costa de heridas (militares) salvaran a su patria y a sus ascendientes.

12. Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.

(Dig., Paulus: Lib. L, tit. XVI, lex 129)

Los que nacen «muertos», no se consideran nacidos ni procreados, porque nunca se les pudo llamar hijos.

13. Leges, non solum sufragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur.

(Dig. Iulianus: Lib. 1, tit. III, lex 32, § 1º in fine) Las leyes se abrogan no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso.

14. Derogare legi est cum detrahitur pars; abrogatur cum legis tollitur prorsus.

Se deroga una ley cuando le afecta solo a una parte; y se abroga cuando se afecta a la totalidad de la ley.

15. Non solent, quae abundant, vitare scripturas.

(Dig., Ulpianus: Lib. L, tit. XVII, lex 94)

Lo que abunda no suele viciar las escrituras.

16. Abusus non est usus, sed corruptela.

El abuso no es uso, sino corruptela.

17. Accessio sine nostro tempore, nobis prodesse non potest.

(Dig., Paulus: Lib. XLIV, tit. III, lex 16)

La accesión no puede aprovecharse sin un tiempo a nuestro favor.

18. Actionis verbo non continetur exceptio.

(Dig., Paulus: Lib. L, tit. XVI, lex 8º § 1) En la palabra «acción» no se comprende la excepción.

19. Actionis verbo etiam persecutio continetur.

(Dig., Paulus: Lib. L, tit. XVI, lex 34)

En la palabra «acción» también se comprende la persecución.

20. Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem inrirmetur.

(Dig., Paulus: Lib. L, tit. XVII, lex 112)

No hay diferencia entre no tener Derecho para accionar, o que la excepción la haga a esta ineficaz.

21. Actio nihil aliud est quam jus perseguendi in iudicio, quod sibi debetur.

(Inst. Iust., Lib. IV, tit. VI, § inicial)

Acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe.

22. Electa actione altera non competunt. Elegida una acción no cabe llevar a cabo otra.

23. *Esse debet actoris distincta persona et re; ut detur actio.*

Para que se dé una acción debe ser distinta la persona del actor y del reo.

24. *Non transcunt actiones, nisi in casibus iure expressis.*

No se transmiten las acciones, sino en los casos previstos por la ley.

25. *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet.*

Nadie debe fundar su acción en su propio delito.

26. *Actio nulla est contra eum, cum quo nihil negotium gestum.*

No hay ninguna acción contra aquel con quien no se ha realizado negocio alguno.

27. *Omnes poenales actiones post litem ichtatam et ad heredes transeunt*

Todas las acciones penales después de iniciado el pleito pasan también a los herederos.

28. *Nunquam actiones, praesertim poenales, de aedem re concurrentes, alia aliam consumit.*

(Dig. Ulpianus Lib. L. tit. XVII, lex 130)

Cuando sobre una misma cosa concurren acciones, principalmente penales, la una nunca extingue a la otra.

29. *Placuit, eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset.*

(Dig. Gaius Lib. V, tit. XVII, lex 13)

Se determinó que se considerara actor a quien iniciase el juicio.

30. *Reus excipiendo fit actor.*

(Dig. Ulpianus. Lib. XXII, lex 19) El demandado que excepciona se convierte en actor y debe probar.

31. *Nullo actore, nullus iudex.* No habiendo actor, no hay juez.

32. *Non debet alterius collusionem aut inertia alterius ius corrumpi.*

(Dig. Gaius Lib. XL, tit. XII, lex 9º)

Por colusión o inercia de uno no debe perjudicarse el derecho de otro.

33. *Quibus a Caesare ius respondendi datum est, iuris consulti appellabantur: quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.*

(Inst. Iust. Lib. I, tit. II, § 8º)

Aquellos a quienes el César dio el derecho de responder, eran llamados jurisconsultos: cuyos dictámenes y opiniones tenían tal autoridad que no era lícito al juez apartarse de la respuesta de ellos como está establecido.

34. *Responsa prudentum sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere.*

(Inst. Iust, Lib. I, tit. II, § 8º)

Respuesta de los jurisconsultos son los dictámenes (sentencias) y opiniones de aquellos se había permitido fijar el Derecho.

35. *Iurisconsultus est peritus in legibus et consuetudinibus civitatis*

Jurisconsulto es el perito en leyes y costumbres de la ciudad (país).

36. *Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, cuam stricti iuris rationem*

(*Cod. Iust. Lib. III, tit. I, lex 8º*)

En todas las cosas parece más atendible la razón de la justicia y la equidad, que la de estricto Derecho.

37. *Iustitia est constans et perpetua ius suum quique tribuendi*

(*Dig. Ulpianus: Lib. I, tit. I, lex 10*)

Justicia es la perpetua de dar a cada uno su derecho.

38. *Iustitia est habitus voluntatis, iurisprudencia habitus intellectus*

La justicia es un hábito de la voluntad y la jurisprudencia es del intelecto.

39. *Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit*

(*Dig. Ulpianus: Lib. XLII, tit. I, lex 55*)

El juez una vez pronunciada la sentencia, deja de ser juzgador en el asunto.

40. *Scire leges non hoc est, verba tearum tenere, sed vim ac potestatem*

(*Dig. Celsus: Lib. I, tit. III, lex 17*)

Saber las leyes no es conocer sus palabras sino su fuerza y valor.

41. *Durum est, sed ita lex scripta est.*

(*Dig., Ulpianus: Lib. XL, tit. IX, lex 12, § 1º in fine*)

Duro es, pero así está escrita la ley.

42. *Lex est quod populus romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat.*

(*Inst. Iust., Lib. I, tit. II, § 4º*)

Ley es lo que el pueblo romano constituía, interrogado por un magistrado senatorial a manera de cónsul.

43. *In rebus nobis contituendis evidens esse utilitas debet.*

No debe innovarse la ley sino hay una evidente utilidad.

44. *Persona est homo statu praeditus.*

Persona es el hombre dotado de condición jurídica.

45. *A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex iusta causa.*

(*Dig., Marcianus: Lib. XLIX, tit. I, lex 5º*)

No se puede apelar de sentencia pronunciada entre otros sino en virtud de causa justa.

46. *Mellior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

(*Dig., Gaius: Lib. L, tit. XVII, lex 133*)

Por medio de los esclavos se puede mejorar la condición de los señores, pero no cabe empeorarla.

47. *Ius est ars boni et aequi.*

(Dig., Celsus: Lib.I, tit.I, lex 1º)

Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

48. *Omne ius ... vel at personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

(Dig., Gaius: Lib.I, tit. V, lex 1º)

Todo el derecho que usamos concierne, a las personas, o las cosas o a las acciones.

49. *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

(Dig., Gaius: Lib.XLIV, tit.7, lex 1º ab initio)

Las obligaciones nacen de un trato o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas.

50. *Cogitationis poenam nemo patitur.*

(Dig., Ulpianus: Lib.XLVIII, tit.XIX, lex 18)

Por su pensamiento nadie sufra pena.

EPÍLOGO

El libro *Derecho romano* que hoy va en su segunda edición, cumple el compromiso inicial de servir principalmente de guía a los estudiantes universitarios que llevan la asignatura del mismo nombre. Esta nueva versión, aumentada y corregida, es una compilación reflexiva y facilitadora de la materia expuesta. Hemos tomado lo mejor de una tenaz búsqueda bibliográfica, citando como es debido las fuentes respectivas. Complementa el contenido del libro la selecta bibliografía utilizada para los menesteres a los que fue destinada.

Considerando la copiosidad de todo lo escrito sobre el tema se imponía la necesidad de una selección de textos de reconocidos autores que van desde Nelly Dora Louzan de Solimano, Elvira Méndez Chang, Miguel Ángel Vásquez Rodríguez, Alfredo di Pietro, Patricio Lazo González, Juan Carlos Valdivia Cano, Esteban Varela Mateos, Carlos Ramos Núñez, Joaquín Sanmartín, el profesor e investigador G. Fatás, y el colectivo de autores conformado por Paulina Besa, Diego Vera, Rodrigo García, Rafael Vial, Jorge Valenzuela y Cristian Salas Hoernig.

Pero nuestra labor en el presente caso no se ha circunscrito a seleccionar los textos citados sino además a darle al libro la organicidad requerida a fin de que el estudiante tenga una visión de conjunto para que pueda construir sus propias conclusiones de lo que hoy entendemos por la experiencia jurídica romana en su desenvolvimiento histórico que va desde la fundación de Roma, situada según la tradición hacia la mitad del siglo VIII a. de C., hasta la muerte de Justiniano, emperador de Oriente, acaecida en el año 565 después de Cristo.

Por ello tuvimos la idea de estructurarlo de la siguiente forma: Primera parte: Marco histórico y conceptual del Derecho romano, conformado a su vez en cuatro títulos y

cinco capítulos. Segunda Parte: Instituciones Jurídicas del Derecho romano, conformada por tres Libros, cuatro títulos y trece capítulos.

El libro tiene además un apéndice que cuenta con una cronología histórica de reyes, emperadores, tribunos, jurisconsultos y vida y obra de grandes personajes históricos romanos. A ello se suma una selección de fragmentos de textos de autores latinos, artículos de lecturas y análisis, un glosario jurídicos, una acertada selección de principios y máximas del Derecho romano, todo lo cual, será de enorme utilidad para los estudiantes de Derecho en general y, de manera muy especial, para los que cursan la asignatura de Derecho romano.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SUÁREZ, Urcinio. *El Negocio jurídico en Derecho romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- ALZAMORA, L. *Derecho romano*, Lima, 1946.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho romano*, Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1973
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. *Derecho romano I-II*, Edit. Derecho Privado, España, 1986.
- ARIAS RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano*, Argentina, 1940.
- ARIAS, José. *Manual de Derecho romano*. 2ª ed. Buenos Aires: Kraft, 1949.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho romano*. Edit. Astrea. Buenos Aires. 1984.
- BASADRE GROHMANN, Jorge.- *Los fundamentos de la historia del Derecho*, 2º edición, Edigraf S.A., Lima. BECERRA OLIVA, Guillermo. *La República romana*, Edit. Depalma, Argentina, 1944.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*, Edit. Reus, España, 1965.
- CAMUS, E.F. *Curso de Derecho romano*, La Habana, 1939.
- COMBES, Robert. *La República en Roma*, Adad, Madrid, 1977.
- CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Ediciones jurídicas europa-américa, Buenos Aires, 1957. D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho privado romano*, 2º edición, Universidad de Navarra, España, 1975.

- CASTAN TOBEÑAS, José. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. 2ª Ed. revisada y aumentada. Madrid: Reus, 1957.
- ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. 9º edición, Librería de Ch. Bouret, París, 1885.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de Derecho romano*. Sea, Buenos Aires, 1962.
- GARCÍA GARRIDO, *Interdicta utilia*, en *Diccionario de jurisprudencia romana* 3, España. 1993. GUILLÉN, José. *Urbs romana vida y costumbres de los romano.*, Sígueme, Salamanca, 1977. GUTIÉRREZ ALVIZ, Fausto. *Diccionario de Derecho romano*, 2º edición, Reus, Madrid, 1976.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La función del Derecho Romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*. En Index 6, Nápoles, 1982.
- HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*. Perú, 1999.
- FERNÁNDEZ TEJERO, F. *Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Madrid, 1949.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho romano, Instituciones de Derecho Privado*. 4º de. Edit. Ariel, España, 1962.
- IHERING, Rodolfo von. *El espíritu del Derecho romano*. España, 1891.
- KASER, Max. *Derecho romano privado*. Edit. Reus, España, 1968.
- KOVALIOV, S.D. *Historia de Roma*. 3º edición, Akal, Madrid, 1979.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho romano*, Edit. Ariel, España, 1964.
- MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans. *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado*. Bosch, Barcelona, 1975,
- MONTES, Angel C. *Curso de Derecho romano, Derecho de Obligaciones*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho romano*. 3º Edic. Edit. Harla, México. 1993.
- ORTOLAN M. *Compendio del Derecho romano*. Edit. San Marcos, Perú, 1984
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho romano*. Edit. Nacional, México, 1966.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario ilustrado Latino-Español*. 20º edic. España, 1996. ROSTOVIZEF, M. *Historia social y económica del Imperio romano*. 2º edición, Espasa Calpe, Madrid, 1962.
- SAAVEDRA ARIAS, Emilio. *Tesoro Jurídico*. Edit. Grijley, Perú, 1997.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO, J. *Manual elemental de Instituciones de Derecho romano*. Roma, 1946. SAVIGNY, F.C. *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid, 1978.
- SCHULTZ, Fritz. *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona. 1960.
- SERAFINI, F. *Instituciones de Derecho romano*. Barcelona, 1908.
- SCIALOJA, Vitorio. *Procedimiento civil romano*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- SOHM, R. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid, 1936.
- TELLO JOHNSON, Jacinto. *Instituciones de Derecho romano*. Edit. Papelera mercantil S.A. Perú, 1996.



*El libro Derecho romano se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos de la Universidad Alas Peruanas
Los Gorriones 264 Chorrillos.
Lima - Perú 2014*



Norvil E. Cieza Montenegro

Es abogado por la Universidad San Martín de Porres; Doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas; Ph. D. with a Major in Education (con especialidad en Educación) por Atlantic International University (AUI) estado de Hawaii, ciudad y país de Honolulu-Estados Unidos de América; es también Doctor en Filosofía con mención en Educación por la Universidad Alas Peruanas.

Ejerce la docencia en varias instituciones universitarias; es profesor de Derecho romano y de Derecho de transportes y comunicaciones, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; docente del curso de Asesoría de Tesis en las universidades: San Martín de Porres y Alas Peruanas. Asimismo, ha desempeñado el cargo de director en las siguientes instituciones de educación secundaria: Colegio Particular Fernando Caballero Segura de Montemayor; Colegio Particular CEVAMERICA de Miraflores; Colegio Particular Abraham Lincoln de San Borja; y en el I.E.P. Moisés Basadre de Condozanqui-Lima. Ha sido vicerrector académico de la Universidad Sergio Bernales, y en la actualidad es Miembro Consejero Ejecutivo Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima en representación del Colegio de Abogados de Lima (CAL).

El doctor Norvil Cieza es autor de diversos libros de educación y de derecho. Entre los primeros, destacan los siguientes títulos: *Diálogo de términos educativos*; *Didáctica general contemporánea*; y *El currículo hacia la excelencia educativa*. En el área de derecho su producción abarca los siguientes títulos: *Glosario de términos jurídicos*; *Derechos reales*; *Derecho romano* (1ª edición, en coautoría con el doctor Willy Ramírez); *Derecho de transportes y comunicaciones*; *Derecho marítimo y aéreo*; y *Derecho ambiental*, editados por el Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas.

El estudio del derecho romano es indispensable para formar y desarrollar el conocimiento de quienes aspiran a ser juristas. Para ello, es necesario presentar en conjunto la génesis, evolución y los aportes más significativos de este importante cuerpo de doctrina de la Roma antigua, ya que es la plataforma sobre la que se fundamenta la legislación civil de gran parte de Europa y toda América Latina, incluido nuestro país.

El libro *Derecho romano*, de los doctores Norvil Cieza Montenegro y Willy Ramírez Chévarry, proporciona los conceptos fundamentales de esta disciplina jurídica supranacional, y se constituye en una amplia antología desde la cual pueden debatir y deliberar sobre el tema estudiantes de derecho y abogados en ejercicio.

Pero este tratado va más allá: es también una ventana abierta para escudriñar la cultura del pasado imperial de Roma al incorporar una cronología histórica de reyes, emperadores, tribunos y juristas del mundo romano, se suma a ello, una selección de fragmentos de textos de autores latinos, un glosario jurídico y una selección de principios y máximas, todo lo cual lo hace imprescindible para quienes están interesados en el estudio del derecho romano.

UAP UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS

